

En la ciudad de Posadas, Capital de la Provincia de Misiones, a losCuatro..... días del mes deJunio..... del año dos mil diecinueve, se reúnen Ss. Ss. los Señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. Cristian Marcelo Benítez, Cristina Irene Leiva, María Laura Niveyro, Jorge Antonio Rojas, Roberto Rubén Uset, Rosanna Pía Venchiarutti Sartori y Ramona Beatriz Velázquez, bajo la Presidencia del Dr. Froilán Zarza, a fin de considerar los autos caratulados: **“EXPTE. N° 31.703/2015 – FISCAL DEL TRIBUNAL PENAL N° 1 DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL –DRA. SALGUERO DE ALARCON, ESTELA M. S/ RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: “EXPTE. N° 2.293/2013 – SANTA ANDREA, PASCUAL ALEJANDRO S/ ACCESO CARNAL ABUSIVO”.**

De acuerdo con el sorteo realizado corresponde votar a los Señores Ministros en el siguiente orden: **1) Dr. Froilán Zarza, 2) Dra. Cristina Irene Leiva, 3) Dra. Ramona Beatriz Velázquez, 4) Dr. Roberto Rubén Uset, 5) Dra. Rosanna Pía Venchiarutti Sartori, 6) Dra. María Laura Niveyro, 7) Dr. Cristian Marcelo Benítez y 8) Dr. Jorge Antonio Rojas.**

Concedida la palabra al Dr. Froilán Zarza, dijo:

Vuelven a estudio las actuaciones en función de la Resolución N° 476 dictada por este Alto Cuerpo en fecha 16 de Noviembre de 2016, por el cual se ha declarado formalmente admisible el recurso de casación obrante a fs. 830/839 impetrado por la Dra. Estela M. Salguero de Alarcón a cargo del Ministerio Público Fiscal, por medio del cual cuestiona la validez de la SENTENCIA N° 19 de fecha 09 de Marzo del año 2016 dictada

por el Tribunal en lo Penal N° 1, de la Segunda Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Oberá, Provincia de Misiones, en los autos caratulados: **“Expediente N° 31.703/2015 – Santa Andrea, Pascual Alejandro S/ Abuso Sexual con Acceso Carnal y Abuso Sexual Simple”**, obrante a fs. 790/826, en los cuales se resolvió: 1º) ABSOLVER a PASCUAL ALEJANDRO SANTA ANDREA, (a) “CACHO” de filiación acreditada en autos, de los delitos de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y ABUSO SEXUAL SIMPLE que se le imputara (Art. 119 párrafos tercero y primero del Código Penal y 25 de la Constitución de la Provincia de Misiones). 2º)...-

La parte recurrente encuadra jurídicamente la medida peticionada dentro de lo previsto por el Código de Procedimiento Penal de la Provincia - Ley XIV – N° 13 - Digesto Jurídico-, por el artículo 477 – Apartado a) aduciendo *“inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva”* (fs. 830 última parte), procediendo posteriormente a manifestar que en la presente causa *“no se ha observado objetivamente las reglas de la sana crítica racional en cuanto a los elementos probatorios de valor decisivo para llegar al resultado al que ha arribado”*... (fs. 830 vta.), motivo por los cuales se entiende que también ha realizado el planteo dentro de lo estipulado por el inciso b) del mencionado dispositivo ritual en cuanto a supuestos vicios procesales que nulificarían a la sentencia de conformidad con la requisitoria de aplicar el artículo 420 inc. d del CPP.

De la presentación realizada a fs. 830 vta. Punto III- se desprende que el Ministerio Público Fiscal se considera agraviada porque los Jueces del debate coincidieron por unanimidad en ABSOLVER al imputado por aplicación del principio “In dubio pro reo” del artículo 4 del Cód-

go Procesal Penal y 25 de la Constitución Provincial.

Manifiesta que el Tribunal ha hecho un análisis parcial de la prueba, limitándose a señalar las contradicciones en que incurrió la víctima de solo 8 años de edad al momento del hecho en su declaración testimonial presentada en Cámara Gesell, con el testimonio de su madre y hermanas, a los que tilda de testigos de oídas y la discrepancia con los testimonios aportados por la defensa, parientes o vecinos de muchos años. -Fs. 830 vta-.

Expresa que las supuestas contradicciones no son tales, que si algunas hubo se debió sin lugar a dudas a las reiteradas declaraciones a la que fue sometida la víctima,..., circunstancias que el Tribunal no las tuvo en cuenta y solo las valoró para favorecer al imputado -fs. 831-.

Cita jurisprudencia de nuestros tribunales que avalan el planteo realizado -fs. 831 4° párrafo-, analiza el material probatorio incorporado al debate -fs. 831 última parte a fs. 838 vta.- y procede a realizar la interpretación que -según su criterio- se debió aplicar al caso llevado a juicio, criticando de esta manera a la sentencia dictada.

Dice textualmente, al momento de producir sus conclusiones a fs. 838 vta. y 839 lo siguiente:

“El fallo se ha sustentado en una valoración fragmentada y arbitraria de las pruebas producidas en el juicio e incorporadas legalmente, prescindiendo de una valoración o visión en conjunto, defectos que acarrear la nulidad de la sentencia, pues han aplicado una norma jurídica a un caso que reclama la aplicación de otra, lo que implica, con todo el

respeto que se merece el Tribunal, inobservancia o errónea aplicación de la ley, art. 477 inc. a, siguiente y concordante del mismo cuerpo legal”.

Peticiona a fs. 839 última parte, que este Superior Tribunal de Justicia al momento de resolver en definitiva declare la nulidad de la sentencia por inobservancia de las normas de Procedimiento Penal.

Crítica la valoración que los Jueces han otorgado a las pruebas sobre las cuales basaron el veredicto de absolución, manifestando puntualmente que no ha observado las reglas de la sana crítica racional, motivo por el cual peticiona la nulidad de la sentencia de conformidad con lo dispuesto por el artículo 420 inc. d del CPP.

En especial cuestiona las declaraciones de los testigos Sres. Carlos Bartolomé Carrara, Carlos Horacio Carrara, Nélica Beatriz Waijer y Clara Alicia Koch aportados por la defensa, refiriéndose además al resto de los testimonios, analizándolos y cotejándoles según su propia apreciación. -Fs. 831 vta./833 vta.-.

Continúa cuestionando el resto del material probatorio en relación al informe médico del Dr. Mario Centurión de fs. 834, el informe bioquímico de fs. 834 vta., el allanamiento a fs. 835, el testimonio prestado en Cámara Gesell de fs. 836, pericial psiquiátrica-psicológica del imputado de fs. 837 vta.

A modo de conclusión dice que el tribunal minimizó el testimonio de la menor, que las declaraciones fueron valoradas parcialmente, que se valoró arbitrariamente el informe médico, que el resultado del allanamiento, como así también los informes psicológicos de la víctima y del imputado fueron ignorados, se restó importancia al informe de la psicólo-

ga Solís sin fundamento alguno, todo en función de sostener la postura absolutoria y sin ajustarse a las reglas de la lógica, sana crítica y experiencia -Artículo 420 inc. d del CPP.

Que así las cosas y en virtud de la admisibilidad decretada, entiendo que se encuentra habilitada la competencia de este Alto Cuerpo para el tratamiento de la nulidad articulada a tenor de las normas que hacen viable el control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad del fallo cuestionado conforme a las siguientes consideraciones:

Surge de la sentencia obrante a fs. 790/826, que los hechos investigados en la presente causa versan sobre la posible comisión de delitos contra la Integridad Sexual, supuestamente realizado por parte de una persona mayor en perjuicio de una niña de 8 años de edad.

Que ha fin de resolver la cuestión en la audiencia del debate, los Jueces han emitido sus opiniones en forma individual, han analizado el material probatorio incorporado, han procedido a dar sus conclusiones sobre los mismos, han expresado los motivos por los cuales resolvían absolver al imputado por la aplicación del principio in dubio pro reo previsto en el artículo 4º del Código Procesal Penal y 25 de la Constitución Provincial.

Del análisis realizado, advierto que los Jueces sentenciantes no se han expedido expresamente sobre la existencia o no de los hechos denunciados, limitándose en el desarrollo del razonamiento a marcar las contradicciones en las cuales habría incurrido la víctima al momento de prestar su declaración testimonial en Cámara Gessel, haciendo su correlato con las demás probanzas incorporadas a la causa a fin de llegar al veredicto de absolución del imputado por el beneficio de la duda.

Entiendo asimismo que en la sentencia cuestionada se ha hecho mucho hincapié en las supuestas contradicciones en las que incurrieron la madre y la hermana de la víctima al momento en que depusieron ante el tribunal de juicio, tildándolas a las mismas de testigos de oídas.

Que a fin de dar respuesta al planteo formulado he de poner de resalto lo establecido en el prólogo de la Guía de buenas prácticas para la investigación de delitos contra la integridad sexual que afecten a niños, niñas y adolescentes” -Resolución de la Procuración General de la Nación Nro. 35/12 de fecha 16 de junio de 2012 —; en cuanto a que: *“La violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes es considerada a nivel mundial un delito complejo específicamente en lo que respecta a su corroboración. Esta clase de violencia se caracteriza generalmente por ser consumada dentro de un ámbito de intimidad entre la víctima y el victimario. Se trata de un tipo de delito en el cual, a diferencia de otros, en muchas ocasiones no quedan evidencias físicas que sirvan como prueba para el proceso ni existen testigos presenciales del hecho. En este sentido, se ha señalado que en los supuestos de delitos contra la integridad sexual el testimonio de la víctima y su participación dentro del proceso cobra un valor muy relevante para la corroboración de los hechos”*.

Asimismo en relación a este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo: *“En primer lugar, a la Corte le resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta*

forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho” (Conf. Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 100).

Lo señalado me lleva a analizar puntualmente lo expresado por los jueces al emitir sus conclusiones en relación al testimonio de la menor prestado en Cámara Gesell y su correlato con el resto del material probatorio, a saber:

Del voto de la Dra. Amalia Lilia Avendaño: “...Digo esto porque el hecho denunciado por la Señora Rosa Isabel Quintana, cuya presentación obra a fojas 1 y prestó declaración testimonial en el debate, en el que repite los dichos de la menor Katherina, de quién luego de varias idas y vueltas procesales, contamos con lo que manifestó en su testimonial prestada en cámara Gesell, obrante a fojas 470/471, en la que la niña relata lo que dijo haber sido víctima por parte de SANTA ANDREA, conforme se encuentra consignado más arriba al reseñar la prueba. De estas manifestaciones surgen imprecisiones.... Surgen también imprecisiones al declarar la menor Katherina, cuando describió lugar donde tuviera lugar el hecho denunciado, habiendo mencionado la existencia de algunos objetos que luego, al llevar a cabo la inspección ocular en la vivienda mencionada, no fueron hallados, como la billetera marrón, el reloj plateado, la remera verde que me vestía el imputado, el sillón negro existente en el dormitorio, o las características de estos no coinciden con los descriptos en la denuncia de fojas 01 ni con lo apuntado por la niña, como el color del revestimiento de las paredes

del baño y su piso, que resultaron ser de color beige y marrón, no blancos como la describió la menor, mientras que el auto rojo que está manifestado haber visto resultó ser de color azul. -fs. 810 y vta.-.

Del voto del Dr. José Pablo Rivero “...Profundizaremos ahora, en este tramo de la valuación de la prueba, el análisis de la Cámara Gesell, cuya importancia radica en ser, prácticamente, la única pieza procesal sobre la cual se edificó el alegato Fiscal que solicitó la condena. Resulta por todos conocidos que la primera Cámara Gesell realizada a la presunta víctima fue declarada nula al comprobarse que se habían conculcado la garantía constitucional de defensa en juicio por falta de notificación previa al imputado. Por tal motivo me referiré exclusivamente respecto a la segunda Cámara Gesell, que se realizó casi un año después (27/06/14), en Puerto Rico, por parte de la licenciada María de los Ángeles Solís. **Debemos puntualizar que la prueba aludida adoleció de graves inconvenientes técnicos que dificultaron enormemente la audición, a tal punto que la difícil para los intervinientes entender lo que decía la menor.- fs. 815.-**

...En definitiva, en sede del Tribunal, tanto las partes como los jueces hemos observado esta Cámara Gesell en tres oportunidades. En cada una de ellas he podido notar que la práctica realizada presentaba, por lo menos a mi criterio, vicios intrínsecos, como así también que afloraban contradicciones entre el relato de la niña y la prueba externa de validación. Estas circunstancias, evidentemente la condicionan seriamente. En el mejor de los casos, hacen que los dichos de la menor pierdan peso probatorio.

“...Como venía pensando más arriba, en los deli-

tos de abuso sexual, la declaración de la víctima constituye un elemento de juicio preponderante. ... Pero no obstante ello, para que los dichos subjetivo de la víctima tengan plena eficacia probatoria, su contenido debe ser validado por circunstancias objetivas externas que se hayan comprobado, y que, de esta manera, le pueden aportar credibilidad a sus manifestaciones. En tal sentido, el elemento más fuerte que aparece en el relato de la menor es la identificación de una hernia umbilical, ubicada la altura del estómago del imputado. Ello, efectivamente, fue constatado mediante examen médico y, por lo tanto, constituye un punto a favor de la credibilidad de la presunta víctima.- fs. 816 vta.-

“Como expresara anteriormente, la declaración en Cámara Gesell constituye casi la única prueba de cargo con entidad suficiente para ser considerada, pero en este caso, la misma no tiene sustento fáctico en los hechos comprobables. Por ello, al valorarla como prueba, debo decir que la falta de validación intrínseca y extrínseca la comprometen seriamente, sobre todo si pretendiera utilizar como principal y único fundamento para sustentar una sentencia condenatoria”.- fs. 818.-

“Esto no implica descreer lo que dijo la menor, pero lo cierto es que, ante la insuficiencia probatoria evidenciada en esta causa, no puede fundarse una sentencia condenatoria, habida cuenta que los elementos de cargo son escasos y endeble. En tal razón, consideró que el acusado debe ser absuelto por aplicación del beneficio de la duda (in dubio pro reo)”.- fs. 820 última parte.-

Del Voto del Dr. Jorge Erasmo Villalba a fs. 820 vta: “...Que se arriba tal conclusión en función de los siguientes fundamen-

tos: a) Los testimonios tanto de la madre como las hermanas, son respecto a lo oído por parte de la víctima o bien incluso por los comentarios entre ellos mismos...; b) el informe médico policial carece de precisión y hasta resulta ambiguo... c) El informe de las autoridades policiales ... d) El testimonio de la víctima en Cámara Gesell luego de transcurrido varios meses del hecho, y habiéndose declarado la nulidad del primer testimonio por este mismo medio; tiene elementos que no fueron nunca investigados durante la instrucción, como elementos y hechos que luego no fueron debidamente corroborado y comprobados en el debate. En efecto la segunda declaración puede entenderse como una práctica, sino revictimizante al menos estigmatizante de la víctima, ya que bien podría interpretarse que no se había tenido en cuenta sus dichos, o bien, que no se tomaron estos como ciertos.... Muchos son los datos aportados en éste testimonio que no tienen correlato con las pruebas producidas; y en consecuencia, no se han comprobado los mismos de manera fehaciente. De tal manera que, ***sin poner en tela de juicio la veracidad de sus dichos, ya que no se trata de un descreimiento de su testimonio,*** al no existir comprobación de los elementos señalados oportunamente, pierde fuerza éste vital medio de prueba, por falta de comprobación. Mas allá del tiempo transcurrido hasta que finalmente se produjo el testimonio en Cámara Gesell, existen elementos y hechos contradictorios con los que se comprobaron en la causa, que también lleva a la conclusión señalada precedentemente.

“Que todo lo expresado precedentemente, me lleven a adherirme a la resolución de absolución del imputado por el beneficio de la duda, ***aclarando que ellos no se debe al descreimiento de las de-***

claraciones de la niña involucrada, sino a la falta de comprobación adecuada de sus dichos en la investigación llevada a cabo; y sobre todo, expresando qué la vulnerabilidad de la niña víctima, como de todos aquellos que se encuentren en situaciones similares, como la aberrante comisión de los delitos que aquí se tratan, no se solucionan y se evitan con la condena de un imputado de cualquier manera y sin pruebas que corroboren con grado de certeza tales imputaciones, lo cual además contradice el principio de verdad real que debe propenderse en todo el proceso; sino con la elaboración y realización de políticas públicas adecuadas, tal como se establecen en los tratados internacionales que nuestro país ha suscrito”.- fs. 825.

Conforme el análisis de lo referenciado, entiendo que de la sentencia atacada surge claramente la existencia de una grave contradicción en cuanto a los fundamentos expresados en la misma, al presentar ella una fundamentación tan solo aparente lo que nos lleva indefectiblemente a la sanción de nulidad por aplicación del artículo 420, inc. d) del CPP, equivalente a la falta de motivación, determinando su invalidez como acto jurisdiccional válido por arbitrariedad, siendo este el sentido en el cual propondré la resolución en la presente causa, de conformidad a la jurisprudencia de nuestros tribunales que sustentan dicha postura:

“De igual manera, en otro tramo del decisorio cuestionado el tribunal a quo afirmó “no descreer” de la versión brindada por la víctima, no obstante lo cual concluyó que ello “.no permite sostener que existió el abuso denunciado en este expediente,..., lo cual genera un pronóstico de negativa certeza”. Nuevamente se advierte una fundamentación apa-

rente, toda vez que sí no se "descree" de la versión de la víctima, ello significa necesariamente que se "cree" en dicha versión; esto es: se cree que es cierto que R. V. fue abusada sexualmente.... Y si ello es así, no puede generarse el pronóstico de "negativa certeza" sobre ese mismo hecho (el abuso sexual sufrido por la víctima a manos del imputado), que los sentenciantes afirman haber alcanzado. Se advierte, pues, que en la resolución impugnada se han tomado dos postulados que se destruyen mutuamente..., para combinarlos, sosteniéndolos simultáneamente, en un mismo razonamiento.

Al respecto, vale recordar que las exigencias de logicidad en relación con la motivación de las sentencias vienen a reunirse, en la práctica, en la regla de no contradictoriedad, que es la de más habitual aplicación. La contradicción se produce toda vez que dos juicios se anulan entre sí. En tal contexto, el vicio se presenta toda vez que existe un contraste entre los motivos que se aducen, o entre éstos y la parte resolutive, de modo que, oponiéndose, se destruyen recíprocamente y nada queda de la idea que se quiso expresar, resultando la sentencia privada de motivación (Cfr. DE LA RUA, Fernando, La casación penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 157). Esto es lo que ocurre el decisorio atacado, en el que los sentenciantes fundaron su decisión en dos proposiciones incompatibles entre sí de acuerdo a lo referenciado precedentemente". Voto del señor Juez Mariano Hernán Borinsky.- Cámara Federal de Casación Penal Causa Nro. 12605 -Sala IV "RIVERO, Onésimo Fabián s/ recurso de casación". <http://www.saij.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-rivero-onesimo-fabian-recurso-casacion>.

Que asimismo debo poner de resalto –tal como lo reconocen los mismos jueces en su sentencia- que mediante la Acordada N° 11/2016 dictada por este Superior Tribunal de Justicia, se dispuso aprobar el Protocolo de Actuación para las declaraciones en Cámara Gesell en el cual se dispuso expresamente que la misma es de carácter testimonial, explicitándose además que:

“El objetivo específico de la entrevista de declaración testimonial es obtener información precisa confiable y completa de lo que habría ocurrido a través de un relato, ...-

En dicha la línea de razonamiento y ante las supuestas contradicciones en las que incurrió la menor al momento de declarar en Cámara Gesell, las cuales imposibilitaban tener una claridad sobre los hechos denunciados; entiendo que al ser una prueba de carácter testimonial, existía la posibilidad concreta de ampliar la declaración de la misma en el curso del debate, a fin de traer claridad sobre los hechos investigados.

Entiendo que dicho razonamiento también halla su sustento en lo establecido en la normativa referenciada bajo la denominación “Guía de buenas prácticas para la investigación de delitos contra la integridad sexual que afecten a niños, niñas y adolescentes” -Resolución de la Procuración General de la Nación Nro. 35/12 de fecha 16 de junio de 2012 – en el cual se establece la posibilidad de una entrevista adicional durante el juicio oral:

“A pesar de esta regla general, es posible que en algunos casos de cierta excepcionalidad pueda ser necesario y conveniente aceptar la posibilidad de que se realice una entrevista adicional en esta ins-

tancia. En estos casos se debe mantener siempre presente que la entrevista adicional será considerada como complementaria y un agregado a la ya realizada durante la investigación...”.

<http://files.unicef.org/argentina/spanish/proteccion>

Guia buenas practicas web.pdf

Que así las cosas y habiendo analizado la sentencia recurrida, entiendo que la misma no se ajusta a los parámetros requeridos por las disposiciones de orden procesal, constitucional y supranacional que tienden a garantizar los principios del debido proceso, adoleciendo la misma de defectos procesales que la inhabiliten como acto jurisdiccional válido, siendo los vicios referenciados por la parte recurrente suficientes para declarar la nulidad de la misma, motivos por los cuales y de conformidad con los fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales referenciados corresponde hacer lugar al recurso, revocar la sentencia dictada por el Tribunal Penal N° 1 de la ciudad de Oberá, debiendo remitirse la causa a origen a fin de que por donde y quien corresponda, se proceda a la realización de un nuevo juicio tendiente a lograr el dictado de una resolución de conformidad a los parámetros expresados en la presente a fin de garantizar el debido proceso, el derecho de defensa y dar respuesta a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en causas en las cuales hayan sido supuestamente víctimas de abusos. Así voto.

Concedida la palabra a la Dra. Cristina Irene

Leiva, dijo:

Por Resolución N° 476-STJ-2016, este Superior Tribunal de Justicia, ha resuelto declarar formalmente admisible el Recurso

de Casación interpuesto por la Dra. Estela M. Salguero de Alarcón, Fiscal del Tribunal Penal N° 1 de la Segunda Circunscripción, correspondiendo en esta oportunidad resolver el fondo de la cuestión planteada.

Comenzando con los antecedentes del caso, por Sentencia de fecha 09 de marzo de 2016, obrante a fs. 790/826, el Tribunal Penal N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial resolvió: 1) ABSOLVER a PASCUAL ALEJANDRO SANTA ANDREA, (a) “CACHO” de filiación acreditada en autos, de los delitos de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y ABUSO SEXUAL SIMPLE...”.

Contra este decisorio, el Ministerio Público Fiscal interpone Recurso de Casación obrante a fs. 830/839 de autos, sosteniendo el mismo a fs. 843/844 y vta.

Ahora bien, del estudio del Recurso impetrado, se observa que la impugnante encuadra jurídicamente la medida peticionada dentro de lo previsto por el Código de Procedimiento Penal de la Provincia en su artículo 477 inciso a), aduciendo inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, e inciso b), en cuanto a supuestos vicios procesales que nulificarían a la sentencia.

La Sra. Fiscal entiende que el Tribunal sentenciante ha hecho un análisis parcial de la prueba, limitándose a señalar contradicciones en que incurrió la víctima de tan solo 8 años de edad.

Con posterioridad, la quejosa realiza un examen del material probatorio incorporado a la causa, refiriéndose entre otras cuestiones a horarios, testimoniales, pericias, informes policiales, informes médicos, informes psicológicos, Cámara Gesell, etc. (confr. Fs. 831/838 vta.).

Finalmente, la recurrente invoca que no se han respetado las reglas de la sana crítica racional, motivo por el cual peticiona la nulidad de la sentencia de conformidad con lo dispuesto por el artículo 420 inc. d del C.P.P.

En principio, y habiendo efectuado un estudio exhaustivo del presente, adelantando opinión, considero corresponde hacer lugar al Recurso de Casación impetrado, declarando la nulidad de la sentencia absolutoria dictada en autos.

Al efecto, he valorado la totalidad de la prueba debidamente incorporada, así como también las producidas durante el Debate, Audiencia ésta en la cual, se ha dado cumplimiento de manera acabada a las normas procesales que la rigen, garantizándose los derechos de todos los sujetos intervinientes, no siendo además atacada por ninguna de las partes.

Ahora bien, comenzando con el análisis del caso sub examine, entiendo necesario realizar algunas observaciones respecto al correcto análisis que requieren las causas que involucran delitos sexuales y en particular aquellos cometidos en perjuicios de menores de edad; permitiéndome citar doctrina y jurisprudencia de Tribunales Nacionales e Internacionales que se han encargado de recalcar la importancia que reviste la declaración de la víctima en este tipo de delitos, y la manera en que debe ser abordado el estudio de estas causas, con características especiales.

Así, se ha dicho que: "Ante la "notitia criminis" de una agresión sexual, la firme imputación por parte de la damnificada sumada a la incorporación de indicios relevantes resulta suficientes para sospechar

que la posible comisión y participación en el hecho por parte de una persona determinada, pueda tenerse por acreditada. En esa dirección se sostiene que "la firme imputación de la víctima sumada a la incorporación de indicios relevantes, son suficientes para sospechar que el imputado participó en el delito achacado, máxime en este tipo de delitos que se desarrollan casi siempre fuera de la presencia de terceros" (Cámara Nacional Criminal y Correccional, sala 4, 10/3/2003, "Escobar Alfredo). Por tal razón, es un indicio fundamental, la fiabilidad del testimonio de la víctima, de manera tal que, si sostiene firmemente su imputación y a ellos se suman otros indicios, como los testimonios de personas que hubiesen apreciado su estado de congoja, un informe psicológico que revele una marcada agresividad o angustia y un comportamiento distante y temeroso, propio de quien ha sufrido una traumática experiencia. También es fundamental que se establezca pericialmente, que la víctima no es una persona fabuladora, haciendo hincapié en la inexistencia de motivo alguno como para perjudicar gratuitamente al imputado. Reunidos estos elementos, comienza a visualizarse un cuadro probatorio de entidad suficiente". **Aspectos probatorios en los delitos contra la integridad sexual por SERGIO MANUEL TERRÓN. 20 de abril de 2012. www.infojus.gov.ar. Id SAIJ: DACF120029.** (el subrayado me pertenece).

Por su parte, la Corte de Justicia de Salta ha dicho: "...la certeza para condenar puede alcanzarse de manera válida con las declaraciones de la víctima, las cuales...deben ser consideradas como una prueba de capital importancia...La solidez de un testimonio puede por sí dar sustento a un pronunciamiento condenatorio o servir de base a la demostración en grado de certeza sobre un determinado extremo del hecho...". (CJS,

causa N° 32.373/09). (el subrayado me pertenece).

Así también, se ha dicho en la obra “El testigo único en los delitos contra la integridad sexual”, que: “...En los supuestos de delitos contra la integridad sexual, el testimonio de la víctima no es un testimonio más, sino que debe comprenderse que los dichos de quien ha experimentado un acometimiento de naturaleza sexual provienen de quien ha visto -y sentido- ofendido uno de los aspectos más íntimos de su vida, lo que no sólo se limita a su calidad de bien jurídico protegido. A efectos de explicar este aserto baste recordar la sensación de ultraje que vivencia quien ha sufrido un robo, sea en su persona o en su domicilio, lo que se ve exponencialmente potenciado cuando de lo que se trata es de un avance injusto sobre la intimidad sexual que, por lo demás, aún en estos tiempos que corren sigue siendo motivo de estigmatización familiar, social e institucional...”.

Y que: “...Es decir que ante el delito de índole sexual la víctima no sólo enfrenta las consecuencias propias de un injusto, sino que, además, debe asumir su publicitación institucional ante las fuerzas de seguridad, ante los efectores del sistema de salud y ante la Justicia, cuando no ante los medios de comunicación y la opinión pública. Esta múltiple exposición y sus derivaciones revictimizadoras justifican que la decisión de denunciar el abuso sexual quede reservada al fuero íntimo de quien ha vivido semejante agresión, valorando los elementos a favor y en contra de llevarla adelante pues es conocido el largo -y para nada grato- peregrinar que debe transitar la ofendida o el ofendido. A ello debe sumarse el señalamiento social e institucional que hace que no sean pocas las oportunidades en que, a efectos de indagar lo ocurrido, se ahonde en la investigación de la conduc-

ta y moralidad de la víctima...” (El testigo único en los delitos contra la integridad sexual. Kamada, Luis E. Publicado en: LLNOA 2012 (agosto). Cita Online: AR/DOC/4212/2012.)

En efecto, tal como se desprende de lo expuesto, la declaración de la víctima reviste vital importancia al momento de analizar este tipo de delitos que se configuran en la intimidad. Por tal razón y teniendo presente el caso sub examine, el testimonio de la menor se constituye en prueba fundamental que debe ser valorada y apreciada conforme las pautas señaladas, no soslayándose bajo ninguna circunstancia el tipo de delito que se trata.

En este sentido, debe precisarse, que los dichos de la menor K.A.Q., de tan solo 8 años de edad al momento del hecho, se condicen en tiempo y espacio, brindando un relato claro y específico sobre todos los aspectos relevantes del hecho investigado.

Además, no puede obviarse tampoco, la descripción o reconocimiento del agresor por parte de la víctima de delitos sexuales, sobre todo en el caso de menores, cuando se trata de una persona ajena a su círculo íntimo. A este aspecto, cabe destacar que, en las presentes actuaciones, es la menor quien, el mismo día del hecho investigado, guía a su madre, su hermana y dos miembros de la policía provincial hacia el domicilio de su agresor, identificándolo.

Este suceso, es corroborado por los oficiales de policía que acompañaban a la menor, conforme se desprende del informe policial de fs. 07, donde consta que: “...C... mencionó que había un auto azul al frente de la casa. Entonces divisamos un VW GOL, color azul, frente a una

vivienda que tenía una puerta abierta y luces encendidas adentro y se veía a una persona de sexo masculino parada, al verlo la menor ... dijo: “ese tipo era el que me toco”. Esta situación fue confirmada mediante declaración testimonial de ambos miembros del servicio policial (confr. fs. 20/21 y vta.).

A ello debe sumarse otro elemento que resulta sumamente relevante, y es que la menor al momento de brindar testimonio, refiere, como dato que le llamó la atención, el ombligo de la persona que la atacó sexualmente. Así, la sentencia expresa: “...el elemento más fuerte que aparece en el relato de la menor es la identificación de una hernia umbilical, ubicada a la altura del estómago del imputado. Ello efectivamente, fue constatado mediante examen médico y, por lo tanto, constituye un punto a favor de la credibilidad de la presunta víctima...” (confr. fs. 816). En este sentido, se acredita mediante informe Médico Policial que el Sr. Santa Andrea presenta hernia umbilical (confr. fs. 31), pudiendo observarse la misma mediante imagen obrante a fs. 119.

Así las cosas, reviste fundamental importancia este reconocimiento. A este respecto, la jurisprudencia ha expresado que: “Otros medios probatorios, como el reconocimiento fotográfico del reo por parte de la víctima, suelen cobrar importancia cuando la misma está en condiciones de llevarlo a cabo, igualmente ocurre con el dictado de rostro cuando no se sabe quién es el autor y la víctima ha retenido en la memoria su fisonomía. Se ha considerado que tiene mucho peso probatorio la precisa descripción del agresor, cuando es realizado por la propia víctima...”. (**Cámara Nacional Criminal y Correccional, sala 1, 2/10/2003**). (el subrayado me pertenece).

Otro aspecto que debe ser tenido en cuenta por los sentenciantes al evaluar los supuestos que involucran delitos sexuales, es la especial meritación y ponderación de los llamados testigos de oídas. Cabe descartar al respecto que: “En este tipo de delitos, se debe utilizar un criterio de amplitud probatoria, ya que es casi imposible conseguir testigos directos del hecho, debiendo basarse el magistrado en las declaraciones de la víctima, de las personas que tomaron conocimiento de lo acontecido a través de sus dichos y en las conclusiones a las que arriban los expertos en las respectivas pericias. Así, especialmente ocurre cuando se valora adecuadamente el indicio de oportunidad, sobre todo si el hecho ocurrió en el interior de un domicilio o lugar cerrado y puede acreditarse que la víctima se hallaba únicamente en compañía del acusado. En estos marcos fácticos, el victimario actúa a voluntad sobre el cuerpo de la víctima, en la tranquilidad de que nadie lo observa; por ello cuando la víctima le refiere su padecimiento a personas próximas o de su confianza, debe tenerse especialmente en cuenta dichos testimonios indirectos, para completar e integrar el cuadro probatorio. Se debe realizar una visión en conjunto de la prueba obtenida al momento de decidir y no arribar a una absolución o atribución de la autoría responsable de un imputado, sobre la base de una consideración fragmentaria y aislada de la prueba. Resulta por lo general dificultoso para un niño, confiar en un mayor y contarles su problema, por ello cuando lo hacen, este testigo de oídas debe ser apropiadamente valorado. Es que, a veces la conmoción, o la vergüenza, que tal experiencia causa a los niños hace que ellos no quieran hablar del asunto, y que solo se abran ante una persona en quien confíen mucho. A los niños con quienes alguien se ha propasado se les suele acusar

de haber inventado el incidente, aunque los investigadores experimentados y los psicólogos forenses nos aseguran que los niños rara vez, si acaso alguna, inventan acciones de esa índole”. **(Aspectos probatorios en los delitos contra la integridad sexual por SERGIO MANUEL TERRÓN. 20 de Abril de 2012. www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF120029.)** (el subrayado me pertenece).

Conforme lo expuesto, debe precisarse que los Magistrados, en uso de sus facultades, al momento de analizar el sub-lite deben otorgar entidad suficiente a los testimonios de las personas que tomaron conocimiento de los dichos del menor, no pudiendo ser dejados de lado sin una debida fundamentación que les quite valor probatorio, basada en pautas de la sana critica racional. En este sentido, las declaraciones de la madre y la hermana mayor de la víctima (R.C.Q.), revisten trascendental importancia ya que las mismas fueron las personas más próximas y de confianza que tomaron conocimiento directo de sus dichos, coincidiendo a su vez en los aspectos relevantes del relato de la menor.

Otra cuestión que merece consideración especial es la relativa a la jerarquía probatoria de los informes periciales. Al respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente manera: “...Se indicó asimismo el invaluable auxilio que en este campo dispensa la psicología, ya que explica los mecanismos e interacciones inherentes a la psique del niño. Se subrayó por ello la conveniencia -dentro del marco de libertad probatoria (art. 192, C.P.P.)- de tamizar el relato infantil a través de un abordaje experto. Las pericias psicológicas, se dijo, ofician casi a modo de intérpretes del relato del niño y cuando se agregan al proceso no es posible separarlas de aquél,

por su capacidad explicativa de los defectos u omisiones que puedan encontrarse en la narración del menor...”.

Y que: “...En lo que específicamente respecta a los peritos, el argumento revela un palmario desconocimiento de la naturaleza de esta prueba técnica, que se introduce al proceso para incorporar conocimientos especiales, sean científicos, técnicos o artísticos, precisamente para resguardar el contradictorio y evitar que el juez resuelva sobre dichas áreas aun cuando posea tales conocimientos, ofreciendo así mayor seguridad a las partes. (NÚÑEZ, Ricardo C., Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, 3° ed. actualizada por Claudio M Requena, Lerner, Córdoba, 2007, p. 281; CAFFERATA NORES, José Ignacio - TARDITTI, Aída, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba -Comentado, Mediterránea, Córdoba, 2003, T.1, p. 563; CAFFERATA NORES, José Ignacio - HAIRABEDÍAN, Maximiliano, La prueba en el proceso penal: con especial referencia a los Códigos PPN y de la Prov. de Córdoba, Lexis Nexis, Bs.As., 2008, p. 67). La peritación involucra toda una serie de actividades, todas ellas demandantes de aquellos conocimientos especiales: "examen de elementos sometidos a la apreciación técnica, experimentos u operaciones, razonamientos lógicos o científicos, y conclusiones concretas" (CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, Bs.As., 1966, T.V, p. 114) (el subrayado me pertenece).

Continúa diciendo la citada jurisprudencia que: “...se ha señalado que resulta un contrasentido convocar a un experto para que emita su parecer sobre determinada área de conocimientos específicos, y luego finalmente prescindir de esta valoración técnica...”. “...Recuérdese

que en reiterada jurisprudencia ha puesto especial énfasis en requerir suma cautela, so pena de arbitrariedad, al magistrado que pretende apartarse del dictamen pericial ya que, “aún cuando el juez posea para el caso particular conocimientos especiales sobre la cuestión que se presenta, no le está permitido prescindir del auxilio del perito” (JAUCHEN, Eduardo M., Tratado de la Prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2002., p. 375; PALACIO, ob.cit., p.130). Así lo ha señalado también la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al dejar sin efecto, “por no ser derivación razonada del derecho vigente, la sentencia que tiene un fundamento sólo aparente pues niega eficacia probatoria a la pericia médica producida y no observada por las partes, sustituyendo el criterio del perito por la experiencia que manifiestan los miembros del tribunal haber adquirido en casos análogos” (C.S.J.N., 5/12/78, “Medina c. Siam Di Tella, S.A.”). (el subrayado me pertenece).

Y que: “...He sostenido in re "Castro" (S. n° 31, 28/04/2006), que si bien la opinión del perito no obliga al juez (NÚÑEZ, Ricardo C., Código Procesal Penal, Lerner, Córdoba, 1986, 2° ed. actualizada, p. 230, nota 3 al artículo 255; PALACIO, Lino Enrique, La prueba en el proceso penal, Abeledo-Perrot, Bs.As., 2000; T.S.J., Sala Penal, Sent. n° 8, 01/07/1958), el apartamiento de este respecto de aquélla, debe ser debidamente fundado. Precisamente, al enumerar las hipótesis en las que puede prescindirse del dictamen técnico, suele ejemplificarse con aquellos casos en los que éste aparece defectuoso, o contradictorio con las demás pruebas reunidas (JAUCHEN, Eduardo M., Tratado de la prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni, Bs.As., 2002, p. 415/416)...”.

Finalmente concluye el decisorio jurisprudencial

referido por señalar, que: "...Las consideraciones que preceden, resta agregar, lo son en plena sintonía con las directrices que emanan de documentos internacionales. Como derivación de la obligación asumida por los Estados de "proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales" al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (art. 34), y brindando un marco práctico para el trabajo con niños víctimas y testigos de delitos dentro del proceso de justicia bajo el prisma de la Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (O.N.U.), se proclama que "cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia". Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, apartado B.2.d, Oficina Internacional de los Derechos del Niño, Canadá, 2003, en "Infancia y Adolescencia. Derechos y Justicia", Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Colección de Derechos Humanos y Justicia N° 5, Poder Judicial de Córdoba, pág. 169) **(Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal, Córdoba. "Battistón", S. n° 193, 21/12/2006.)**.

En este orden de ideas, también la doctrina ha indicado que: "...en lugar de practicarse el interrogatorio de los niños víctimas, ellos deben ser sometidos a una entrevista hecha por un profesional. La entrevista del niño víctima será introducida como prueba dentro del proceso penal. Lo mismo sucederá con el informe pericial sobre la misma y el testimonio del experto que condujo la entrevista. De esta manera, se excluye el testimonio de los niños víctimas, sin negarles el derecho a ser oído y presen-

tar su versión de los hechos. La defensa, a través del conainterrogatorio del experto y tachando el informe, tiene la oportunidad de controvertir la prueba. De esta manera, se protege al niño víctima evitando la retracción sin perjudicarle al imputado el derecho a la defensa.” **Polo, L. & Cabarcas, A. (2013). Valor probatorio del testimonio de un menor en un proceso penal de abuso sexual. Pensamiento Americano, 71-81.**

En razón de los lineamientos expuestos, no cabe sino coincidir, que los informes de expertos no pueden ser dejados de lado por los sentenciantes sin una razón suficiente que debe ser objetivamente acreditada, y también basada en la sana crítica racional.

Ahora bien, el Informe realizado por la Licenciada María Florencia Martínez obrante a fs. 56/57 y vta., resulta concluyente en varios aspectos. En este sentido expresa que: “...Logra ser comunicativa y lo hace de forma clara, coherente y con un lenguaje acorde a su edad cronológica...el relato de la menor, al momento de la entrevista contiene elementos y situaciones que muestran características de verosimilitud y credibilidad. No se observa en el relato una construcción fantaseada, imaginativa o deliberadamente armada para perjudicar a otros. Aparece además coherencia contextual y lógica de narración...no presenta signos o indicadores de estar siendo presionada, amenazada o coaccionada...” (el subrayado me pertenece). El presente Informe fue meramente citado por el fallo atacado, pero ninguno de los magistrados votantes ha meritado su valor probatorio.

Así también, el informe de Entrevista Psicológica realizado por la Psicóloga Forense María de los Ángeles Solís, cuya metodología utilizada fue la entrevista en Cámara Gesell, expone que: “...su lengua-

je es acorde a su etapa evolutiva y nivel de instrucción formal, siendo capaz de expresarse claramente respecto a su estructura familiar y hábitos cotidianos, como así también respecto a los hechos denunciados...Relata el motivo por el cual llegó a la casa del Sr. Santa Andrea y como fue su ingreso, manifestando que éste le habría cubierto la boca con la mano y habría obligado a ingresar a la casa. De acuerdo al relato ingresaron por la cocina para posteriormente dirigirse al baño, donde la niña habría sido bañada, para finalmente ingresar a la habitación donde se habría consumado el abuso. Luego regresó a su casa, donde después de un tiempo le habría contado a su hermana mayor lo sucedido...La información brindada por K..., es transmitida por medio de un vocabulario y expresiones acordes a su edad, ello podría ser un indicador de que su discurso no es producto de la inducción externa...”(confr. fs. 470/471) (el subrayado me pertenece).

Con relación a esta trascendental prueba, el decisorio atacado, se aparta de la misma con argumentos subjetivos, careciendo de una debida fundamentación, lo que no se condice con la sana crítica racional, propia de todo acto jurisdiccional válido.

Otra prueba técnica obrante en autos, es el Informe expedido por el médico policial Dr. Mario Centurión, el cual examinó a la víctima el mismo día del hecho, el cual expresa: “...se observa himen complaciente sugestivo de dilatación, posible origen digital, no pudiendo objetivarse dilatación para pensar en penetración peneana...” (confr. fs. 03). En este estado, dicha prueba constituiría un elemento contundente de acreditación probatoria, pero en Audiencia de Debate el médico explica (conforme se desprende de la sentencia) que: “...uso la palabra “sugestivo digital” porque

el himen estaba un poquito más dilatado que lo habitual, descartando lo pe-
neano, compatible con el dedo de la posible víctima o de un tercero...puede
ser multifactorial...". Más allá, que el informe médico policial pierde en la au-
diencia de debate el valor probatorio que poseía, el mismo no puede ser de-
jado de lado en un todo, sin tomarlo como prueba indiciaria, ya que el mismo
se condice con lo que la víctima manifiesta haber vivido.

Finalmente, otra cuestión que entiendo merece ser observada, es la relativa a las supuestas contradicciones de la menor. En lo que a ello respecta, cabe traer a referencia lo expuesto por Ana Valeria Pipino en su informe sobre fallos del Tribunal Superior de justicia de Córdoba; en los cuales ha dicho que: "...el relato de un niño no puede ser analogado en su tratamiento al de un adulto; sin embargo, en la praxis tribunalicia son frecuentes los casos en los que se advierte que el operador judicial -ora el Juzgador, ora las partes- los somete a un minucioso examen lógico, en desmedro de los rasgos distintivos que le confieren la madurez y afectividad propias de su edad. Semejante abordaje olvida, en primer término, que si a la valoración de toda prueba obtenida en el proceso ha de aplicarse la sana crítica racional (art. 193, C.P.P.), ésta se integra con la lógica, pero también, y en igual medida, por las reglas de la experiencia común y la psicología (T.S.J., Sala Penal, "Battistón", S. n° 193, 21/12/2006; "Cuello", S. n° 363, 27/12/2007, "Fernández" S. 213, 15/08/2008). Sobre la cuestión que nos ocupa, puede afirmarse con holgura que es una regla de la experiencia común -en cuanto constituye un hecho notorio, aprehensible espontáneamente por el intelecto como verdad indiscutible (T.S.J., Sala Penal, "Quiroga", A. n° 329, 24/08/2001; "Quiñones", S. n° 13, 24/02/2005; DE LA RÚA,

Fernando, La Casación Penal, Depalma, Bs. As., 1994, pág. 163)- que el relato de un niño no puede ser objeto de un estricto control de logicidad. En ninguna esfera de su vida en relación -familiar, escolar, social, etc.-, quien se comunica con un niño lo hace con la expectativa de obtener de su pequeño interlocutor un razonamiento impoluto, sin fisuras, sin olvidos, sin contradicciones, sin imprecisiones. Por qué entonces ha de aplicarse distinta vara para mensurar con inmutable rigor la narración que ofrece un niño cuando es convocado a declarar en un proceso penal. **LA IMPORTANCIA Y RELEVANCIA DEL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS DE DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. ANA VALERIA PIPINO. Asociación Latinoamericana de Psicología Jurídica y Forense. <http://psicologiajuridica.org/archives/4113>.** (el subrayado me pertenece).

Efectivamente este aspecto del análisis, que debe llevar adelante todo juzgador en el estudio de los delitos sexuales en perjuicio de menores, implica que el relato de un niño -en la presente de tan solo 8 años de edad al momento del hecho- no puede ser analizado con absoluta rigurosidad, lo que tampoco se le exige en otros ámbitos de la vida. A ello cabe agregar el transcurso del tiempo desde el supuesto ilícito y la declaración del menor.

En este sentido, remarcar contradicciones sobre aspectos secundarios del relato de un niño de corta edad, o pretender que únicamente se brinden detalles exactos, cuando el eje principal del relato se mantiene claro, resulta contrario a la sana crítica racional que debe primar en el estudio de los delitos sexuales en perjuicio de menores.

A modo ejemplificativo, exigir que una niña de

ocho años de edad maneje con precisión el horario en el que ocurrieron los hechos, resulta contrario a la sana crítica. Asimismo, remarcar como una contradicción que la menor se refirió a que el baño era color blanco cuando en realidad sus paredes eran beige y su piso marrón, resulta contrario a la sana crítica judicial. En efecto, basta con la simple observación de las fotografías obrantes a fs. 97/98.

En definitiva, en base a la totalidad de los fundamentos expuestos ut supra, entiendo que el Tribunal sentenciante al momento de decidir en este caso especial -que involucra a una menor vulnerable-, se ha apartado de la sana crítica racional viciando de este modo el pronunciamiento al que arriba, dejando de lado pruebas técnicas que avalan los dichos de la menor, restándole valor probatorio a los llamados testigos de oídas, descartando el reconocimiento y descripción del agresor por parte de la víctima y limitándose a buscar contradicciones secundarias en el relato de una niña de apenas ocho años de edad.

En este sentido, se entiende que: “Un fallo dictado acorde con los principios de la sana crítica será aquél que nos permita reconocer el curso de razonamiento utilizado por el magistrado para arribar a la conclusión de si existió el hecho y en su caso como se desarrolló, aplicando para ello racionalmente las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología, a efectos de valorar la conducta culpable del imputado”. (Confr. Resolución 125 –STJ-2016 Voto del Dr. Jorge Antonio Rojas).

Así también: “La sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la eficacia conviccional de la prueba

con total libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, del tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontestables de las ciencias (y no sólo de la psicología –ciencia de la vida mental que estudia la personalidad, percepción, emoción y volición humanas, utilizable para la valoración de dichos–), y de la experiencia común (constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica; v. g., inercia; gravedad). Queda descartado, a estos efectos, el uso de la intuición.”

CAFFERATA NORES JOSÉ I. y Otros. Manuel de Derecho Penal. Pag. 360/361

Amén de todo lo expresado, adhiero asimismo a los fundamentos y consideraciones expuestas por mi colega preopinante Dr. Froilán Zarza, en referencia a la contradicción en que ha incurrido el Tribunal Penal sentenciante. En efecto, considero que el fallo resulta además contradictorio ya que por un lado no descrea de la víctima y al mismo tiempo absuelve al acusado, configurándose en la especie, otro vicio más que invalida el decisorio puesto en crisis.

Por tal razón, propicio la nulidad de la sentencia absolutoria, disintiendo con la solución a la que arriba el Sr. Ministro preopinante, considerando que la Audiencia de Debate Oral y Público resulta absolutamente válida conforme lo expuesto ut supra; ello además de entender que la realización de una nueva implicaría la revictimización a la niña K.A.Q.

En este sentido, la doctrina ha dicho que: “En el caso de niños víctimas, romper el silencio en su victimización representa una

nueva conmoción y estrés y por ello se requiere una cuidadosa atención y respeto a su situación, ya que debe relatar las circunstancias del delito a personas extrañas”. **Marchiori, Hilda. “Consideraciones sobre el relato de niños víctimas en Pensamiento penal y criminológico”, Revista de Derecho Penal Integrado, Año IV N° 6, Mediterránea, Córdoba, 2003, pág. 385.**

Y que: “...resulta imperiosa la aplicación de medidas tendientes a evitar la revictimización provocada por las múltiples declaraciones que deben prestar durante el proceso judicial, sin que se vean reducidas las posibilidades de resolución de los casos y aplicación de una sanción si correspondiere, ni se vea menoscabado el derecho de defensa del imputado y el debido proceso.” **UNICEF, Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) “Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia”, Buenos Aires, 2010. Prólogo, pág. 5 en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf>.**

En conclusión, conforme los fundamentos expuestos, corresponde hacer lugar al Recurso de Casación impetrado, anulando la sentencia dictada por el Tribunal Penal N° 1 de la ciudad de Oberá, remitiendo las actuaciones a origen a efectos de que se proceda al dictado de una nueva sentencia, en base al material probatorio reunido en autos, conforme los parámetros expresados ut supra.

Así voto.

Concedida la palabra a los Dres. Ramona Beatriz Velázquez y Roberto Rubén Uset, dijeron:

Que adhieren al voto que antecede.

Concedida la palabra a la Dra. Rosanna Pía Venchiarutti Sartori, dijo:

Que los antecedentes de la causa han sido debidamente expresados por mis colegas preopinantes a cuyos relatos me remito.

Asimismo, adhiero a los argumentos expuestos y solución propiciada por la Sra. Ministro Dra. Cristina Irene Leiva en su voto, sin perjuicio de las consideraciones que pasará a exponer.

Es importante recordar frente a que tipo de delito nos encontramos ya que ello nos brindará la perspectiva apropiada para analizarlo. Los casos donde se investigan y juzgan abusos sexuales poseen especiales características que deben ser necesariamente consideradas para una correcta reconstrucción de los hechos, sobre todo cuando se trata de menores y su declaración es el eje central de la investigación.

Los abusos suelen ocurrir en la intimidad, por lo que la prueba testimonial de la víctima tiene un peso distinto al testimonio aportado en otro tipo de delitos. En ese sentido se ha dicho que *"en los delitos contra la libertad sexual los tribunales suelen tener un criterio más amplio en la valoración de la prueba, sopesando hasta el más mínimo indicio, para que no queden impunes, dado que por lo general se cometen en la intimidad, fuera de la vista de otras personas. (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 1, 29/6/1998-"Veron Luis", JA 1989 - I)". A su vez, frente a delitos*

contra la integridad sexual, el testimonio de la víctima aparece como la prueba dirimente, puesto que esta clase de hechos suele cometerse en ámbitos de intimidad, ajenos a las miradas de terceros y en ámbito de confianza. (DIAZ, Juan Alberto y otro p.ss.aa. abuso sexual calificado por el vínculo, etc. -Recurso de Casación-" (Expte. "D", 44/11) Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, Córdoba)".

En cuanto al material probatorio *"se debe realizar una visión en conjunto de la prueba obtenida al momento de decidir y no arribar a una absolución o atribución de la autoría responsable de un imputado, sobre la base de una consideración fragmentaria y aislada de la prueba"* (Aspectos probatorios en los delitos contra la integridad sexual, por SERGIO MANUEL TERRÓN 20 de Abril de 2012 www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACT120029).

Ahora bien, en relación a los menores de edad envueltos en este tipo de casos, vale la pena recordar que como derivación de la obligación asumida por los Estados de proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales, al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (art. 34) *"...cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione un testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia"* (Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, apartado B.2.d. Oficina Internacional de los Derechos del Niño, Canadá. 2003, en "Infancia y Adolescencia. Derechos y Justicia", Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Colección de *Derechos Humanos y Jus-*

ticia No 5).

En el caso de autos, advierto que el Tribunal sentenciante no ha aplicado el estándar referenciado supra en la valoración de la declaración de la menor presuntamente víctima, ni tampoco lo referente a la ponderación de la prueba en conjunto. Por el contrario, le ha exigido precisiones en su relato que por lo general ni siquiera el común de las personas mayores podría aportar remarcando a su vez sólo las *contradicciones* y no sus *aciertos*. En consecuencia entiendo que se ha apartado de la sana crítica racional viciando por ello la decisión arribada.

Por honestidad intelectual me veo en la obligación de mencionar que éstos principios y criterios expuestos han sido parte del voto mayoritario de éste Superior Tribunal de Justicia en resolución N° 213-STJ-2018 respecto de un caso vinculado al presente por sus particulares coincidencias objetivas.

En tal oportunidad, el Alto Cuerpo ha considerado que cuando se trate de casos de abuso sexual donde las víctimas fueran niños, éstos son los parámetros que deben tenerse en cuenta.

Siguiendo un criterio lógico y coherente considero que en este caso se debe aplicar el mismo estándar sin que ello implique pronunciamiento alguno sobre lo que en definitiva debe resolver el Tribunal.

Por lo sucintamente expuesto y la adhesión efectuada en el 2º párrafo del presente, considero que debe hacerse lugar al recurso de casación, anulando la sentencia dictada por el Tribunal Penal N° 1 de la IIª Circ. de Misiones, remitiendo las presentes a origen a los fines del dictado de una nueva sentencia conforme los estándares expuestos.

ASI VOTO.

Concedida la palabra a los Dres. María Laura

Niveyro y Cristian Marcelo Benítez, dijeron:

Que adhieren al voto de la Dra. Cristina Irene Leiva.

Concedida la palabra al Dr. Jorge Antonio Rojas, dijo:

Habiéndose declarado formalmente admisible el recurso de casación incoado, vuelven estas actuaciones al despacho del suscripto para el dictado de la sentencia, respecto al planteo recursivo interpuesto a fs. 830/839 por la Dra. Estela M. Salguero de Alarcón a cargo del Ministerio Público Fiscal, contra la SENTENCIA N° 19 de fecha 09 de Marzo del año 2016, dictada por el Tribunal en lo Penal N° 1, de la Segunda Circunscripción Judicial (fs. 790/826), que resolvió: 1°) ABSOLVER a PASCUAL ALEJANDRO SANTA ANDREA, (a) "CACHO" de filiación acreditada en autos, de los delitos de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y ABUSO SEXUAL SIMPLE (Art. 119 párrafos tercero y primero del Código Penal y 25 de la Constitución de la Provincia de Misiones). 2°).

I- Del análisis del remedio incoado, se advierte que la recurrente expuso como fundamento de su pretensión recursiva (fs. 830/839) la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 477 inc. a), sin embargo, de acuerdo a los agravios desarrollados a partir del punto III se evidencia que la crítica recursiva recae más bien en la inobservancia de las normas del CPP, según las disposiciones del art. 477 inc. b), toda vez que los argumentos de la Sra. Fiscal giran específicamente en torno a la falta

de observación objetiva de los elementos probatorios que tuvieron un valor decisivo para llegar al resultado arribado (absolución), y que - conforme lo pretende la recurrente - tal circunstancia amerita una revisión amplia de la sentencia y la declaración de nulidad de la misma según lo dispuesto en el art. 420 inc. d) del CPP.

En tal sentido, en lo que respecta a los fundamentos de los agravios, la Sra. Fiscal del tribunal hizo mención de las distintas pruebas que a su parecer no fueron valoradas o fueron minimizadas por el tribunal a fin de sostener la postura absolutoria del imputado Pascual Alejandro Santa Andrea, indicando las razones por las cuales consideraba que esa valoración efectuada por el tribunal deviene contraria a las reglas de la lógica, sana crítica y experiencia.

II- Que, luego de una examen integral de las actuaciones, anticipo que disiento con la solución propuesta por mis colegas preopinantes, cuyas conclusiones, si bien difieren entre sí, ambas implican la revocación de la sentencia absolutoria del imputado, forzando así la valoración lógica del material probatorio reunido en autos, en el cual - a mi entender - prevalece el estado de duda suficiente a fin de hacer aplicación del principio "in dubio pro reo" contenido en el art. 4 de la ley procesal, tal como fue aplicado por el tribunal *a quo*.

III- Tal como lo había anticipado, la línea argumentativa del planteo recursivo versa únicamente sobre la valoración que los Jueces han otorgado a las pruebas sobre las cuales basaron el veredicto de absolución. Puntualmente, la Sra. Fiscal puso en tela de juicio las declaraciones de los testigos Sres. Carlos Bartolomé Carrara, Carlos Horacio Carrara,

Nélida Beatriz Waijer y Clara Alicia Koch propuestos por la defensa, refiriéndose posteriormente al resto de los testimonios, analizándolos y cotejándolos según su propia apreciación (ver fojas 831 vta./833 vta).

Asimismo, sus críticas se extienden al resto del material probatorio, tal como el informe médico del Dr. Mario Centurión (foja 834), el informe bioquímico (foja 834 vta.), el allanamiento (foja 835), el informe pericial psiquiátrico-psicológico realizado al imputado (a foja 837 vta.) - entre otros elementos - y por último sostuvo que el tribunal de juicio minimizó el testimonio de la menor al valorar parcialmente sus declaraciones, contrariando sin fundamento alguno, las reglas de la lógica, sana crítica y experiencia -Artículo 420 inc. d del CPP.

En cuanto a la sentencia absolutoria recurrida arribada por los miembros del tribunal oral, (fs. 790/826), de la lectura y análisis de la misma se advierte que al momento de emitir su voto, cada uno de los Jueces expuso su opinión con relación a la primera de las cuestiones planteadas, que versa sobre la acreditación material del hecho y la autoría del imputado, siendo determinante el análisis efectuado para arribar a la sentencia absolutoria.

Es así que, luego de realizar un análisis del material probatorio incorporado al debate, cada uno de los miembros - empezando la Sra. Jueza Amalia L. Avendaño - procedió a dar las razones por las cuales consideraban que debían absolver al imputado - y no condenarlo - cuyos argumentos se sustentaron estrictamente en el principio del "in dubio pro reo", prevista en nuestra legislación procesal y constitucional. Fundamentos a los cuales me remito, no solo por una cuestión de celeridad, sino para no redun-

dar en un análisis que considero ceñido a las normas procesales que rigen la materia (ver "primer cuestión" en cada uno de los votos emitidos en la sentencia).

Bajo este contexto, deviene acertada la conclusión arribada por los jueces de juicio, quienes ante la ineficacia de las pruebas colectadas, han dado preeminencia al principio constitucional antes referido, por no haberse alcanzado el grado de certeza suficiente (necesario en esta instancia) para afirmar sobre la real existencia material del abuso sexual en los términos pretendidos por la acusación.

Así las cosas entiendo que, la sentencia dictada se halla debidamente fundada al expresar el derecho que rige el caso en concreto de conformidad a los hechos de la causa y habiendo procedido a cotejar las piezas procesales obrantes en la causa, por lo que la misma se ajusta a derecho.

Como bien sabemos, el estado de inocencia del imputado, como uno de los principios fundamentales que gobierna el proceso penal, trae necesariamente como derivación la exigencia para el órgano jurisdiccional de que para poder llegar a una conclusión condenatoria se haya obtenido el pleno convencimiento sobre los extremos de la imputación, con grado de certeza ("Tratado de derecho procesal penal", Eduardo Jauchen, T.II, 1º ed. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, p. 714/715).

Asimismo, no está demás resaltar que tales pruebas - incorporadas legalmente al juicio - fueron además analizadas conforme a las facultades discrecionales dadas a los jueces en el marco del principio de la SANA CRÍTICA RACIONAL. La circunstancia de que la recurrente no

coincida con esas apreciaciones, no significa que las mismas no se ajusten a las reglas impuestas a los jueces con relación a la valoración y a los efectos que produce la duda sobre cuestiones de hecho relacionadas con la imputación delictiva, como ocurrió en el caso de marras.

Ciertamente, el método impuesto por nuestra ley adjetiva (art. 414 2do párrafo del CPP), establece la libertad de convencimiento de los jueces, pero exige a éstos que las conclusiones a que lleguen sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye (y puedan mostrarse y explicarse como tal). Esta libertad incluye las facultades de "seleccionar" y "descartar", primero, y después "conceder" o "restar" mayor o menor eficacia conviccional a las pruebas en que fundan la sentencia. Si repasamos cada uno de las opiniones volcadas por los jueces en sus votos, veremos que otorgaron mayor o menor valor a una u otra prueba, lo cual no debe entenderse como una "valoración fragmentada y arbitraria", tal y como lo afirma la recurrente.

La doctrina tiene dicho que *"El juez puede admitir cualquier medio de pruebas que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento -AMPLITUD PROBATORIA-, debiendo ajustar su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que, debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. Esto trae como consecuencia que el juez fundamente debidamente la sentencia, debiendo el magistrado imperativamente expresar cuales son las razones que, surgidas sólo de las pruebas, determinan la de-*

cisión adoptada, indicando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a esa conclusión y no solo el resultado de la operación mental. Así, es menester que esas razones se extraigan sólo y directamente de las pruebas producidas en la causa y no del conocimiento privado del juez o de constancias no introducidas regularmente al proceso. - (Tratado de la prueba en materia penal Jauchen, pág. 48/49).

En este mismo contexto la CSJN ha establecido que: "...si bien el estado de incertidumbre se desarrolla en el fuero interno de los magistrados, ello no puede reposar en la pura subjetividad sino que, por el contrario, esa especial situación debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso, tarea que no puede abandonarse en aras de supuestas exigencias del sistema probatorio". Fallos 323:212. - "La aplicación del instituto del beneficio de la duda debe ser el resultados de un razonar correcto, derivado de la racional y objetiva valoración de las circunstancias de la causa". Fallos 324:1365. CPPN comentado y anotado. Miguel Ángel Almeyra - Julio César Báez - T. III La Ley, pág. 175/176.- Nov. 2007.

Justamente, si durante la deliberación se plantean dudas sobre cuestiones de hecho - *como se puede observar en autos* - debe estarse a **lo más favorable al imputado**. De lo contrario, para dictar una sentencia de condena, se requiere que el tribunal logre obtener de la prueba reunida en el juicio, la **convicción** (certeza) de la culpabilidad del acusado, **más allá de toda duda razonable**. Tal convicción sólo podrá (y deberá) ser inducida de datos probatorios objetivos ... Aquella creencia será apta para condenar cuando se asiente en pruebas de cargo recibidas en el debate, que

por indicarla indefectiblemente, permitan explicarla racionalmente, con argumentos que sean comprensibles por la sociedad y contrastables en su posible acierto y error (J. I. Cafferata Nores, Manual de Derecho Procesal Penal, 2da. ed. Córdoba. Ed. Advocatus, Universidad Nacional de Córdoba, 2012, p. 542).

En conclusión, siempre que haya incertidumbre, el imputado deberá ser absuelto, pues en el momento de la sentencia impera en su máxima expresión el principio **"in dubio pro reo"**, como la otra cara del principio de inocencia (art. 18 CN).

Siguiendo este criterio, me permitiré invocar una importante jurisprudencia de la CSJN en la materia, dictada en el conocido caso "Carreras", donde, entre otras cosas la Corte dijo: " ... *En este sentido, corresponde recordar que tanto ese principio como el del in dubio pro reo -ambos de trascendencia en el caso- guardan una estrecha relación con la presunción de inocencia constitucional (artículo 18 de la Constitución Nacional). Que cuando ese artículo dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme (Fallos: 321: 3630 "Napoli") ... A la luz de estos principios, resulta decisivo que el juez, aún frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, **mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta.** Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia consagra-*

da en el artículo 18 de la Constitución Nacional puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal. Apartado 22) (CSJN 1497/2013 Carrera, Fernando Ariel s/ Recurso de Hecho ... causa n° 8398. 04) (la negrita me pertenece).

IV - Por lo expuesto entiendo que la sentencia recurrida se ajusta a las exigencias de orden procesal, constitucional y supranacional que tienden a garantizar los principios del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio, sin que la misma adolezca de defectos procesales que la inhabiliten como acto jurisdiccional válido, siendo los supuestos vicios referenciados por la parte recurrente una opinión e interpretación diferente en relación a lo expresado por los jueces que dictaron el fallo, sin que surjan motivos como para declarar la nulidad de la misma, por lo cual y de conformidad con los fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales referenciados corresponde rechazar el recurso y confirmar la sentencia dictada por el Tribunal Penal N° 1 de la ciudad de Oberá. **Así voto.**

Por ello, y siendo concordante la opinión de la mayoría (art. 41 de la Ley IV – N° 15 – antes Decreto - Ley N° 1550/82).

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

I).- HACER LUGAR al Recurso de Casación impetrado, **ANULANDO** la sentencia N° 19 de fecha 09/03/16 - dictada por el Tribunal Penal N° 1 – IIª Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Oberá, remitiendo las actuaciones a origen a efectos de que se **proceda al dictado de una nueva sentencia**, en base al material probatorio reunido en autos, conforme los parámetros expresados ut supra.

II).- REGISTRESE, cópiese, notifíquese y oportunamente vuelvan las presentes actuaciones a los fines precedentemente dispuestos, oficiándose a tales efectos.

SV.-