**STJSL-S.J. – S.D. Nº 100/18.-**

--En la Provincia de San Luis, **a diecisiete días del mes de mayo de dos mil dieciocho**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“C.T.A. s/ SU DENUNCIA - RECURSO DE CASACIÓN”* –** IURIX INC. N° 203161/2.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. CARLOS ALBERTO COBO, LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el art. 428 del C.P.Crim.?

III) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN****, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo**:1)DE LA PROCEDENCIA FORMAL.Que en fecha 06/09/17, mediante ESCEXT. Nº 7794751, se presenta el Dr. Bernardo Ramón Estrada, en su carácter de letrado apoderado del Particular Damnificado e interpone formal Recurso de Casación, en contra del Auto Interlocutorio de fecha 24/08/2017, específicamente el punto II) del mismo, que dispuso Revocar la Prisión Preventiva del Procesado Federico Guidugli, dispuesta mediante Auto de Procesamiento y Prisión Preventiva de fecha 27/11/2016 (PEX Nº 203161/16).

Que mediante ESCEXT. Nº 7832735, de fecha 13/09/17, acompaña los fundamentos del mismo.

2) Que ordenada la vista a la Sra. Defensora de Menores, contesta la misma en fecha 29/09/17 y manifiesta que coincide con el análisis realizado por el presentante y solicita se admita y se haga lugar al planteo casatorio interpuesto contra el punto II) del Auto Interlocutorio de fecha 24 de agosto de 2017.

3) Ordenado el traslado de rigor en fecha 02/11/17, mediante ESCEXT Nº 8147329, la contraria contesta el mismo.

4) Que en fecha 15/11/17, mediante actuación Nº 8237064 hace lo propio el Sr. Fiscal de Cámara quien entiende que el recurso de casación debe ser rechazado toda vez que carece de uno de los requisitos indispensables para que prospere el mismo, esto es la definitividad del resolutorio que se pretende impugnar.

5) Elevados los autos a este Superior Tribunal, y ordenada la vista al Sr. Procurador General, en fecha 27/12/17, mediante actuación Nº 8477060 emite su dictamen donde expresa que no se presentan los requisitos indispensables para la procedencia del Recurso de Casación, y propicia su rechazo.

6) Que surge de las constancias de la causa que el presente recurso ha sido interpuesto y fundado en término. Que si bien es jurisprudencia unánime de este S.T.J. de San Luis que el auto de procesamiento y prisión preventiva no reviste naturaleza de pronunciamiento definitivo porque no pone fin al pleito ni impide su continuación, habiéndose expresado que la mera probabilidad que evalúa el juzgador en el juicio de convicción, bajo la sola plataforma fáctica y probatoria que presenta la investigación en la etapa de instrucción, torna improcedente el reproche casatorio. (Cfr. STJSL.SJ. S.D. N° 116/17 del 06/11/2017 en IURIX Inc. N° 123093/3) en virtud de la normativa que se considera conculcada -convenciones y tratados internacionales reconocidos por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional-, en un análisis *ex novo* de esta cuestión, **para casos excepcionalísimos** como el presente considerare a la misma equiparable a definitiva.

En efecto la Doctrina ha dicho con relación a la sentencia definitiva *“…Se entiende por tal la que culmina un juicio, pronunciándose sobre el fondo del asunto, con aptitud para adquirir eficacia de la cosa juzgada.*

*Comprende las decisiones que implican que el derecho discutido en ellas no puede volver a debatirse y, que si quedan firmes, deban ejecutarse.*

*Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de una jurisprudencia constante y aditiva ha admitido la impugnación extraordinaria de pronunciamientos anteriores a la sentencia final.*

*No solo en relación a decisiones que, recayendo sobre alguna cuestión incidental, simplemente impiden la prosecución del proceso en la instancia en que se encuentra.*

*También en supuestos que no importan la conclusión del proceso, por la existencia de una agravio federal que exige inmediata tutela…”*

*“… La doctrina del alto Tribunal en materia de autos equiparables a sentencia definitiva es vinculante para la Casación cuando se invoquen cuestiones federales que deban ser conocidas por la Corte, pues en ese supuesto se debe habilitar la instancia como Tribunal Intermedio y anteúltimo en el conocimiento de los asuntos de tal naturaleza. ..”* (Revista de Derecho Procesal Penal 2013-2 – Vías de Impugnación en el Proceso Penal Nuevas Tendencias y Cambios de Paradigma – II – Director Edgardo Alberto Donna – Admisibilidad del Recurso de Casación VI El concepto de auto equiparable a definitivo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vinculante para Casación – María de las Mercedes López Anducin – pág. 261/262)

En consecuencia, debe considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el inc. a del art. 442 del código de rito, que el recurso articulado deviene formalmente procedente.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.-

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo**: 1) DE LA PRETENSIÓN DE LA RECURRENTE. Que en fecha 12/09/17 mediante ESC EXT. Nº 7832735 acompaña los fundamentos del mismo donde manifiesta que el Recurso de Casación articulado se funda en la causal prevista por el art. 428 inc. a) segundo párrafo, del Cód. Procesal Penal, esto es, la no aplicación de la ley que correspondía para Resolver y decidir el caso, entre las que menciona la Convención Sobre los Derechos del Niño y dispositivos contenidos en la Ley N° 26.061 – Protección Integral – Derechos y Garantías de los Menores, Niñas, Niños, y Adolescentes.

Respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño, acusa y denuncia la aplicación (y la consideración) de los arts. 3.1 y 3.4, que respetivamente conciernen al Principio Rector de Preservar el Interés Superior del Niño y respecto de la Ley N° 26.061, se acusa y denuncia la no aplicación de los arts. 1,2, 3, 5, 9, 27, 29, 33 seg. párrafo, esto conforme infra se desarrollará.

También acusa y denuncia la no aplicación, (y por ende la no consideración ni examen) de lo que dispone el art. 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos – Ley 23.054 y la no aplicación y consideración mínima de lo establecido por el art. 13 de la Constitución de la Provincia de San Luis.

Punto seguido, realiza una reseña de los antecedentes de la causa donde específicamente señala que es en contra del punto II) del Auto de fecha 24/08/2017, que se interpone el presente Recurso de Casación, por cuanto el mismo al ser dictado ha dejado de aplicar la Ley, la Norma, que corresponde.

Bajo el punto IV) DE LA ILEGALIDAD DEL PUNTO II) DEL DICTUM DE FECHA 24/08/17 POR LA NO APLICACIÓN DEL LEY NORMATIVA VIGENTE: manifiesta que la Excma. Cámara Penal N° 2, en el considerando IV) del dictum de fecha 24/08 dio y consignó razones y motivos por los que el procesamiento debía confirmarse, pero seguidamente expresó que correspondía adentrarse al análisis de la medida de coerción personal ordenada en la persona del procesado F.G., y al efecto citó jurisprudencia sentada por la Excma. Cámara Penal 2 en una causa penal que versaba sobre y/o respecto del delito de robo calificado en despoblado y en banda con uso de arma de fuego, y privación ilegítima de la libertad (PEX 127740/12), concluyendo la Excma. Cámara en el sentido de que en este caso concurren condiciones de excepcionalidad que habilitan la sustitución de la Prisión Preventiva dispuesta por una medida alternativa.

Señala, que haciendo referencia y mención a las condiciones personales del imputado, su falta de antecedentes, el arraigo del mismo, el avance de la causa, concluye en afirmar que es procedente entonces disponer la inmediata libertad del imputado, sin embargo, sobre el riesgo de fuga nada se dijo.

Punto seguido, expresa que no se ha aplicado al caso, como legalmente correspondía, los principios rectores contenidos y consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.1 concerniente y vinculado con la consideración primordial de atender el Interés Superior del Niño, y art. 34 de tal convención, aprobada por ley Nº 23.840 referido al compromiso asumido por los Estados Partes de Proteger al Niño contra todos los Abusos Sexuales.

Advierte, que al tiempo o momento de dictarse el auto del 24/08/2017, no se aplicaron los dispositivos normativos arriba citados, los que, atento el caso sub examine que concierne a abuso sexual infantil eran de insoslayable e ineludible aplicación, consideración, tratamiento, examen, télesis e inteligencia;

Señala que no se han aplicado al momento del Auto impugnado, su punto II), los arts.1, 2, 3, 4 seg. parte, 9 y 27 de la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos y Garantías de los menores, niñas, niños, y adolescentes y considera que la no aplicación de tales normas legales, que correspondía aplicar, es una Omisión por Comisión.

Explica que los dispositivos normativos precedentemente mencionados, respectivamente hacen puntual y expresa referencia a que los derechos reconocidos en la Ley Nº 26.061, están asegurados por su máxima exigibilidad, y están sustentados en el Principio del Interés Superior del Niño; a la aplicación obligatoria de la Convención de los Derechos del Niño, en todo acto, decisión o medida judicial respecto de los Niños, estableciéndose que los Derechos y Garantías de los Niños, Niñas, son de orden Público, Irrenunciables, Interdependientes, Indivisibles e Intransigibles; el deber de dar consideración primordial en la atención del Interés Superior del Niño; el deber prioritario para los Órganos del Estado, de mantener siempre presente el Interés superior del Niño, estableciéndose que toda acción u omisión que se oponga a este Principio, Interés Superior del Niño, constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños, y adolescentes; el derecho que tienen todos los niños, a que se respete y no se ataque su integridad física, sexual, psíquica y moral; las garantías mínimas en los Procedimientos Judiciales, entre las que se encuentra consagrada el derecho de recurrir ante el Superior frente y/o ante cualquier decisión judicial que lo afecte, al niño, como en este caso sería la puesta en libertad de quién aparece como acusado e imputado de haber presuntamente consumado en perjuicio de menores, abusos sexual ultrajantes y calificados.

En otro punto, expresa que al tiempo de dictarse el Auto de 24/08/2017, su punto II), tampoco se aplicó el Derecho que consagra el artículo 5 de la C.A.D.H., Ley Nº 24.054, art. 75 inc. 22, art. 31 ambos de la Constitución Nacional, conforme el cual toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. El derecho a la integridad personal.

Alega que tal derecho ha sido objeto de ataque y ofensa frente a un caso de abuso sexual infantil agravado y ultrajante.

Agrega que tampoco se aplicó ni tuvo en cuenta el art. 10.3 parte III del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que establece que los Estados Partes reconocen que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y también de igual manera se terminó no aplicando lo que establece en su parte III, art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Civiles y Políticos, en cuanto dispone que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte del Estado.

Afirma que el auto cuestionado deviene y resulta ilegal siendo viable postular su anulación, mediante este planteo casatorio.

Sostiene que no podría afirmarse que el niño o niña, sea destinatario de protección amparo y defensa, si luego de ser abusado sexualmente, de manera ultrajante y agravada se advierte y comprueba que su abusador, victimario, queda y es puesto en Libertad Inmediata.

Advierte también que el punto II) del dictum del 24/08/2017, no aplicó (ni tuvo en consideración), el art. 13 de la Constitución de la Provincia de San Luis, en cuanto tal dispositivo establece y dispone, en su parte pertinente, que la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos, y en especial de los poderes públicos.

Entiende que conforme lo expuesto, las normas y dispositivos de naturaleza federal citados, las normas y principios establecidos en la ley Nº 26.061, queda de manifiesto y en evidencia que el punto II) del auto de fecha 24/08/17 y las consideraciones y motivos efectuados para su dictado, aparece como acto judicatural portador de vicio y defecto *in iudicando*.

Sostiene que para decidir la Revocación de la Prisión Preventiva del procesado FG, y ordenar su inmediata libertad se construyó y edificó un razonamiento conclusivo que termina no aplicando todo un plexo normativo que rige para el caso que está plenamente vigente, y es eficaz y respetuoso del principio rector que constituye el Interés Superior del Niño, donde se ha citado jurisprudencia y normas no aplicables al caso (arts. 39 y 40 de la CPSL) para favorecer y beneficiar al imputado, al abusador, causando así un detrimento real y concreto, una lesión y daño al Principio Rector del Interés Superior del Niño, en este caso de niñas, víctimas de abuso sexual agravado y calificado.

2) DE LA PRETENSIÓN DE LA DEFENSA. Que ordenado el traslado de rigor en fecha 02/11/17, mediante ESCEXT Nº 8147329 la contraria contesta el mismo.

En dicha oportunidad manifiesta que el recurso deducido no es viable en razón de que no se impugna una sentencia definitiva.

Entiende que no existe un gravamen irreparable, al ser el interlocutorio impugnado una resolución que no resuelve una cuestión de fondo, no condiciona la decisión final del proceso y muchos menos pone fin a la causa.

En segundo lugar, advierte que se está en presencia de una cuestión procesal y por último considera que el impugnante no expresa cual es el perjuicio concreto y real que le causa la decisión de revocar la medida cautelar.

3) DE LO DICHO POR EL FISCAL DE CÁMARA. Que en fecha 15/11/17, se expide el Sr. Fiscal de Cámara quien entiende que el recurso de casación debe ser rechazado toda vez que carece de uno de los requisitos indispensables para que prospere el mismo, esto es la definitividad del resolutorio que se pretende impugnar.

4) DEL DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL. Que en fecha 27/12/17, el Sr. Procurador General expresa que, resulta insoslayable para su admisibilidad que la resolución cuestionada tenga condición de sentencia definitiva “naturaleza atribuible a las decisiones que ponen fin a los pleitos, impiden su prosecución, o causen un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior” (Conf. STJSL N° 22/10 “Inc. de Rechazo de Recusación con causa: “Ibáñez Cristóbal Omar – Montiel Alejandro José – Su dcia.” – Recurso de Casación”; Nº 53/14; Nº 89/15, entre otros).

Que, el auto interlocutorio cuestionado no reúne tal condición. Y que aún dirigiéndose la crítica contra el punto que dispone se deje en libertad al imputado, por los fundamentos a los que remite, éste continúa sujeto a proceso y tal resolución no ha hecho mérito sobre una eventual responsabilidad penal sobre los hechos imputados.

Concluye afirmando que, a su criterio, no se presentan los requisitos indispensables para la procedencia del Recurso de Casación, y propicia su rechazo.

5) DEL ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN – CONCLUSIONES. Corresponde señalar que el recurso de casación ha sido definido como el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio. (Cfr. TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, Recurso de Casación Penal, por Jimena Jatip, Págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Respecto al derecho al recurso de la querella, se impone señalar que a partir del fallo “Juri, Carlos Alberto s/ Homicidio Culposo – causa 1140” (Fallos 329:5994) dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 27 de diciembre de 2006, se ha perfilado el alcance que debe asignársele a la garantía procesal del derecho al recurso de la parte querellante en el procedimiento penal.

Así se dijo en el considerando 9º) *“Que dicha postura se revela como un proceder claramente arbitrario en la medida en que se sustenta en una interpretación forjada al margen del texto legal y en función de la cual se produce el indebido cercenamiento del derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en los arts. 8, ap. 1º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos – más allá de que el recurrente haya pretendido fundar la inconstitucionalidad de los límites aludidos en la disposición del art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual, por cierto este Tribunal no comparte en razón de los fundamentos expuestos en el caso “Arce” (Fallos : 320:2145)”*.-

Sentado lo anterior y entrando en el análisis de la cuestión planteada entiendo que el recurso de casación interpuesto por el particular damnificado resulta procedente, ello en base a las consideraciones que a continuación expondré.

Le asiste razón al recurrente en cuanto se advierte que al momento de dictar su resolución y revocar la prisión preventiva, la Cámara de Apelaciones, omitió aplicar las Convenciones Internacionales, que en nuestro Sistema de Derecho tienen reconocimiento Constitucional desde el año 1994 (art. 75 inc. 22 CN).

Tan es así, que se advierte que para fundar la misma aplicó la doctrina propia sentada en los autos “Marini, Juna Carlos (Dam) – Av. Robo Calificado en Despoblado y en banda con uso de Arma de Fuego – Privación Ilegitima de la libertad.

De ello se desprende la omisión mencionada, puesto que no se analizó el caso en concreto, ni se aplicaron las normas protectorias de los niños, niñas y adolescentes que sin duda, más allá de reconocer las garantías del imputado, otorgan protección a la supuesta víctima del delito (menor de 18 años).

En efecto la doctrina tiene dicho *“… En la actualidad nadie duda respecto de que el imputado tiene firmemente garantizado el amplio ejercicio de su defensa en juicio, ello en el marco de las leyes, La Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.*

*La evolución legislativa ha reconocido el rol de la víctima como un sujeto activo en el proceso penal, dotado de capacidades que la instituyen como un instrumento que contribuye al aumento de su eficiencia y la recuperación del sentido individual y colectivo de justicia.*

*En aquellos casos donde la víctima es un niño, niña o adolescente, se tiende – en un grado superlativo – un manto de protección a su respecto, generándose la necesidad de ponderar los intereses en juego para compatibilizar las pretensiones de la defensa con la protección del interés superior del niño…”*  (El Reposicionamiento de la Victima en el Proceso Penal, el Interés Superior del Niño y las Garantías del Imputado – Micaela M. Di Pretoro – 16 de julio de 2015 – [www.infojus.com.ar](http://www.infojus.com.ar)) .

Corresponde tener en cuenta también *“… No se discute en nuestro derecho positivo que la pauta de interés superior del niño es de aplicación obligatoria, en todas las medidas en que hallan involucrados aspectos o cuestiones que atañen a personas menores de dieciocho años de edad. El carácter imperativo de dicha disposición exige, aun ante la falta de petición expresa por parte de los litigantes, que el Juez la observe de oficio…”* (Aplicación del Interés Superior del Niño en Fallos de la Corte Suprema- [www.thomsonreuters.com.ar](http://www.thomsonreuters.com.ar) – acceso 26-04-17)

Esta obligatoriedad para los Estados partes surge de las propias convenciones a las cuales suscriben o adhieren.

En nuestro país, a más de lo dicho, es la propia Ley Nº 26.061 (Ley de Protección integral de los Derecho de las Niñas, Niños y Adolescentes) es la que obliga a garantizar la máxima satisfacción integral y simultanea de los derechos y garantías por ellos reconocidos.

Que si bien en el caso de autos al momento de resolver la revocación de la prisión preventiva la Cámara siguió el principio de la limitación razonable de la prisión preventiva, obvió considerar que quienes alegan haber sido víctimas del supuesto abuso sexual investigado son menores de edad, y tienen todos sus derechos resguardados a la luz de Convención Americana de los Derecho de Niño y de la Ley Nº 26.061.

Por lo expuesto y entendiendo que no se encuentra reñido el sentido común con el dictado de la prisión preventiva, y en atención a las particulares características de la causa y con el fin de dar cabal cumplimiento a la obligación de ponderar el interés superior del niño, que comprende la protección de su integridad física, psíquica y moral, es que considero que se debe casar la sentencia interlocutoria de fecha 24/08/17 y en consecuencia dictar la prisión preventiva y ordenar la inmediata detención del imputado Federico Guidugli.

En tal sentido la jurisprudencia ha dicho: *“… advirtiéndose que fueron analizados los fundamentos que reconocen las facultades reglamentarias para la cautelar, sin prescindir de las particulares circunstancias del caso y sin desconocer las garantías constitucionales, ubicándose el magistrado en la necesidad de contar con pautas que guíen la forma de resolver la pretensión procesal ejercida por la defensa, con criterios de razonabilidad… ello significa que es posible y legitima la coerción aun antes de la sentencia firme de condena…” (* in re Sent. N° 142/05 S.T.S. Ctes. Expte. N° 24513/05 “Incidente de Excarcelación /// S.T.J. Ctes. In re INCIDENTE DE EXCARCELACIÓN A FAVOR DE X., R. F EXPTE N° 167 9857)

La Señora Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO comparte lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y vota en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

**A ESTAS SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo**: Adhiero a la votación de estas dos cuestiones en el mismo sentido, con los siguientes fundamentos.

**Coincido con la legitimación del particular damnificado para recurrir, desarrollado por los ministros preopinantes por cuanto los compromisos internacionales de nuestro país ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de la víctima avala tal postura.**

En igual sentido, se pronunció en Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación (J.A. 1998-IV-540), y coincidentemente la doctrina ha insistido en que el principio de bilateralidad, impone la paridad, por imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de las víctimas con el imputado, en lo que hace a ciertas garantías.

Destaco en primer lugar, que se encuentra en juego la responsabilidad internacional de la República Argentina, que alcanza a los estados provinciales, pues el Estado Nacional debe responder por acciones u omisiones de las provincias ante los organismos encargados de controlar los derechos humanos del continente, como la Comisión IDH y la Corte IDH. La protección judicial se manifiesta en el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, que debe sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso legal (art. 8.1 CADH) –**Comisión IDH. Caso 10832, Informe N° 35/96**-. Este derecho no se agota en el libre acceso a ese recurso ni a su desarrollo sino que **exige del órgano una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo**, donde se establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen. Esta decisión es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso del art. 25 CADH (**Comisión IDH, Informe 2/97, del 30/8/97**).

**El derecho a la protección judicial efectiva incluye el respeto de las víctimas a ser oídos por la autoridad judicial competente, máxime cuando se trata de delitos contra la integridad sexual de menores los que se consideran inmersos en situación de vulnerabilidad.** En este sentido, con la nueva ley Nº 27.372 se busca evitar una “victimización secundaria” en cuanto a los daños y molestias que la víctima suele padecer en los procesos judiciales (FIGARI, Rubén; “Somero análisis de la ley de Derechos y Garantías de las Personas víctimas de delitos –Ley 27.372-“, publicado en la Revista Pensamiento Penal).Resulta contrario al derecho de defensa y a las garantías de acceso igualitario a la justicia y tutela judicial efectiva (Arts. 18, 19 y 75 inc. 22 C.N.) cuando un tribunal limita las posibilidades de intervención a la víctima.

**En el caso que nos ocupa es de destacar que las supuestas víctimas eran además de menores, mujeres; y que la cuestión de género es considerada por las “*Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*”.** En lo atinente a la cuestión de género refieren específicamente que “*se prestará una* ***especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer****, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al* ***acceso a los procesos judiciales*** *y a su tramitación ágil y oportuna*”.

Caferatta Nores enseña que *“las obligaciones estatales de respetar los derechos humanos y asegurar su plena vigencia impuestas por la normativa supranacional* (Cfr. Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, del 29/VII/88; Corte IDH, caso “López Álvarez vs. Honduras”, del 1/02/2006), *se proyectan bilateralmente en el área de la procuración y administración de la justicia penal, expresándose en salvaguardas que pueden ser, o comunes para las víctimas del delito que reclaman justicia y para aquellos a quienes se les atribuye la comisión, o específicas para cada uno de ellos: todas se conocen, genéricamente, como garantías”* (CAFFERATA NORES, José I.: Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 15 y ss., y 43 y ss.).

La evolución legislativa ha reconocido el rol de la víctima como un sujeto activo en el proceso penal, dotado de capacidades que la instituyen como un instrumento que contribuye al aumento de su eficiencia y la recuperación del sentido individual y colectivo de justicia. *“…las garantías comunes para la víctima y el acusado son las de igualdad ante los tribunales, acceso a la justicia y defensa en juicio, e imparcialidad (e independencia) de los jueces…”* (Cafferata Nores, José: “Dúplica de Troya” en la 1era. Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia “Las facultades del querellante en el proceso penal desde ‘Santillán a Storchi TOC1’”, pág. 82//www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00004/00009237).

Sentado lo anterior y entrando en el análisis de la cuestión planteada entiendo que el recurso de casación interpuesto por el particular damnificado resulta procedente, ello en base a las consideraciones que a continuación expondré.

Tengo presente que el dictado de la cautelar de prisión preventiva debe centrarse en la presunción fundada de que el procesado podrá intentar eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación y a los fines de resolver la cuestión traída a estudio tengo presente lo considerado por el Juez de Instrucción.

Siguiendo los lineamientos expuestos por el Sr. Juez de Instrucción al procesar y dictar la prisión preventiva del imputado el 27/11/2016 (procesamiento confirmado por la sentencia de cámara) por los delitos contra la integridad sexual, en perjuicio de dos menores de edad de sexo femenino, pienso que con atinado razonamiento consideró que dada la condición socio económica del imputado, estaría la posibilidad prima facie de eludir o sustraerse al accionar de la justicia. Asimismo, destaco el análisis que el mismo hace respecto a que el vínculo entre el imputado y la víctima y su entorno social permite suponer la posibilidad de que el mismo pueda influir en las mismas o en testigos.

Ciertamente que no puedo obviar que la sola gravedad del delito es insuficiente para fundar ***per se*** una prisión preventiva, sin embargo es claro que los delitos endilgados al procesado son de tal gravedad que potencian la eficacia de los riesgos tenidos en cuenta por el juez de instrucción.

La jurisprudencia ha sido conteste en marcar varias pautas a los fines de acceder a la privación de la libertad de una persona, ya que solo podrá legitimarse como excepción, por cuanto la prisión preventiva no puede ser regla general en concordancia con el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *En este sentido la Cámara Nacional de Casación penal en decisión plenaria dijo: “…. el primer elemento que necesariamente debe presentarse para que una determinada persona sea sometida a un encarcelamiento preventivo, es que sobre la misma pese una fundada sospecha de culpabilidad sobre su participación en determinado hecho delictivo. Esto es así, por dos motivos concurrentes: en primer término, porque la sujeción de una persona al proceso tiene sentido en tanto y en cuanto aparezca, al menos prima facie, como posible responsable de un suceso delictual; y, en segundo lugar -pero íntimamente vinculado al anterior- porque quien no advierta la existencia en su contra de elementos de juicio que objetivamente le permitan suponer en forma razonable que podría resultar condenado, tampoco habrá de tener motivos para intentar profugarse, dado que en tales circunstancias -en principio- no tendría temor a perder su libertad en caso de afrontar un juicio...”*

*“Seguidamente, la Comisión trató el peligro de fuga, expresando que la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia. La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. En consecuencia, si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada. Además, la Comisión observa que si ésta es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas, o en casos extremos la prohibición de salida del país. En tales casos, la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia.”*

*“La presunción legal que indica que en aquellos casos en que los imputados se enfrenten a la posibilidad de una severa pena privativa de la libertad habrán de intentar profugarse debe ser tenida en cuenta al momento de decidir sobre su excarcelación; y sólo corresponderá apartarse de la referida disposición legal cuando concurran elementos de juicio objetivos y comprobables que demuestren el desacierto -disfuncional o irracional- de lo que la ley presume. Justamente por ello -porque admite prueba en contrario-, es que la referida presunción es iuris tantum. Y no está de más señalar que tal prueba (la que confronte con la solución legal) debe existir y ser constatable, pues de lo contrario la presunción mantiene todo su valor y efecto”.*

*“Otro parámetro, la Comisión ubicó el riesgo de comisión de nuevos delitos, entendiendo al respecto que cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad. (el resaltado nos pertenece). En este punto, consideramos necesario abonar el criterio de la Comisión, indicando que el Apeligro de reiteración delictual, nos remite a revisar -en definitiva- la peligrosidad del agente, valorada ésta en orden a la naturaleza del delito imputado, y los motivos que lo condujeron a delinquir. Repárese en que ciertos delitos, una vez que el autor es descubierto, la posibilidad de que puedan ser vueltos a cometer es ínfima, dado que la iniciación del proceso penal suele encontrarse acompañada de otras medidas adoptadas por las autoridades estatales. Así, a modo de ejemplo, es claro que quien comete un robo tendrá más posibilidades de reincidir que quien comete un delito tributario, dado que en este segundo supuesto las autoridades -luego de comprobada la primera infracción- suelen ser más estrictas en el control que realizan sobre el contribuyente.”*

*“Son, sin dudas, elementos a tener en cuenta para evaluar la posible reiteración, el contexto familiar y moral del acusado, en cuanto pueden contribuir a generar la convicción de que el camino del delito es el incorrecto para arribar a un estado de realización personal y social; el tener medios lícitos de vida (sobre todo, cuando se trata de infracciones penales de contenido patrimonial); la circunstancia que el acusado no posea antecedentes de carácter delictual o contravencional, así como también que ostente una personalidad proclive al respeto de las disposiciones legales, y las reglas sociales y morales de convivencia.”*

*“También debe merituarse, a la par de la gravedad del hecho penal que se imputa, la peligrosidad evidenciada por el acusado, pues la posibilidad de reiteración delictual no deja de ser una presunción que sólo habrá de justificar el encierro cautelar en la medida en que los bienes jurídicos que pudieran encontrarse comprometidos sean de una entidad suficiente para sustentar la medida (Cfr. en este sentido la opinión del destacado maestro alemán Claus Roxin en Derecho Procesal Penal, ed. del Puerto SRL, Buenos Aires, 2000, págs.261/262).”*

*“También se consideró, cuando medie la necesidad de profundizar las investigaciones, que la posibilidad de colusión pueda constituir un elemento a tener en cuenta. Al respecto, se indicó que la complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva. Especialmente, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. Pero una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de libertad. La Comisión considera que no es legítimo invocar las necesidades de la investigación de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado.”* (Cfr. DIAZ BESSONE Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de ley - 30/10/2008 - CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES – SAIJ: FA08261043).

En consonancia con lo considerado, la jurisprudencia ha dicho: “*El cese de la prisión preventiva ha sido bien denegado respecto del imputado por delitos sexuales cometidos en perjuicio de una menor de edad si la sentencia no se sustenta exclusivamente en la gravedad de la pena en abstracto sino en concretos indicios que tornan indispensable la privación de la libertad para asegurar los fines del proceso, tal la preminencia de aquel sobre la víctima y el ostensible temor de esta frente a su figura, sumado a que los hechos habrían sido cometidos en un ámbito intrafamiliar, por lo cual el testimonio de aquella y la necesidad de preservarlo de cualquier tipo de contaminación, deviene sustancial”* “…” *“…….las circunstancias valoradas por el a quo como indicadores de riesgo procesal deben ser analizadas a partir del citado marco hermenéutico, toda vez que el hecho se perpetró en un escenario que, como se dijo, revela un contexto de violencia sexual ejercida contra una mujer menor de edad. Ello impone, de acuerdo a los ya referidos compromisos internacionales, asegurar la realización del debate y, por ende, demanda también poner especial atención en aquellas circunstancias que podrían impedirlo u obstaculizarlo”* (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal F., W. s/ cese de prisión - recurso de casación 17/03/2015 Cita Online: AR/JUR/1847/2015).-

Entiendo que el análisis no puede versar sólo en el peligro de reiteración delictiva por cuanto a la peligrosidad del imputado, derivada de la posible continuidad en la actividad delictiva, como factor desencadenante de la prisión preventiva, debe necesariamente ser unido a la probabilidad de perturbación seria y grave de la investigación para resistir el control de constitucionalidad, debiendo interpretárselo restrictivamente, con prudencia y desde un punto de vista instrumental de preservar el desarrollo normal del proceso y asegurar la sujeción del imputado, nunca como equivalente de una medida de seguridad sustantiva. *“Los pronósticos de peligrosidad de continuar en la actividad delictiva no deben ser admitidos como medidas de seguridad procesal encubiertos”* (Chiara Díaz Carlos. El proceso Penal – La Coerción Personal en Revista de Derecho Procesal Penal 2008 p. 33 – Rubinzal Culzoni).

Por lo expuesto y entendiendo que no se encuentra reñido el sentido común con el dictado de la prisión preventiva, en atención a las particulares características de la causa, partiendo de los indicios racionales valorados por el *a-quo* al procesar al imputado por los delitos de **ABUSO SEXUAL SIMPLE CALIFICADO POR LA RELACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE** **(art. 119 párr. 1º, inc. f) del CP)** en perjuicio de ALINA PÉREZ CALDERÓN, y **ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE POR LA RELACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE (art. 119 2º párr. en relación al inc. f) del código penal)**, en perjuicio de VALENTINA PÉREZ CALDERÓN, AMBOS HECHOS EN CONCURSO REAL y considerando que el tribunal debe evitar los riesgos procesales señalados ut supra, es que considero que se debe casar la sentencia interlocutoria de fecha 24/08/17 y en consecuencia confirmar la prisión preventiva dictada el 27/11/2016 ordenando la inmediata detención del procesado Federico Guidugli.

**A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo**: Atento a la forma en que se han votado las cuestiones anteriores corresponde I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Particular Damnificado y en consecuencia Casar la Sentencia de la Excma. Cámara del Crimen N° 2, revocando las medidas cautelares dispuestas y confirmando la prisión preventiva dispuesta por el Juez de Instrucción en fecha 27/11/2016. II) Ordenar la inmediata detención del imputado Federico Guidugli. Ofíciese a sus efectos. ASI LO VOTO.-

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo**: Costas al vencido. ASÍ LO VOTO.-

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Hacer lugar al recurso de Casación interpuesto por el Particular Damnificado y en consecuencia Casar la Sentencia de la Excma. Cámara del Crimen N° 2, revocando las medidas cautelares dispuestas y confirmando la prisión preventiva dispuesta por el Juez de Instrucción en fecha 27/11/2016. II) Ordenar la inmediata detención del imputado Federico Guidugli. Ofíciese a sus efectos

II) Costas al vencido.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

SE FIRMA CON HABILITACIÓN DE DÍA y HORA

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*