**STJSL-S.J. – S.D. Nº 123/18.-**

--En la Provincia de San Luis, **a catorce días del mes de junio 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*:* ***“ESCUDERO JORGE DANIEL – AV. DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL – RECURSO DE CASACIÓN”* –** IURIX PEX N°140634/13.-

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. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO.-

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, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** 1) Que en fecha 3 de agosto de 2016 (fs. 529/542vta.) se presenta la defensa del imputado, Jorge Daniel Escudero, interpone y funda Recurso de Casación, contra la sentencia de fecha 24 de junio de 2016, cuyos fundamentos fueron publicados el 9 de julio, por la cual se resuelve declarar al acusado Jorge Daniel Escudero, autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante y corrupción de menores, en concurso ideal (art. 119 segundo párrafo, 125 primer párrafo; 54 y 45 del C.P.) y condenarlo a sufrir la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas procesales.

2) Que ordenado el traslado de rigor (fs. 543) a fs. 545/546 el Sr. Fiscal de Cámara contesta el mismo y solicita su rechazo.

3) Que en fecha 08/06/17, mediante actuación N° 7338059/17, se expide el Sr. Procurador General, opinando que las alegaciones vertidas en el memorial son de cierta gravedad que no demuestran que la prueba colectada y valorada lo fuera en contra de la lógica y de la sana critica.

4) Que corresponde en primer término, efectuar el pertinente análisis a los fines de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente en punto a la admisibilidad del recurso en cuestión.

Así, analizadas las constancias de la causa, se observa que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término. Asimismo, ataca una sentencia definitiva de un Tribunal competente, encontrándose el recurrente exento del depósito judicial conforme al art. 431 del Cód. Procesal Penal.

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.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.-**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** 1) Que tal como se señalara ut supra a fs. 529/542 vta. obran agregados los fundamentos del mismo, en los que luego de realizar una síntesis de los antecedentes de la causa, bajo el punto VII) AGRAVIOS – 1° AGRAVIO SE HA APLICADO UNA NORMA QUE NO CORRESPONDE DEBIENDO APLICAR LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE A CONTINUACIÓN EXPLICITA, manifiesta que en la cuestiones previas de Sentencia Interlocutoria N° 111 la defensa platea la nulidad de la indagatoria por que se proceso por una calificación que no fue indagada, agravada sin que conozca su defendido, los elementos de agravio y planteo la nulidad de actos prevencionales como la requisa personal y el allanamiento.

Agrega que en la Interlocutoria el Tribunal no hizo lugar a los planteos, argumentando la falta de agravios y la condición de irrecurrabilidad de la indagatoria, como la preclusión.

Sostiene que la defensa se agravia oportunamente por la mala interpretación de las cuestiones planteadas, la falta de fundamentación de la sentencia interlocutoria N° 111 como por la flagrante violación a los principios constitucionales de defensa en juicio.

Alega que, se planteó al existencia de la nulidad absoluta, porque consideró que el Auto Interlocutorio N° 111 (13/06/16) frente al planteamiento de nulidad, refirió que la indagatoria respeta en los fundamental los derechos constitucionales de la defensa, dado que los motivos bastantes para sospechar que la participación de encartado en el hecho objeto de la investigación fue puesta en su conocimiento mediante la lectura de las constancias sumariales obrantes a fs. 1 y 35. Sin embargo, agrega que en ningún momento, en el acto de declaración indagatoria refiere a que le han leído o ha habido una lectura.

Por otro lado, sostiene que el Ministerio Público no puede referir que no hay gravamen, ante una violación flagrante de una disposición de rango constitucional e internacional, como es la indagatoria, siendo que al Ministerio Público le corresponde la prueba.

Afirma, que el video por el que se imputa a Escudero en un delito muy grave y con una pena muy alta, no lo conoció, no lo pudo ver, no sabe si existe o no existe. Que a Escudero se le debe hacer saber la imputación con las pruebas, con la calificación y mostrándole esas pruebas, por lo que sostiene que indudablemente tiene vicios formales muy graves la indagatoria.

Expone que se consideró probado que el informe psicológico de Escudero, es nulo de nulidad insalvable, porque no es un acto consciente, libre, sino es un acto viciado porque a Escudero se lo llevan estando detenido, golpeado, psíquicamente agredido por los familiares de Ríos.

Considera que la certeza del Tribunal no tiene ningún arraigo de razonabilidad y por tanto, resulta arbitrario el modo en que decide fundar dicha certeza; lo que radica en el relato del menor en Cámara Gesell y agrega que no tener por acreditados con exactitud, el hecho imputado, torna inexistentes los hechos.

Manifiesta que el Tribunal, al fallar, puso de manifiesto la ausencia de un enfoque fáctico y legal al analizar el caso, y que resulta de fundamental importancia a la hora de analizar un caso como el presente.

Alega que, el motivo del agravio se fundamenta en el art. 290, 297, 298 y cc. del C.P.P.S.L. en donde se establece la valoración de la prueba. Que se han violado normas del ordenamiento procesal y consecuencias expresas garantías constitucionales que hacen a la nulidad absoluta de las actuaciones, por vulnerar la regla del debido proceso y la garantía de la defensa en juicio.

Sostiene que lo cierto es que, del acta de debate se advierte con palmaria claridad que, en alegato final, para demostrar la materialidad del abuso sexual gravemente ultrajante y corrupción de menores, en concurso ideal, no se tuvo en cuenta la totalidad de la prueba producida durante el debate y se analizó a la luz de la sana crítica.

Señala que en la sentencia se vulneraron las pautas de fundamentación establecidas en el art. 116 y 428 inc. a, b del Código Procesal Penal. Que ha sido violentado el principio constitucional del debido proceso – art. 18 Constitución Nacional y Pactos Internacionales incorporados al mismo. Que la sentencia contiene una fundamentación aparente, ya que no se descartó tal razonamiento fundado, sino que se limitó a efectuar una operación abstracta y general de la prueba que no pudo obtenerse.

Bajo el punto 2° AGRAVIO ERRONEA APLICACIÓN DE DERECHO DE FONDO, denuncia la inobservancia de normas procesales relativas a la valoración probatoria concretamente; que las pruebas valoradas por el *a-quo*, para justificar el quantum de la condena se apoyan en sólo los dichos de la víctima y la posible credibilidad de las declaraciones de la madre y del padre que repiten manifestaciones que le habría hecho el menor.

Objeta la fuerza convictiva del informe psicológico, impugnado en la etapa previa por no reunir los requisitos de libertad, objetividad y fundamentación, no indicando las razones concretas que llevan a la conclusión arribada.

Advierte que se contó con los dichos de los denunciantes que fueron incongruentes entre lo declarado en sede judicial y luego en el debate oral y que se omitió considerar la posición exculpatoria de su defendido.

2) Que ordenado el traslado de rigor (fs. 543) a fs. 545/546 se presenta el Sr. Fiscal de Cámara y contesta el mismo. Manifiesta que la Cámara ha realizado un análisis integral de la prueba rendida y que los fundamentos del fallo fueron realizados a la luz de la experiencia, la lógica y el recto entendimiento humano.

Entiende que el caso puntual ha sido de fundamental importancia el relato en Cámara Gesell, donde la víctima se habría expresado con absoluta espontaneidad y del que la aplicación de las técnicas patentizan la situación traumática vivida.

Afirma que la Cámara ha analizado con absoluta objetividad y como prueba coadyuvante, los testimonios del cuerpo forense y que de ello y del testimonio del médico psiquiatra surge la evidencia en el imputado de sus fantasías con menores y malos pensamientos.

3) Que en fecha 08/06/17, mediante actuación N° 7338059/17, emite dictamen el Sr. Procurador General, opinando que las alegaciones vertidas en el memorial son de cierta gravedad que no demuestran que la prueba colectada y valorada lo fuera en contra de la lógica y de la sana crítica.

4) Que entrando en el análisis de la cuestión planteada, surge que la recurrente se agravia en primer lugar por considerar que la declaración indagatoria contiene vicios graves, toda vez que ha sido otorgada desconociendo la calificación del tipo delictivo. En segundo lugar, se agravia porque el informe psicológico es nulo de nulidad insalvable, en virtud del estado en el que se encontraba Escudero al momento de su realización y por último se agravia, porque considera que la Cámara ha realizado una valoración parcial de la prueba, lo que determina que sentencia sea arbitraria por carecer de fundamentación suficiente.

Expuestos de tal manera los agravios de la defensa, corresponde practicar un integral control del pronunciamiento en consonancia con la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (vgr. "Casal...", Fallos C.1757.XL), que permite también el análisis del mérito de las pruebas efectuado por el tribunal de juicio, con la sola limitación -surgida de su propia naturaleza- de aquellas cuestiones vinculadas directa y únicamente a la inmediación del juicio oral.

Al respecto el cimero Tribunal ha sostenido que: *“La interpretación del art. 456 del Cód. Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho,* *constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica, en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal vigente acorde con las exigencias de la Constitución y es la que impone la jurisprudencia internacional (del precedente “Casal”, al que remitió la Corte Suprema)”* (CSJN 28-08-2007, “Palmiciano, Pablo Marcelo s/ causa Nº 4551, P. 894.XXXIX, RHE. Mayoría: Lorenzetti, Fayt, Petracci, Maqueda, Zaffaroni. Disidencia: Highton de Nolasco, Argibay. ([www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar), acceso 14/09/17).

También se ha dicho que: *“Para la adecuada satisfacción de la garantía de la doble instancia que aseguran los arts. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la regulación del recurso de casación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, solo evitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas (del dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema)”* CSJN, 26/06/2007, (“Oyarse, Gladis Mabel y otros s/robo calificado por el uso de armas-causa Nº 777/02”, O.462.XLI,RHE, *Fallos:* 330:2836. Mayoria: Highton de Nolasco, Fayt, Petracci, Maqueda, Zaffaroni. Disidencia: Argibay. Abstención: Lorenzetti. En [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar), acceso 14/09/17).

Circunscripto así el objeto casatorio y con relación al primer agravio, esto es los vicios de la declaración indagatoria, entiendo que corresponde su rechazo, en primer lugar, porque se observa que en el presente recurso de casación, el planteo de nulidad resulta ser una reedición de los formulados en las cuestiones preliminares, que recibieron adecuada respuesta por el Tribunal de Juicio (341vta/343) como así también parte del Juez de Instrucción y del tribunal de Apelación y la defensa no logra refutar en el recurso en examen los razonados y completos argumentos en los que se sustentó la resolución, concluyendo que no podría reexaminarse ahora una situación ya resuelta y que ha conformado objeto de revisión por un superior o que se encuentra precluida.

Más allá de lo dicho y tal como surge del Auto Interlocutorio N° 111, dictado por la Cámara Penal, la declaración indagatoria obrante a fs. 40 y vta. respeta en lo fundamental los derechos constitucionales de la defensa, dados los motivos bastantes para sospechar de la participación del encartado en el hecho objeto de investigación.

En efecto, conforme surge de las constancias de la causa, se le hace saber que es llamado a prestar declaración indagatoria por la denuncia efectuada Edgardo Gabriel Ríos, en fecha 01/05/2013 y asimismo se le hacen conocer las pruebas existentes en la causa, consistente en la totalidad de las constancias obrantes en el sumario prevencional. Se le hace saber también que se trata de delito de ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE Y CORRUPCIÓN DE MENORES, previsto y penado por el art. 119, 2 do párrafo y art. 125 del Código Penal. Lo que echa por tierra el argumento de la recurrente en cuanto afirma “…en ningún momento, en el acto de declaración indagatoria refiere a que le han leído o ha habido una lectura...” y “…Que a Escudero se le debe hacer saber la imputación con las pruebas, con la calificación y mostrándole esas pruebas, por lo que sostiene que indudablemente tiene vicios formales muy graves la indagatoria…”

Por otro lado, con relación a la calificación corresponde señalar lo que la jurisprudencia tiene dicho al respecto “…*En efecto, el proceso penal -cuyas normas rigen el caso con arreglo a lo dispuesto por el artículo 56 de la ley 25.156- se asienta sobre hechos y no sobre calificaciones, y el procesamiento es una decisión provisoria susceptible de ser modificada en cualquier estado del proceso. El cambio de calificación contenida en la requisitoria no perjudica al imputado, en tanto no afecte el principio de congruencia. Si el hecho descripto coincide tanto en la declaración indagatoria, el auto de procesamiento, como en el requerimiento de elevación a juicio que se intenta impugnar, no se afecta el principio de congruencia, sin que el imputado pueda ver afectado su derecho de defensa…”* (CNCrim y Correc., Sala V, causa 20.692 del 13.3.03)

Por lo expuesto ut supra, entiendo que no surgen de la declaración indagatoria vicios que traigan aparejada violación a garantía constitucionales y por lo tanto corresponde su rechazo. En tal sentido se ha dicho: “…*Corresponde confirmar la resolución que rechazó el planteo de nulidad interpuesto por la defensa del imputado ya que la procedencia de la nulidad por vicios de forma exige como presupuesto que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún derecho ya que de otro modo la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío que va en desmedro de la idea de justicia y la pronta solución de las causas (Fallos 323:929). Además de que la nulidad sólo procede cuando por la violación de formalidades resulta un perjucio real, actual y concreto para la parte que lo invoca…”* (Cámara Nacional en lo Penal Económico Sala B - Di Biase, Luis Antonio y otros s. Asociación ilícita - Incidente de nulidad de la declaración indagatoria de Adrián Félix López - 30/11/2006 - RC J 12943/13 – [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar) ).

Con relación al segundo agravio pobremente expresado por la recurrente, relacionado con que consideró probado que el informe psicológico de Escudero, es nulo de nulidad insalvable, porque no es un acto consciente, libre, sino es un acto viciado porque a Escudero se lo llevan estando detenido, golpeado, psíquicamente agredido por los familiares de Ríos, entiendo que debe ser rechazada, en primer lugar porque tal como surge de las constancias de autos y de los fundamentos de la sentencia (fs. 516vta.) el informe no fue impugnado oportunamente por la defensa.

En segundo lugar, del mismo surge que **al momento del examen se encuentra lúcido, vigil, orientado en tiempo y espacio, colaborador con la entrevista**, lo que contraria las manifestaciones vertidas por la recurrente en cuanto afirma que no es un acto consciente, libre, sino es un acto viciado porque a Escudero se lo llevan estando detenido, golpeado, psíquicamente agredido por los familiares de Ríos.

Por último, y con respecto al tercer agravio expresado por la recurrente que tiene que ver con la valoración de la prueba, puesto que sostiene que “… el Tribunal no tiene ningún arraigo de razonabilidad y por tanto, resulta arbitrario el modo en que decide fundar dicha certeza; lo que radica en el relato del menor en Cámara Gesell…” y agrega que “…no tener por acreditados con exactitud, el hecho imputado, torna inexistentes los hechos…” y que “…el motivo del agravio se fundamenta en el art. 290, 297, 298 y cc. del C.P.P.S.L. en donde se establece la valoración de la prueba. Que se han violado normas del ordenamiento procesal y consecuencias expresas garantías constitucionales que hacen a la nulidad absoluta de las actuaciones, por vulnerar la regla del debido proceso y la garantía de la defensa en juicio….” “…lo cierto es que, del acta de debate se advierte con palmaria claridad que, en alegato final, para demostrar la materialidad del abuso sexual gravemente ultrajante y corrupción de menores, en concurso ideal, no se tuvo en cuenta la totalidad de la prueba producida durante el debate y se analizó a la luz de la sana crítica…” entiendo que este también debe ser rechazado en virtud de que de los fundamentos de la sentencia surge que la prueba ha sido valorada según la sana crítica y un leal saber y entender que hacen que la resolución no sea un acto aislado desprovisto de razón, sino una consecuencia lógica del análisis realizado.

De los mismos surge que: *“… La prueba en los delitos contra la integridad sexual, no puede llenar demasiadas exigencias, pero es inexcusable que la prueba de cargo, no adolezca de imprecisiones y mucho menos que pueda comprobarse en los aspectos fundamentales debilidades relativas a la contextura de los injustos que son motivo de reproche.*

*De acuerdo a lo dicho en el párrafo anterior cabe mencionar, como de singular significación el relato del menor en Cámara Gesell, la que fue observada por este Tribunal, (de acuerdo al soporte técnico que se encuentra agregado en autos) y donde da a conocer con los pruritos propios de un chico de trece años como ocurrieron los hechos y con el lenguaje gestual esencialmente muestra los lugares donde fue besado por el activo, amén de una descripción en la vivienda y fundamentalmente del dormitorio donde se desarrollaron las escenas de contenido sexual. Que la sicóloga encargada de la medida referida, Hanya Natalia Costa, tanto en su informe derivado de la Cámara Gesell, como en su testimonio prestado en juicio, dan cuenta que Marcos, se había expresado con suficiente espontaneidad y que con la aplicación de las técnicas reflejo la situación traumática vivida….”* (ver fs. 111/116 vta. y 412 vta./418 vta.)

También hace referencia al informe realizado por la psicóloga del Cuerpo Profesional Forense Nora Ricardi y por el médico psiquiatra Dr. Diego Sebastián Mayor, quines llegan a concluir que el acusado *“…presenta signos y síntomas compatibles con un trastorno de personalidad y una notable impulsividad, significativo de la dificultad para controlar impulsos..”* y recalca la mención la referencia del acusado que da contenido a los malos pensamientos cuando dice *“… no he madurado, me siento un chico, no puedo formar pareja, por que los chicos me tiran más, me gusta estar con chicos, me enamoro de los menores…”* (obrante en fs. 118/120 y ver fs. 402 vta./410)

Hace mención también al testimonio de Aníbal Rubén Gereber (fs. 363vta./ 366) el cual considera importante puesto que presencio el secuestro del DVD con material pornográfico, y al de los padres de Marcos Ríos. (fs. 355/361 y fs. 366/371).

Analizada la totalidad de la prueba, considero que los argumentos de la defensa no logran conmover los fundamentos esgrimidos por tribunal para tener por acreditada la materialidad de los hechos realizados en perjuicio del menor Marcos David Ríos.

Los elementos de juicio introducidos al debate, valorados de manera global y conjunta y de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, y no en forma parcializada como pretende la defensa, permiten arribar a un estado de certeza respecto de la efectiva responsabilidad de Jorge Daniel Escudero por el hecho que le fuera endilgado, por lo que corresponde el rechazo del recurso en lo que aquí se trata.

Por lo tanto, no puede afirmarse que la sentencia dictada en el sub examen carezca de fundamentos que justifiquen lo decidido, toda vez que los elementos evaluados, considerados decisivos en la instancia de mérito, resultan concordantes, convincentes y suficientes como para arribar al pronunciamiento cuestionado.

Por ello, VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA cuestión por la NEGATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.-**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** Que en consecuencia, de conformidad a lo resuelto en la primera cuestión, corresponde el rechazo del Recurso de Casación interpuesto por la defensa de Jorge Daniel Escudero. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.-**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** Que las costas deben imponerse a la parte recurrente. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN 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, catorce de junio de dos mil dieciocho.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el Recurso de Casación interpuesto por la defensa de Jorge Daniel Escudero.

II) Costas a la recurrente.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*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.-*