**STJSL-S.J. – S.D. Nº 159/18.-**

--En la Provincia de San Luis, **a dieciséis días del mes de agosto 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*:* ***“(O) GODOY CARLOS DANIEL s/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO – JUICIO ORAL-RECURSO DE CASACIÓN”*** - IURIX PEX Nº 162464/14.

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, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el Art. 428 del Código Procesal Criminal?

III) En caso afirmativo 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 por ESCEXT Nº 7192616, de fecha 11/05/17, el condenado en autos Carlos Daniel Godoy, por su propio derecho, con patrocinio del Dr. Juan Orlando Villegas, interpone recurso de casación contra la Sentencia Definitiva Nº 1 dictada en fecha 24/04/17 por la Excma. Cámara de Apelaciones de Concarán, Tercera Circunscripción Judicial, Sala Penal, actuación Nº 7103870) que lo declara culpable como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por su calidad de ascendiente y guardador (art. 119; 3er. Párrafo, inc. b) del Cód. Penal, en perjuicio de Cielo Amancay Godoy y en consecuencia condenarlo a sufrir la pena de dieciocho años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas procesales. El recurso es fundado por ESCEXT Nº 7280860 en fecha 29/05/17.

2) 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.

Analizadas las constancias del expediente y del sistema IURIX, se observa que, en fecha 26/04/17 se notifica por cédula electrónica a las Defensorías Generales de Concarán y del Juzgado Multifuero una breve síntesis de la sentencia condenatoria (cfr. constancias de cédulas electrónicas Nºs 7121776 y 7121786). Por lo que los fundamentos completos de la sentencia condenatoria no han sido notificados según lo establecen los arts. 42 bis y 357 del C.P.Crim, y por lo tanto, no puede determinarse la temporaneidad del recurso de casación.

Al respecto deberá aplicarse lo resuelto por este Superior Tribunal de Justicia en su anterior integración, en autos: **“SANTIN, DANIEL Y OTROS s/CASACIÓN” (Expte. Nº 17-S-04)** en los que se hizo lugar a la reposición articulada por la defensa contra el decisorio que tenía por presentado al recurso de casación fuera de término.

Se expresó allí que tal rigor formal *“hoy resulta infundado en materia criminal frente al nuevo concepto de la casación emergente del ya célebre fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “CASAL, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa” causa Nº 1681 del 19/09/04, según el cual después de la reforma constitucional de 1994 y teniendo en cuanta la jurisprudencia internacional (cfr. Arts. 2 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos relativos al “doble conforme”), todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho con el único límite de los que estén íntimamente ligados a la inmediación real. Va de suyo que esta elevación paradigmática de la doble instancia y del recurso con derecho a una revisión con el “máximo rendimiento” con sede en la Carta Magna, no podía quedar subordinada a una cuestión de mera admisibilidad formal contenida en una ley subjetiva convertida, incongruentemente, en instancia dirimente…”*

Este criterio fue reiterado en autos “**WARD FLAVIO EULOGIO – AV. HOMICIDIO CALIFICADO – RECURSO DE CASACIÓN”, Expte. N° 01-W-2006, STJSL-S.J.N° 85/09,** entre otros, y más recientemente, en los autos “**RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: RÍOS JUAN ISAIAS - SU PRESENTACIÓN”- IURIX Nº INC 412/1,** por Sentencia **STJSL-S.J. – S.D. Nº 066/18** de fecha 09/04/18.

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. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO y, 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) La Sentencia. De los antecedentes de la causa surge, que por veredicto de fecha 18/04/17 (actuación Nº 7071229) y Sentencia Nº 1 de fecha 24/04/17 (actuación Nº 7103870), la Excma. Cámara de Apelaciones, Sala Penal Correccional y Contravencional de la Tercera Circunscripción Judicial, declara a Carlos Daniel Godoy culpable como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por su calidad de ascendiente y guardador (art. 119; 3er. Párrafo, inc. b) del Cód. Penal, en perjuicio de Cielo Amancay Godoy y en consecuencia condenarlo a sufrir la pena de dieciocho años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas procesales.

2) Agravios del recurrente: Manifiesta el condenado en autos que se agravia de que el tribunal ha rechazado la nulidad de la Cámara Gesell oportunamente planteada por la Defensora Oficial en las preliminares del debate, con fundamento en que el vicio se había consentido, y que no se encontraba señalado el perjuicio sufrido. Destaca que ello es un agravio al principio de legalidad, vicio sustancial, y no una nulidad relativa sino una nulidad absoluta, ya que no obra ni en el Expte. Digital ni el Expte. papel acta alguna que es el instrumento en el que se deja constancia de quienes participaron en la medida y en la fecha en que se llevó a cabo. Agrega que también surge del informe de Cámara Gesell realizado por la Licenciada Pinto que no se encontraba presente el Sr. Defensor de Menores cuando se realizó.

Agrega que la resolución jurisdiccional coloca en el centro del debate, los alcances de la obtención de la prueba introducida de manera ilegal al proceso penal y de las actuaciones que de ella derivan.

Luego realiza una transcripción de los alegatos expuestos por la Defensora de Encausados en el debate oral, los que aquí se tienen por reproducidos en honor a la brevedad.

Invoca las causales a) y b) del art. 428 del C.P.Crim., y desde ya plantea la necesidad de obtener una revisión amplia de la sentencia arbitraria (caso CASAL), mas, como lo fue toda la causa desde su denuncia, su ratificación, la producción de prueba pericial psicológica, desarrollar una espantosa Cámara Gesell, sin contralor de la defensa, sin participación ni intervención de la Defensoría de Menores, pero sin instruir sumario y violando el protocolo acuerdos 166 y 167 del Superior Tribunal de Justicia, sin notificación de la defensa y a la Defensoría de Menores.

Destaca que la única prueba forzada, sin obrar informe ni en papel ni digitalizada-una prueba de ADN extraviada, con solo una denuncia y una prueba indiciaria, no idónea, sin contralor de la defensa y la cual no se puede repetir- Cámara Gesell - tomada arbitrariamente como elemento de convicción-CERTEZA, se arriba a un fallo injusto, sin sustento en el principio de legalidad en un proceso viciado de nulidad, condenándolo injustamente a semejante pena sin prueba directa ni indirecta alguna. Todo hace que se vulneren las garantías constitucionales de derecho de defensa, del principio de legalidad y lesione la regla de exclusión probatoria en el proceso penal, de lo que la doctrina conoce “fruto del árbol envenado”.-

Expresa que los agravios que causa la sentencia y la falta de motivación, hacen que el uso abusivo de la prueba indiciaria, transforme el fallo en un relato que concluye con una condena arbitraria, que no se tiene fundamento en la certeza y si en la mera posibilidad, o en la duda, por lo que su motivación es ilegal por lo que se peticiona de este Superior Tribunal de Justicia es su nulidad.

Alega que en el caso de marras, la prueba indiciaria que da cuenta la sentencia no tiene la fuerza de convicción aplastante, irresistible y con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia. Que la parte planteó la absolución por aplicación del “beneficio de la duda”, fundado en el texto expreso del art. 1º de nuestro Código Procesal Penal, y por sobre todo, por el hecho de ser de raigambre constitucional conforme lo expresa el art. 39 in fine de nuestra Constitución Provincial, siendo también una derivación del “principio de inocencia” de raigambre constitucional y que recepta tanto la Carta Magna Nacional como la provincial en el artículo referido.”

Concluye citando doctrina y jurisprudencia que se tiene por reproducida.

3) **Traslado a la contraparte**: Corrido el traslado de ley por decreto de fecha 16/06/17, en fecha 28/06/17 (actuación Nº 7444969) contesta vista el Fiscal de Cámara, Dr. Mario Ernesto Zudaire.

4) **Dictamen del Sr. Procurador**: Que en fecha 25/04/18, por actuación Nº 9092540, se expide el Sr. Procurador General de la Provincia quien considera que los agravios planteados se dirigen a cuestionar la valoración de las pruebas producidas (Cámara Gesell especialmente) y la pena impuesta. Expresa que el Recurso pretende fundarse en la mera discrepancia del recurrente con la valoración de los hechos y la prueba que ha realizado la Cámara, y no logra demostrar apartamientos de la regla de la sana crítica y de la lógica.

Expone, con respecto a la alegada arbitrariedad en que habría incurrido el tribunal de juicio al valorar la prueba, que el control ha de realizarse sobre aquellas pruebas que puedan ser revisadas sin el requisito de la inmediatez y percepción directa y también del modo en que se ha desarrollado la argumentación de la sentencia. Considera que procede el rechazo del planteo pues el *a-quo* no ha incurrido en falta de logicidad o inconsistencias en sus argumentaciones, no se ha apartado de las disposiciones legales ni de la sana crítica al momento de ponderar los dichos de los testigos y la prueba.

5) **Consideraciones previas sobre el recurso de casación y el fallo “Casal”:** 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. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, *Recurso de Casación Penal*, por Jimena Jatip, Págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).-

En el año 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo en el caso “Casal”, por el cual asume la interpretación amplia del recurso de casación, según la cual se trata de un recurso con que cuenta el imputado para rever la totalidad de la sentencia condenatoria, sin distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, y en todo cuanto sea posible sin afectar la inmediación propia del juicio oral.

El cimero Tribunal ha citado, en “Casal”, la sentencia de la Corte Interamericana de Justicia recaída en el caso “Herrera Ulloa”, de fecha 2 de julio de 2004. Allí, se dijo que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso.

Es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia. (“*El nuevo diseño de la casación penal”* por Álvaro E. Crespo, en <http://derechopenalonline.com> acceso 14/06/18).

La Corte remarcó que la norma procesal que regula el recurso de casación (arts. 456 en la Nación, arts. 428/429 Cód. Procesal. Crim. Provincial), no restringe el alcance de la casación entendida de este modo, sino que había sido interpretada restrictivamente -y por ende de modo inconstitucional-, y por ello no declaró su inconstitucionalidad, sino que estableció cuál era el criterio con que debe ser interpretada.

6) **Tratamiento de los agravios planteados**: Sentado lo anterior, considero que el recurso debe ser rechazado, atento que los agravios expuestos no logran demostrar la falta de motivación de la sentencia de condena, la que se encuentra debidamente fundada en las pruebas rendidas durante el debate y demás constancias de la causa, valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia.

En el fallo, se tuvo por probado que: *“…Cielo Amancay estuvo en la casa de su padre biológico ubicada en la calle San Martín Barrio Las Ranas de la ciudad de Tilisarao, el día lunes 2 de junio de 2014, en el horario de 17.30 hs. hasta las 20.30 hs.; siendo llevada hasta el domicilio del acusado por la madre de la menor y regresada a la casa de ésta por su propio padre. Ese día fue recibida por Leticia Godoy, hermana del imputado, ya que como ha señalado Antonella Godoy, el padre de Cielo era albañil y trabajaba en el horario de 08:00 a 12:30 y de 14:30 a 19:30 horas. El día viernes 6 de junio, habiéndose levantado de dormir al mediodía, la menor le dijo a su madre “me duele abajo, cuando hago pis…me duele cuando camino”. Ante este cuadro Antonella Godoy, madre de Cielo, interroga a su hija acerca de si se había golpeado en el jardín de infantes o si cuando estuvo en la casa de su padre alguien la había tocado. La niña respondía que “no” y sólo pedía que la llevasen al hospital. Ese día no quiso ir a la escuela porque refería tener mucho dolor. Manifestó la madre que cuando se bañaba no se dejaba tocar. Ya habiendo sido asistida en el Hospital en las circunstancias que fueron relatadas por la profesional médica Dra. Izaguirre, Antonella Godoy y María Luz Godoy, aunque con discrepancias sobre las circunstancias respecto de cómo se originó la consulta pero que no modifican en nada el hecho de la constatación de la agresión sexual, se determinó que Cielo Amancay había sido penetrada sexualmente obteniéndose espermatozoides extraídos de la vagina de la menor.”*

*“Es así que la Dra. Isaguirre informó que Cielo Godoy, de 4 años de edad, presentaba en la región genital introito inflamado, lesión para uretral derecha de 0,5 cm. cicatrizada e inflamada y sangrante al tacto. Opinó que dada la naturaleza sangrante de la lesión la misma databa de 24 horas. Por su lado, la Dra. Cerato quien examinó a la menor con posterioridad al Dr. Lafourcade no observó ningún signo anormal en la vagina dado que ya habían transcurrido 48 horas desde el examen efectuado por Isaguirre, pero declaró haber observado signos de abuso en las fotos que oportunamente tomó el Dr. Lafourcade, profesional éste que certificó que a la apertura digito manual de los bordes laterales se observó introito muy congestivo con ausencia del himen.”*

*“Por otro lado, la existencia de espermatozoides en la vagina de la menor son determinantes y la permanencia de estos espermatozoides en el cuerpo de Cielo Amancay es coincidente con la fecha del acometimiento del evento delictivo puesto que hasta el viernes 6 de junio hacia atrás pudieron estar en la vagina de la niña desde diez días antes.”*

*“Cabe decir aquí, que el cuestionamiento de la Sra. Defensora Oficial respecto de la afirmación de la Dra. Isaguirre en orden a asegurar que la lesión sangrante que presentaba la menor no excedía de 24 horas y que la lleva a inferir que las lesiones que presentaba CIELO fueron propinadas con posterioridad a la visita que le realizó a su padre, no modifican mínimamente las conclusiones que se obtuvieron con certeza en el debate oral. Ello porque, en primer lugar, la afirmación de dicha profesional médica no se compadece con el resto de las pruebas colectadas en la causa; y en segundo lugar, porque no ha dado una explicación suficiente que justifique esa exactitud horaria.”*

*“Por cierto, y fundamentalmente, este Tribunal no alberga duda alguna respecto de la espontánea, natural y libre afirmación de la menor respecto de que quien “le hizo doler la cola”, según sus propias palabras fue el “PUDÚ”, es decir, su propio padre biológico a quien ella lo llama con ese apodo.”*

Debo merituar las siguientes pruebas, a saber:

1. La denuncia efectuada por la madre de la niña Cielo Amancai Godoy de cuatro años de edad, Sra. María Antonella Godoy, de fs. 1/4vta de fecha 09/06/14, por la que pone en conocimiento de la Sra. Jueza Penal que “*Con Carlos Godoy, alias el Pudu, mi ex pareja, padre de mis dos hijas, convivimos tres años y hace un año y medio a la fecha que estamos separados, mantenemos una buena relación; todos los sábados tipo veinte horas se lleva las dos nenas a su domicilio, donde vive junto a sus hermanos Godoy Nicolás, de 13 años de edad; Godoy Leticia, de 18 años; un hermanastro Leguizamón Matías, de 24 años de edad, su padre Godoy Juan Carlos y su madre Leguizamón Alicia…El día lunes dos de junio del corriente año, cuando Cielo sale del jardín me pide que la lleve a la casa de su padre, a lo que accedo y la dejo desde cinco y media de la tarde hasta las veinte y treinta horas que me la trae a casa. En la casa me la recibió Leticia, su hermana, me dijo que él estaba trabajando, pero él me la trajo a casa luego. Yo no noté nada raro en la semana, ni cuando la bañaba, ni al cambiarla, nunca se quejó de ningún dolor. El día viernes al mediodía, cuando se levantó de dormir me dijo: “me duele abajo, cuando hago pis…”, también me dijo “me duele cuando camino”; le pregunte si se había golpeado en el jardín o si cuando estuvo en la casa del padre alguien la estuvo tocando, y ella me dijo que no; le pregunté si iba a ir al jardín y me dijo que no porque le dolía mucho, le dije que la iba a llevar al Hospital para que la doctora la viera, al rato Cielo se entra a bañar, y no me dejo que la bañara yo, que sólo le ponga el shampoo, se enjabonó sola, no quería que la tocara. A cada rato me decía que la lleve al Hospital, le decía que íbamos a ir a la tarde, le decía que se acostara un rato, hasta que se haga la hora que esté la doctora, pero no quería, insistía en que la lleve al Hospital. Siendo las diecisiete y treinta horas la llevo al Hospital y recién a las diecinueve y treinta horas me atiende por la guardia, la Dra. Isaguirre, la revisó y cuando le comente que tenía mucho dolor en la vagina, la hizo acostar, que se sacará la ropita y cuando le miró la vagina, me dijo. “veo algo raro, ya vuelvo…”, al rato vuelve con un médico urólogo, el Dr. Medina, la revisa, le mira la vagina, no me dice nada y sale de la sala, al regresar lo hace en compañía de la obstetra, Dra. de nombre Magali; ella también la vio y me dicen que le van a sacar una muestra…Los médicos me dicen que le iban a sacar sangre y una muestra de orina. Cuando llega el bioquímico, no sé el nombre, le toma la muestra de sangre y de orina; luego me dicen que tengo que esperar, en la guardia me quedo esperando, veo que ellos iban y venían y también veo la policía; la Dra. Isaguirre junto a la obstetra me llaman y me dicen que el bioquímico había encontrado algo, y que la nena podría haber sido abusada sexualmente; en este momento la nena estaba con la psicóloga de nombre Paola; cuando salió de la entrevista con la psicóloga me pidieron que me quede con ella, y que tratara de estar fuerte. La policía que había ido me hace saber que tengo que ir a hacer la denuncia, me voy a la Comisaría a realizar la denuncia, cuando volví al Hospital, me estaba esperando la Directora del Hospital la Dra. Miranda, y me dice la iban a trasladar al Hospital de Concarán para que la revisará el Médico Forense con la Pediatra. Inmediatamente nos trasladan hacia Concarán en la Ambulancia, en el Hospital, la vuelven a revisan, la pediatra y médico forense, los dos juntos. Primero me informan que la iban a dejar en el Hospital de acá internada, pero yo les pedí si podía ser en el Hospital de Tilisarao, por mi otra hija, a lo que accedieron y nos trasladaron a la localidad de Tilisarao…” Preguntada para que diga si en algún momento la nena dijo si alguna persona la había tocado; dice que, estando en el Hospital esperando a la Psicóloga le dije: Si tu papá te tocó lo tenés que decir; a lo que ella me dijo: “mi papá me tocó…”*
2. La denuncia policial efectuada porla Sra. María Antonella Godoy, de fs. 13 y vta., de fecha 06/06/14: agrega a los hechos anteriormente descriptos que “*cuando la bañaba, su hija Godoy Cielo, no quería que la tocara, en sus genitales, momento que solo le pusiera champú en su cabeza, comportamiento que desde hace una semana aprox., que también durante la semana le venía diciendo que no quería saber nada con el padre, por lo que le pregunta por qué, pero no respondía…”.*
3. Informe médico de fs. 17 efectuado por la Dra. Silvia A. Izaguirre a la niña Cielo en fecha 06/06/14 a las 21.09 hs*.* La médica constata las lesiones en la región genital, introito inflamado, lesión parauretral derecha de 0,5 cm cicatrizada e inflamada, sangrante al tacto, complaciente. Solicita interconsulta con urología, se le toma hisopado, y el bioquímico informa presencia de espermatozoides.
4. Informe de fs. 18 de la Lic. Paola Suffi, psicóloga, de fecha 06/06/14, quien informa que “la primera entrevista la realizó en el mes de diciembre del año 2013, la misma es requerida por la madre, porque la menor manifestaba que no quería ir a la casa de su padre y la madre sospechaba la posibilidad de abuso”. Informa que en la fecha 06/06/14 le realizó a la niña una entrevista de contención, ya que se encontraba muy angustiada.
5. Exudado vaginal de fs. 19 de fecha 06/06/14 efectuado por el Bioquímico Martin Ribba, del Hospital de Tilisarao, cuyo resultado es la presencia de espermatozoides.
6. Informe de la Médica Pediatra Patricia Ceratto de fs. 60/61 de las actuaciones de fs. 39/67 remitidas al Juzgado de Familia y Menores de la Tercera Circunscripción Judicial de fecha 09/06/14: concluye que al momento del examen físico, la menor no presenta síntomas ni signos de patología alguna.
7. Pericial química del laboratorio científico de la Policía de la Provincia de San Luis, de fs. 69/74 S.Q.L. Nº 283/14, realizada por la Insp. Virginia Bellandi: sobre la ropa interior de la menor Cielo al momento de la revisión médica, 07/06/14, se constató en forma débil la presencia de semen (PSA Antígeno prostático específico) y la de un pelo que se envió a laboratorio de genética forense para la búsqueda de gen masculino.
8. A fs. 79/82 obra pericial química efectuada por el Laboratorio Científico de la Div. Criminalística (Policía Provincial), sobre los hisopados vaginales que se le hicieron a la niña cuando fue revisada por la medica Silvia Izaguirre en fecha 06/06/14. Las muestras fueron tomadas ese mismo día por el Dr. Gustavo Lafourcade. Surge del informe la presencia de semen (PSA Antígeno prostático específico) en la Muestras Nº 2 y 3.
9. Informe de fs. 94 del médico forense Dr. Gustavo Lafourcade Durán de fecha 09/06/14: luego de revisar a la niña, informa que, del examen genital externo se observan signos de lesiones, de aspecto y coloración normales, a la apertura digito manual de los bordes laterales se observa introito muy congestivo, con ausencia de himen, de ubicación parauretral izquierda se visualiza zona indurada con aspecto de cordón de posición vertical paralela a labio mayor de 10 mm de longitud, con ano y zona perineal sin lesiones…se toma muestra con hisopo al contacto del mismo, con las paredes internas el que muestra contenido sanguinolento, con llanto de la menor por referir extremo ardor, se toman muestras de sangre…”
10. A fs.166/312 obra fotocopias de las actuaciones del expte. Nº EXV 6144/14 del Juzgado de Familia y Menores de Concarán, del que deben destacarse las siguientes actuaciones:
11. Testimonial de fs. 194 y vta. de la Lic. Paola Suffi, psicóloga que entrevistó a la niña Cielo, quien informa que “*…se ha podido observar como carácter relevante el manejo que la nena tiene a través de los juguetes de las figuras masculinas y femeninas (juega con bebés) en las partes intimas, el movimiento de frotación, un tanto agresivo…otro dato es el del muñeco de figura masculina adulta siempre es separado del resto de los juguetes y puesto boca abajo…”*
12. Informes psicológicos de fs. 307/308 y de fs. 309/310 de Carlos Daniel Godoy y Cielo Amancai Godoy, efectuados por la Lic. Olga Pinto, psicóloga del Cuerpo Forense.
13. La entrevista realizada en Cámara Gesell en fecha 11/08/14 a la menor Cielo Amancai, por la Lic. Olga Pinto. En la misma estuvieron presentes la Sra. Jueza Dra. Patricia Besso, el agente Fiscal Dr. Carlos Leloutre y la abogada del imputado Carlos Daniel Godoy, Dra. Rossana Ohanian, con la notificación al Defensor de Menores Dr. Serazin, y la grabación de la audiencia obra en el soporte DVD adjunto.

La realización de la audiencia en Cámara Gesell fue notificada con la debida antelación a las partes, según surge de las constancias de notificación electrónica de fs. 320 y vta., 322 y 323. Asimismo, a fs. 398/400 obra el informe respectivo realizado por la Lic. Olga Pinto, psicóloga del Cuerpo Profesional Forense. Del informe también surge la presencia de la abogada defensora del imputado Carlos Daniel Godoy y del Agente Fiscal. Dr. Leloutre.

El recurrente reitera el planteo de nulidad de la audiencia de Cámara Gesell, con fundamento en que *“no obra ni en el Expte. Digital ni el Expte. papel acta alguna que es el instrumento en el que se deja constancia de quienes participaron en la medida y en la fecha en que se llevó a cabo. Agrega que también surge del informe de Cámara Gesell realizado por la Licenciada Pinto que no se encontraba presente el Sr. Defensor de Menores cuando se realizó.”* El planteo fue rechazado por el Tribunal al resolver las cuestiones preliminares.

Ahora bien, del estudio del agravio expuesto, advierto que el condenado no logra demostrar que dicha circunstancia le haya comportado perjuicio concreto alguno a sus intereses. En primer lugar, porque como dije, la realización de la audiencia fue notificada con la debida anticipación a las partes y a los representantes del Ministerio Público, a pesar que el Sr. Defensor de Menores e Incapaces, que fue notificado en fecha 06/08/14, no concurrió a la misma. (Cfr. fs. 320 vta.).

En segundo lugar, porque su abogada defensora estuvo presente en la celebración de la audiencia. Y en tercer lugar, el informe de Cámara Gesell de fs. 398/400 realizado por la Lic. Olga Beatriz Pinto, fue oralizado e incorporado por su lectura en el debate, como prueba documental, con el acuerdo de la defensa, sin objeciones.

En conclusión, no advierto en la realización de la entrevista tomada bajo la modalidad Cámara Gesell, vulneración alguna a las garantías de defensa en juicio y debido proceso, del condenado en autos, que determine la nulidad de la misma, por cuanto el rechazo de la nulidad se encuentra debidamente fundamentado en la sentencia impugnada.

Numerosa jurisprudencia se ha expedido en orden a que no corresponde declarar la nulidad por la nulidad misma, por lo que el agravio de la defensa resulta ser meramente formal. Cabe recordar que la declaración de nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley (*Fallos*: 298:312), resultando inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de la nulidad por la nulidad misma (*Fallos:* 322:507).

Respecto del informe de fs. 398/400, luego de ratificarlo en el debate, la Lic. Olga Pinto manifestó que: “*La niña me relata que algo le había pasado en su cola y por la edad que tiene pudo poner en palabras esa situación, lo sucedido lo pudo expresar con esa particularidad que tiene el niño de contar lo que relata sin palabras usadas por los adultos sin implantaciones, dice hasta donde puede, no tiene un armado de frases espontáneas es una niña de 4 años que tiene un shock interior muy rico, es una niña que está estimulada por lo tanto puede hablar de esta manera en otras ocasiones no se obtienen estos resultados se queda en lo orgánico visto desde otra ciencia que puede ser la medicina, por lo tanto puede traer en su relato una situación traumática que ella lo pone en una no sabemos si hubo otras…* *Ella es muy contundente en su relato siempre nombra a “Pudu” se insistió mucho en averiguar en esto y siempre nombro a “Pudu”…* *Ella es muy clara en el momento de hablar sobre los espacios de acá, allá etc… ella se ubica en los espacios de acuerdo a su edad que está muy bien estimulada porque hay otros niños no alcanzan tan desarrollo del espacio y tiempo. La niña fue muy espontánea. Por lo tanto no pienso que le hayan impuesto lo que tenía que decir…”*

*“La posibilidad de realizar la Cámara Gesell fue el hecho que la niña nos reconociera, solo reconoció a la pediatra, es eso lo que me permitió realizar la Cámara. Una primera entrevista te encuentras con la intervención de la pediatra, que tiene como objetivo contener a la persona. Cuando interrogamos a la niña no da certeza de que haya habido otros abusos hay mucha carga emocional eso no se logra rápidamente, puede haber otra reiteraciones de abuso, pero la niña no lo dice y cuando la niña no lo dice a veces entra en tela de juicio lo que uno entiende yo diría que por la carga emocional que tienen las pruebas no había sido solo una situación…”*

Por lo demás, la Cámara Gesell no se trata de una pericia sino una declaración establecida para un limitado grupo de sujetos -menores de dieciséis años víctimas de delitos sexuales- bajo un procedimiento particular, dado que, no pueden ser interrogados en forma directa ni por el tribunal o las partes, sino a través de un profesional de la salud.

De lo expuesto se colige que si bien un testigo, en sentido estricto, en el rango de los dieciséis y dieciocho años de edad, podría cometer el delito de falso testimonio (art. 1, Ley 22278, en función de la penalidad prevista en el art. 275, Código Penal), no se verifica esa posibilidad, en la misma franja etaria, con la supuesta víctima, no sólo porque no es testigo, sino porque en supuestos como el del autos se ha previsto un régimen especial para escuchar su relato, de lo contrario, el interés superior del niño aparecería reñido con arbitrios, tales como la exigencia de juramento o promesa de decir verdad, que trasuntan cierto contenido admonitorio, cuando justamente se trata de obtener un relato espontáneo de los hechos en un marco donde es deber del Estado adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica de un menor frente a episodios que los afectan gravemente conforme lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así se ha sostenido en numerosa jurisprudencia: *“Si bien, la "Cámara Gesell", desde un punto de vista técnico es el medio idóneo para escuchar al menor que torna efectivo el cumplimiento del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en realidad "se trata de una prueba sui generis, autónoma, compleja y específica, que participa de algunos caracteres de la prueba testimonial y de otros de la prueba pericial, pero que no alcanzan para categorizarla como sólo una de ellas" (Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, ob. cit., p. 361, citado en mi voto en causa N° 57.176/2014, "T. C., E.", del 25 de marzo de 2015). Coincido también en que la menor no es propiamente una testigo, pues se ha expresado sobre un hecho que la tuvo como damnificada y no sobre algo ajeno.”* (S. E. y otros s. Nulidad - Abuso sexual /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala VII; 24-10-2016; Rubinzal Online; RC J 6701/16, en <http://www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 18/06/18).

La defensa de Carlos Daniel Godoy no ha ofrecido pruebas de descargo suficientes para logra revertir la contundencia de la prueba de indicios, los que, analizados en su conjunto, y no en forma fragmentada como pretende el recurrente, determinan la responsabilidad de su pupilo en los hechos demostrados en el debate. Pudo haber ofrecido por ejemplo, un perito médico o psicólogo que se expidiera sobre los informes explicados en la audiencia oral, o que cuestionara las conclusiones a las que se arribó, cosa que no hizo. Asimismo, la defensa ha podido interrogar a la profesional psicóloga que entrevistó a la niña y a los médicos pediatra, forense y al bioquímico, quienes realizaron los informes respectivos.

También debo destacar las testimoniales rendidas en el debate:

1. La Dra. Patricia Ceratto, Medica Pediatra de Cuerpo Profesional Forense de la Tercera Circunscripción Judicial, quien ratificó los informes de fs. 60-61, 89, fs. 383 vta., 384 fotocopia 187/188, 291/292 Expte. 6144/14 fs. (21/22).Expresó que: “*Yo examiné a Godoy Cielo y Godoy Paloma a las dos hermanas a Godoy Cielo la examine tres días después de lo sucedido, en ese momento la niña no tenía nada relevante, pero si con atención observé que había sido abusada el mismo día del examen médico, el Dr. Lafourcade, tomó fotos, y si no había dudas que su vagina presentaba signos de abuso. Tres días después no pude observar lo que había observado esa noche. En forma directa no pude hablar con la niña porque esa noche cuando yo llegué la niña estaba llorando con su madre, le hablé y le expliqué que era pediatra y que algunos doctores ya lo habían hecho un momento antes, en ese momento ella desarrolló una simpatía hacia a mí, que nunca fue difícil revisarla en el futuro, el día que la vuelvo a ver le* *expliqué porqué la volvía a ver que me diera permiso, la vuelvo a revisar y no hubo problema, en forma tan directa yo no le pregunté quien le había hecho eso, y ella me relató que le habían hecho doler, yo le pregunte quién y ella me dijo el tata, dio como un nombre que no puedo recordar, si era tata o teti pero no era papá, dijo un nombre diferente, dijo un apodo, pudo ser “pudu” pero no era tata, ni abuelo, no era un sobrenombre común, era raro, por lo tanto no indagué más a la menor para determinar quien había sido, me dijo que le dolió y no le pregunté mas nada… Las lesiones que vi en las fotos del Dr. Lafourcade Duran, observe que eran compatibles a un abuso sexual observé que había rotura de himen, o sea que no estaba presente el himen y debe estarlo en una niña de 4 años. Las características de la vagina de una niña de 4 años es que no se puede ingresar fácilmente porque está el himen si lo hiciéramos le romperíamos el himen…”*
2. La Dra. Silvia Iparraguirre, Médica del Hospital de Tilisarao, quien revisó a la niña, declaró que: “*Yo tomo contacto con Cielo, porque yo estaba de guardia en el Hospital de Tilisarao entra al control Thiago el primo de Cielo, cuando hago pasar a Thiago ingresa la madre de Thiago y la madre de Cielo, controlo a Thiago y a otro niño mas, cuando estaba controlando a Thiago veo que Cielo le estaba diciéndole algo a la madre, yo ha cielo la había controlado un par de veces en controles, yo le pregunto qué te está diciendo y ella me dice que le dolía la cola, cielo había tenido parásitos e infecciones urinarias, cuando la reviso la región genital observo que tenía inflamada toda la región vaginal y el introito, tenía una cicatriz como un desgarrito al verlo dilatado me llama la atención justo teníamos urólogo acá en el Hospital y le pido al Dr. Medina si puede venir porque veo que estaba dilatado el introito de la nena y que tenía una cicatriz y veo un poco de secreción. Llamo al bioquímico y él me dice que observa lo mismo, con un hisopo tomamos la muestra y la colocamos en un vidrio. El bioquímico me llama y me informa que había observado espermatozoides ahí. Yo no supe que hacer y fue ahí que llame a la policía. La madre de Cielo con la hermana y los otros chiquitos se había quedado afuera…”*

*“La cicatriz de la hora doce se origina a que el introito estaba dilatado e inflamado a su vez había una cicatriz anterior, inflamada también o sea sobre la herida estaba inflamada y que al tocar con el especulo la herida sangra. Esta cicatriz se origina por una cuestión de índole sexual, yo nunca escuché que ella dijera quien había sido el que le ocasionó el daño, la niña estaba tranquila se dejó revisar, yo ya la he visto a la niña otras veces anteriormente. El introito es el orificio que penetra la vagina hubo una lesión anterior que cicatrizó. Cuando paso el hisopado cuando lo vuelvo a tocar eso sangró no puede determinar el tiempo pero pienso que era muy reciente. Puedo observar que hay dos lesiones pero no puedo determinar en qué tiempo ha sido. Había ahí una inflamación aguda ya que al tocarla sangraba no se pudo precisar el tiempo y/o periodo de cicatrización. Una vagina complaciente es un término que usan los ginecólogos, lo usan para significar que dilata con facilidad, pero en este caso la niña tiene una vagina estrecha, no es elástica. Una niña no puede presentar una vagina complaciente si la presenta es que hay sospecha de que haya habido un abuso por ese motivo es que realicé la denuncia.”*

1. El Bioquímico Antonio Martin Ribba, del Hospital de Tilisarao: declaró en el debate que: *“Yo trabajo en el Hospital de Tilisarao hacemos guardias pasivas, recuerdo que fue los primeros días del mes de junio de 2014, ese día la doctora de guardia en ese entonces la Dra. Isaguirre me llama porque necesitaba hacer una análisis de urgencia, yo asisto al hospital me da ella el pedido la indicación y ahí realizo el análisis, ella me llamo porque tenía que hacer un análisis, de una nena ella me da un vidrio con una muestra de lo que había que había tomado de la nena y yo miro en el* *microscopio observando la presencia de espermatozoides. En cuanto a la presencia de espermatozoides yo no puedo determinar una fecha, no porque es un frotis seco la muestra no la tomo yo le saco sangre a la nena, la Dra. me da un vidrio de laboratorio donde hay muestra arriba, yo a eso lo observo en el microscopio y ahí observo la presencia de espermatozoides. La vida del espermatozoide depende de las condiciones de higiene de una persona. Los espermatozoides pueden estar presente en el cuerpo de una persona de 3 a 5 días, si esta persona se hubiese higienizado, también depende de acuerdo a la higiene de una persona, y estar presente hasta diez días. Si hubiese ocurrido un abuso no fue superior a diez días…”*

A ello cabe agregar que la sentencia condenatoria dictada respecto de Carlos Daniel Godoy no se fundó, exclusivamente, en las manifestaciones de la niña en la Cámara Gesell, y en la denuncia de su progenitora, sino que los sentenciantes valoraron, además, los informes medico-pediátricos que dan cuenta de la pérdida del himen de la niña y la inflamación que ésta presentaba en la zona introito vaginal, el informe pericial del bioquímico y los dichos de la psicóloga, cuyas manifestaciones (valoradas en forma global) permiten tener por acreditada la materialidad del aberrante hecho atribuido a Carlos Daniel Godoy en perjuicio de su pequeña hija de tan solo cuatro años de edad.

En este tipo de delitos, es muy difícil encontrar prueba directa de los hechos, porque generalmente se desarrollan en la intimidad del hogar, en momentos en que no hay otros familiares cercanos que puedan ser testigos del abuso, por lo que los jueces muchas veces deben recurrir a la **prueba de indicios**.

Se ha sostenido que en la prueba indiciaria, el juez debe comprobar primero la existencia de un hecho y más tarde, la relación de causalidad que vincula este hecho circunstancial con el hecho principal que trata de esclarecer. Debe establecer la concordancia entre tales indicios y las restantes pruebas recabadas. En el curso de estas operaciones lógicas, debe tenerse especial cuidado en extremar los recaudos a fin de valorar a los indicios metódicamente, con agudeza de observación, rigor y la más absoluta corrección técnica a fin de superar el riesgo de llegar a meras aproximaciones. En esta tarea es menester identificar la existencia en el caso de contraindicios, esto es de pruebas que se opongan a los indicios y que, por ende, conduzcan a resultados diversos. Por ello, suele exigirse que los indicios sean **graves, precisos, concordantes, de modo que sean convincentes, resistentes a las objeciones, unívocos y que no contrasten entre sí ni con otros datos ciertos**. (CNCP, Sala I, 31/05/2007, "De Luca, Juan C. y otros s/Recurso de casación", Causa 7764, reg. 10528.1. Jueces: Madueño, Rodríguez Basavilbaso y Catucci, en <http://suscriptores.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 19/06/18).

Desde otro ángulo, no puedo dejar de destacar además, lo manifestado por la psicóloga Lic. Olga Beatriz Pinto en el debate, respecto de las graves secuelas psicológicas que posiblemente tendrá la niña Cielo Amancai Godoy en el desarrollo de su vida sexual futura, como consecuencia de los hechos sufridos en su más tierna infancia: *“…En cuanto a su evolución futura, puedo decir que ella sufre estos sucesos teniendo 4 años un proceso normal una persona en etapa de escolarización se produce una subrogación ósea que toda la parte evolutiva sexual pasa por debajo y lo que se ve* *fuertemente es todo lo que se es lo intelectual el niño aprende el niño conoce, la niña va aprobando todo los grados hasta que llega la pubertad mas socializada donde se pone en juego nuevamente la sexualidad esto de los caracteres sexuales secundarios el crecimiento del cuerpo el surgimiento de los bellos y toda esa cuestión habrá que ver en ese momento que pasa con la niña que seguramente va a afectar a futuro el tema de tener una pareja, el tema de tener relaciones sexuales corporales, el tema de la confianza con un varón. Y a futuro que le pasará a ella con sus propios hijos en relación a cómo va a criarlos, como los va a formar, como les va advertir, todo esto le puede provocar un daño psíquico…”*

Concluyo afirmando, que de la prueba documental, testimoniales, y de los informes médicos y bioquímico agregados, el hecho ventilado ha quedado por demás demostrado, por lo que el recurso deviene improcedente debiendo desestimarse el mismo.

Se ha sostenido que: *“Si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito-entre otros recaudos-tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio”* (De la Rúa, Fernando, La casación penal, Depalma, 1994. Pág. 140; TSJ, Sala Penal, Sent. Nº 44, 8/06/2000, “Terreno”, entre muchos otros) y efectuar dicha ponderación conforme la sana crítica racional (art. 193, CPP), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran-lógica, psicología, experiencia- debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar lo decisivo del vicio que denuncia. (Art. 413 inc. 4ª CPP). De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que se contente solo con reproches aislados que no atiendan al completo marco probatorio o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquél. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica no alcanza a enervarla y la decisión transita incólume el control casatorio. (TSJ Sala Penal, “Martínez”, sent. Nº 36, 14/03/2008”. (TSJ de Córdoba, Sala Penal, 17/10/08, “Crivelli, Felipe Virgilio Ariel p.s.a. homicidio etc. –Recurso de Casación-“(Expte. C, 63/06) Mag. Tarditti, Cafure de Battistelli, Blanc G. de Arabel).-

En consecuencia, debo destacar que en el texto del fallo no aparecen los vicios de falta de fundamentación y violación a las garantías del debido proceso, defensa en juicio, legalidad, por el contrario, se han consignado suficientes las razones que llevan a determinar las conclusiones expresadas, por lo que el recurso articulado deviene improcedente, y debe ser rechazado.-

Por todo ello VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN por la NEGATIVA.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO y, 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.- ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO y, 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**: Costas a la recurrente vencida. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO y, 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, dieciséis de agosto 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 en fecha 11/05/17.

II) Costas a la recurrente vencida.

///…

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.-*