**STJSL-S.J. – S.D. Nº 224/18.-**

--En la Provincia de San Luis, **a treinta días del mes de octubre 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*:* ***“INCIDENTE DE RECURSO DE CASACIÓN: SORIA DANIEL OSVALDO (IMP)- COLLADO MARÍA JOSÉ (DEN) s/ AV. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL”* -** IURIX INC N° 189193/2.-

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

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. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** 1) Que en fecha 14/11/2017, el abogado defensor del imputado interpuso recurso de casación (Cfr. ESCEXT N° 8228605 de autos principales) contra la sentencia de fecha 10/11/17 (actuación Nº 8201520) que dispuso: I) DECLARAR CULPABLE a DANIEL OSVALDO SORIA, de datos personales obrantes en autos, del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL – art. 119, párrafo 3º, en relación al art. 45 del Código Penal en perjuicio de VALENTINA CLARIBEL COLLADO y en consecuencia CONDENARLO a cumplir la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, accesorias de ley y costas procesales, ordenando en consecuencia, su alojamiento en dependencias del Servicio Penitenciario Provincial.

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 el recurso ha sido interpuesto y fundado en término. Según constancias de autos principales: PEX 189193/15: SORIA DANIEL OSVALDO (IMP)- COLLADO MARÍA JOSÉ (DEN) s/ AV. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL surge que el veredicto fue dictado en fecha 31/10/2017 (actuación N° 8135760 firmada digitalmente con habilitación el 01/11/2017) y los fundamentos en fecha 09/11/2017 (actuación N° 8201520 firmada digitalmente con habilitación el día 10/11/2017), sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Correccional y Contravencional N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

Que el recurso de Casación fue interpuesto en autos principales por ESCEXT N° 8228605, el 14/11/2017 y fundado en los presentes autos por ESCEXT N° 8307655 en fecha 28/11/2017.

Asimismo, ataca una sentencia definitiva de un tribunal competente, encontrándose el recurrente exento del depósito judicial conforme al art. 431 del Cód. Procesal Penal. El recurso se plantea por las causales establecidas en el art. 428 del CPCCrim.

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 MARTHA RAQUEL CORVALÁN y, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo**:

ANTECEDENTES. 1) De los antecedentes de la causa surge que por sentencia definitiva dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Correccional y Contravencional Nº 2 de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis cuyo veredicto dictado en fecha 31/10/2017 (Actuación N°8135760 firmada digitalmente con habilitación el 01/11/2017) y fundamentos en 09/11/2017 (actuación N° 8201520 firmada digitalmente con habilitación el día 10/11/2017) se declaró culpable a DANIEL OSVALDO SORIA, del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL – art. 119, párrafo 3º, en relación al art. 45 del Código Penal en perjuicio de VALENTINA CLARIBEL COLLADO y en consecuencia lo condenó a cumplir la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, accesorias de ley y costas procesales.

Manifestó el recurrente bajo el apartado “*IV.- AGRAVIOS Y MOTIVACIÓN RECURSIVA. CUESTIÓN DE CASACIÓN*” su primer agravio el que entendió como la omisión de valorar el testimonio del Dr. Gonella (fs. 20 y vta. en debate oral). Consideró que lo informado por el Dr. Gonella hace imposible que los hechos se hayan producido conforme han sido denunciados o bien como en definitiva se los ha tenido por acreditados en oportunidad de dictarse la sentencia.

Refirió en relación a las declaraciones de fs. 2 y vta. de MARÍA JOSÉ COLLADO, quien dijo que su hermana le conto que *“…Camerún la había tomado de ambas manos y tras utilizar la fuerza física, la tira de ambas manos para llevarla para adentro de la parte boscosa”* ymás adelante *“...Daniel soria tras utilizar la fuerza física la despoja de todas sus ropas….”*

Continuó relatando que Escudero Sandra Jesús (fs. 34 y vta. ) refirió a que Camerún *“…la Agarro por la Fuerza…”* y luego a fs. 193vta. Refirió*: “…le pego un cachetazo y la amenazo y la empezó a desnudar….”*; asimismo la menor LUDMILA AGÜERO GARRO (amiguita) en oportunidad de la cámara Gesell. *“Y ahí lo atrapo la policía, ella iba llorando, con sangre, con toda la ropa sucia, sangre en la cara y aba abajo en las piernas.”*

Expresó que VALENTINA CLARIBEL COLLADO (fs. 243/246) refirió *“me tocó todo...estaba lastimada dentro de la vagina...sentía dolor….te toco todo y me caí…”.*

Entendió que nada de lo dicho es conteste con el informe médico del Dr. Gonella, en cuanto los testimonios y el fallo mismo aseveran cuestiones tales como:*“fuerza, tirar, sangre, violencia”*sin embargo en la revisación médica que se efectuó aproximadamente 4 horas más tarde de cuando se habrían sucedido los hechos, no se encontró ningún elemento que avale secuela de tales actos, NO presentando NINGÚN tipo de lesión la supuesta víctima.

Solicitó se tenga presente el lugar en donde se habrían sucedido los hechos, es decir campo con monte, terreno arenoso sobre cauce de un rio seco**,** condiciones estas que necesariamente provocarían en quienes participaron en una situación de abuso (víctima o victimario) algún tipo de lesión, las que como ya se dijo están totalmente ausentes en la persona de Valentina Claribel Collado, verificándose los mismos extremos en la persona del defendido quien al momento de la revisación médica NO presentaba lesiones (ver. fs. 17).

Concluyó, que la inmediatez con la que se efectuó la revisación médica en la persona de Daniel Soria como también en relación a Valentina Collado, permiten tener por acreditado sin margen a dudas la inexistencia de algún tipo de violencia en la supuesta comisión del hecho materia de investigación, razón que lleva a concluir o bien que el hecho NO existió o que el mismo de haber sucedido no lo fue tal como se ha denunciado.

Reseñó bajo el título: “*B) SEGUNDO AGRAVIO: CIRCUNSTANCIAS DE DETENCIÓN: INEXISTENCIA DE FLAGRANCIA”*que a fs. 1 y vta. obra acta de procedimiento policial la que entre otras cosas refiere *“…Que en el día de la fecha, siendo aproximadamente las 21:25 minutos, en circunstancias en que me encontraba en el ingreso principal de esta comisaria en compañía del auxiliar de policía CASTRO ERIC, donde se acerca del costado norte, por una calle de tierra, una menor de edad de aprox. 7 o 8 años la cual se encontraba alterada y asustada, aduciendo de manera desesperada textualmente “ señor policía, el Camerún está violando a mi amiga Valentina, allá en el campito” ….sale de entre los árboles, una persona de sexo masculino, al cual el personal policial reconoce al masculino con el apodo de “el negro Camerún”, vecino de esta comuna, el cual vestían, un pantalón corto de color negro, una remera tipo musculosa de color rojo, con sus bordes de cuello y mangas en color azul, zapatillas de color negro , al que se le da la voz de alto, para luego aproximarnos hasta el lugar donde se encontraba esta persona , una vez allí se los interroga a los fines de saber las razones de su presencia en el lugar, notando en ese momento el suscripto una actitud nerviosa por parte de esta persona, y no respondiendo las preguntas realizadas , intenta evadir al personal policial, logrando ser reducido en el mismo instante, en ese momento se escucha ruidos, los cuales provienen de las malezas y arboles del costado del camino en donde se encontraba personal policial, observando que a unos veinte metros hacia el punto cardinal Oeste, sale a la calle una persona de sexo femenino….se hace constar que el personal policial debido a la urgencia de la información y/o alerta recibida y la distancia entre la sede policial y el lugar señalado oportunamente por la menor en un principio, se traslado caminando luego al encontrarnos a escasos metros de comisaria trasladando al masculino, se observa que desde el punto cardinal sur…”*

Relató que de conformidad a lo informado por personal policial, el pupilo procesal habría sido detenido en la vía pública luego de cometer el delito por el cual ha sido condenado, sin embargo ha quedado acreditado en debate oral que el mismo personal policial que se conducía en una camioneta lo sacó de su propio domicilio, ello de conformidad a la declaración de los testigos YANINA COLLADO (hermana de la víctima y mujer de Soria), GONZÁLEZ PEDRO ALBERTO (testigo de acta de requisa), VÍCTOR MANUEL SUAREZ (testigo de la defensa), ESCUDERO SANDRA JESÚS (madre de Valentina) y FRÍAS ATILIO BERNABE (testigo de la defensa). El hecho que a Daniel Soria lo hayan ido a buscar a su casa para posteriormente dejarlo detenido, torna ilegal tal acto conforme art. 40 de la Constitución Provincial y art. 18 el que prevé que nadie puede ser detenido sino en virtud de “orden escrita de autoridad competente”.

Que al respecto, el art. 40 es muy claro y establece como regla general que NADIE puede ser detenido salvo que: a) EXISTA FLAGRANCIA; o b) EXISTA ORDEN ESCRITA DE AUTORIDAD COMPETENTE. De conformidad con el art. 225 del CPCCrim: “*Se considera flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de su comisión o inmediatamente después de cometerlo, o mientras es perseguido por la fuerza pública*...”

Infirió que no queda lugar a dudas que NO nos encontramos ante un caso de flagrancia delictiva, dado que el defendido según constancias de la causa, es detenido en su propia vivienda y no en la vía pública. Sustenta y corrobora lo narrado el hecho de que no existe constancia, salvo los dichos policiales, de que a Soria se lo detuvo en la calle, resultando por demás llamativo el hecho de que el acta de requisa NO se hizo en el supuesto lugar de aprehensión, sino por el contrario se efectuó en la Comisaria.

Describió bajo el titulo: “*C) VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA”* en relación a la imputación. Narró que la primera noticia formal que tiene el imputado en relación a los hechos que se le endilgan se dan en oportunidad de prestar declaración indagatoria, acto producido a fs. 40, en el cual se le imputa que la menor “….fue abusada sexualmente con acceso carnal vía vaginal mediante amenazas y sin su consentimiento, todo ello según las probanzas colectadas en autos a fs. 39/42…”, de donde se desprenden dos cuestiones. Por un lado, que el modo comisivo imputado es “AMENAZAS”, debiendo por ende descartarse y conforme la imputación la existencia de violencia; y por el otro se deduce que la prueba de cargo es la obrante a fs. 39/42, siendo fs. 39 y vta. una aclaración del auto de instrucción, fs. 40 la propia indagatoria del imputado, fs. 41 un decreto y fs. 42 un oficio, es decir que esa es la prueba sobre la que se fundamenta la imputación, extremo que coloca a un paso de la nulidad el acto mismo y sus consecuencias en cuanto se cimienta en elementos sin relevancia para la causa, dado que desde ningún punto de vista la propia indagatoria o un oficio pueden ser prueba en su contra.

Bajo la misma línea argumental, expuso que a fs. 248/252vta., en el cual la Sra. Agente Fiscal Sonia Fernández de Vargas de manera textual refiere: *“….La menor de edad fue víctima de ser accedida por vía vaginal sin consentimiento de ella, ya que el procesado de autos empleo categóricos actos de amedranto, mientras que iría a sufrir un mal grave, futuro pero inminente…”* es decir, que la base fáctica sigue siendo la misma que se le imputó en la indagatoria, supuestamente Soria le hizo saber a Collado que iba a sufrir un mal grave, futuro pero inminente, es decir la AMENAZÓ.-

Sin embargo, el tribunal de juicio violó el denominado principio de congruencia en cuanto condena al Sr. Soria Daniel Osvaldo, por considerarlo autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, mediante violencia, extremo que se verifica de la simple lectura del fallo atacado, refiriendo el mismo por ejemplo: *“…tomándola fuerte de ambas manos y cintura, a los empujones, tapándole la boca para silenciar los gritos de auxilio y pedidos a viva voz de Valentina dirigidos a su amiguita Jimena, con quien estaba cerca del lugar, que avisara a la Policía, a la vez amenazándola para que callara el hecho…”* (Reglón 11 a 14 de la pagina 2 de la sentencia), *“…Del especial teatro del suceso descampado, de la violencia producidas por el condenado, se lograron obtener evidencias de cargo materiales, máxime teniendo en cuenta…”* (Página 13 3er párrafo de la sentencia).

En consecuencia, si ni en la indagatoria ni en el requerimiento de elevación a juicio, ni en el inicio del debate, se le dio a conocer al imputado que el hecho materia de investigación se habría perpetrado “con violencia” sino por el contrario siempre en tales actos se habló de “amenazas”, se impide el derecho de defensa al ser luego condenado por un hecho cometido de un modo que no fue materia de intimación o defensa, desde la óptica de la defensa no es lo mismo defender un hecho cometido con violencia (la que se acredita o descarta con la revisación médica) que defender un hecho cometido con amenazas, que claramente se defiende de otro modo.

Por último, cuestionó: “*D) MONTO DE LA PENA IMPUESTA”* al respecto manifestó que los tipos penales ––casi sin excepción–– fijan un máximo y un mínimo de pena privativa de libertad. Conforme a los parámetros resultantes del artículo 41 del Cód. Penal, los jueces deben fijar la pena dentro de ese margen legal. Es decir, que deben graduar en más o en menos la pena, según el mayor o menor desvalor (o demérito) de la conducta del reo. Entendió, que existe una inexplicable e injustificada falta de coincidencia entre los agravantes aplicados al momento de dictar el veredicto (actuación 8135760/17), en cuanto al referirse a los mismos dice: “AGRAVANTES: circunstancias de modo, tiempo y lugar.-“ y resultando de la sentencia (actuación Nº 8201520/17) agravantes distintos: “Agravantes: La extensión del daño causado en la niña Valentina Claribel Collado Beatriz Carrasco, con necesidad de tratamiento psicológico urgente y prolongado, por el grado de vulnerabilidad emocional de la víctima y maltrato vividas con su tío, como autor del hecho ilícito”; en este sentido el tribunal de juicio no se encuentra autorizado para MUTAR los agravantes sostenidos inicialmente al momento del veredicto, tal variación y la falta de fundamentación de los mismos en el momento procesal oportuno, los deja huérfanos por falta de motivación, lo que hace a su inaplicabilidad.

Finalizó, advirtiendo que en la totalidad de la sentencia yerra de manera constante y reiterada sobre la calidad o parentesco de Daniel Soria con la supuesta víctima, Valentina Claribel Collado: a fs. 6 declara COLLADO YANINA DE LOS ÁNGELES, quien dice que es hermana de Valentina y que está casada con Daniel Soria, o sea que este último NO es TÍO de Valentina, sino que es su CUÑADO, extremo que pido sea tenido presente.

Formuló reserva.-

1) TRASLADO FISCAL DE CÁMARA. Que en fecha 27/12/2017, por actuación N° 8486444, contestó vista el Sr. Fiscal de Cámara N° 2 quien sostuvo por un lado que los jueces no tienen que valorar taxativamente todos y cada uno de los elementos probatorios incluidos en la causa, sino que analiza los que hacen a su convicción en el marco de la sana crítica racional.

Y por otro, que la mera discrepancia del remedio de excepción de la parte con solución arribada, no justifica la procedencia del remedio legal invocado; por lo que se expidió por el rechazo del recurso intentado.

Por último, ratificó los extremos de la imputación respecto a las cuestiones de hecho y derecho, vertidos en oportunidad de haber producido alegatos en el debate oral y formuló reserva.

2) DICTAMEN PROCURADOR. Que en fecha 24/04/2018, por actuación N° 9082587, se expidió el Sr. Procurador General de la Provincia quien consideró que: “…*El Recurso esta interpuesto en tiempo propio y se han cumplido con las formalidades prescriptas. Con ello quiero señalar la procedencia formal de la vía intentada.*

*Ahora bien considero que el segundo y tercer agravio deben ser desestimados, toda vez que para los supuestos agravios introducidos son ajenos al Recurso de Casación – aún en su nueva dimensión - ; En efecto para tales reclamos está prevista una vía recursiva especifica, concretamente la normada en el artículo 386 del Cód. Procesal Penal. Respecto del primer agravio, la defensa alega que el testimonio del Dr. Luis Gonella no fue valorado por el tribunal sentenciate. En este tópico la defensa pretende del tribunal una valoración de todas las pruebas incorporadas la causa, con total prescindencia de su eficacia probatoria (sea para condenar y/o absolver). La jurisprudencia al respecto es pacifica y al respecto ha dicho “Los jueces no están obligados a ponderar exhaustivamente todas las pruebas allegadas al expediente, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus decisiones “(CNFed. Contencioso Administrativo, sala II, abril 14-998 – B, E. O. C. Gendarmería Nacional, 1992-2-1189) y que “El sentenciante sólo debe plasmar en los considerados de la sentencia el análisis de aquéllas pruebas que lograron formaren su ánimo la convicción necesaria, no estando obligado a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones , ni imperativamente tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos” (CNCom. Sala D, diciembre 30-998 – Viacart –SA c. Compañía de las Tiendas SA –1999- 2- 804).”,* por lo expuesto propició el rechazo del recurso.

3) ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN. 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).

Sin perjuicio de ello, con el alcance del nuevo recurso de casación, surgido de la sentencia de la Corte Suprema en “**Casal Matías Eugenio”, del 29/9/2005**, según la cual, después de la reforma constitucional de 1994 (Cfr. Art. 75 inc. 22), y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular “HERRERA ULLOA”, 1994, de La Corte Interamericana de Derechos Humanos), todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise, integralmente, los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho, con el único límite de los que están íntimamente ligados a la inmediación real.

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.

4) A) 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.

Debo meritar las siguientes pruebas, a saber:

Prueba pericial: En cuanto a los resultados de las muestras recuperadas por los hisopados del saco vaginal, hisopado anal e hisopado bucal. Los que analizados para semen arrojaron resultados positivos solamente los del fondo del saco vaginal (Conf. Pericia Química S.Q.L. 502/15 fs. 51/52); que analizadas las prendas de vestir donde se solicitó muestras de semen y de sangre se encontraron manchas en la calza y en la bombacha, arrojando resultados positivos para sangre y para semen en la bombacha. Y en el calzoncillo arrojó resultados positivos una mancha de sangre humana y en la remera semen (Conf. Pericia Química S.Q.L. 500/15 – Pericia Química S.Q.L. 501/15 fs. 79/89) (el resaltado me pertenece)

Pericia de Criminalística: conforme acta de secuestro de prendas de vestir (fs. 11) el Informe Nº 217-2015-RECR, de la División Criminalística – Sección Rastros, conteniendo detalle de material indubitado, sobre un par de zapatillas que calzara el condenado en el lugar de comisión del hecho ilícito, de fs. 92, 93, 94 y conclusiones de fs. 95, se observa similitud en cuanto a las características de la estructura, dimensiones y diseño que presenta el calzado A con el rastro calzado A, por lo que se obtiene resultado positivo (+) con imágenes del estudio realizado de fs. 96 y proceso de cotejo de rastro y dimensiones de fs. 97, destacándose la coincidencia entre la imagen calzado A Nº 2, con la imagen de rastro calzado A Nº 3, igual sobre dimensiones y medidas entre calzado y rastro de muestras de fs. 98 (Conf. fs. 90/98) (el resaltado me pertenece).

Denuncia de la ciudadana Collado María José: denuncia policial (fs. 02 y vta.), ratificación en sede judicial de fs. 188 quien a instancias del debate manifestó: “*Yo estaba en mi casa a las 9 de la noche, veo que llega mi hermanita abre la puerta y ahí me… Ella entra desesperada llorando, gritaba entera y yo le pregunté que le pasaba y trate de controlarla porque estaba muy nerviosa y lloraba y me dijo lo que le había ocurrido… me dijo Mari, el Camerún me violó y dice que la Jimena, (hija de Patricia Garro), había dado aviso a la Policía, eso fue lo único que me dijo, porque no podía hablar, gritaba entera y lloraba. … Ella dijo que él, la había llevado al fondo del campo adonde fuimos, era el fondo del campo, detrás de la municipalidad, de allá nos trae la a Delegación y de ahí hicimos la denuncia. La defensa pregunta: Cuando su hermana dijo que la lleva al lugar del hecho, ¿le dijo como la lleva? De la mano. ¿De un modo tranquilo? Ella me dijo que la había agarrado a la fuerza cuando estaba jugando con la amiguita*.”

Declaración de Garro Patricia: declaración policial (fs. 3 y vta.), ratificación en sede judicial de fs. 189. Quien expresó que su hija Jimena Ludmila Agüero había salido de su casa con Valentina Collado, al regresar muy asustada le comenta que mientras iban por la calle de tierra que pasa por el costado del corralón vialidad provincial, para ir al baño, de repente desde el costado del camino sorpresivamente desde el campo, sale una persona de sexo masculino, la toma del brazo y lleva hacia el interior del campo donde Valentina, gritando y llorando le decía que pidiera auxilio a la Policía. Que Jimena había reconocido a la persona como el “Camerún”.

La prueba mencionada debe ser valorada juntamente con lo declarado por la Lic. Analía Ciampichini, licenciada en psicología que estuvo presente al momento de la revisación médica, cuyo informe obra a fs. 20 y vta. El que firmó y ratificó. Expresó que: “*la paciente no refería absolutamente nada, se mostraba muy retraída, y fue su hermana la que pedía que cuente y la paciente no respondía y entonces su hermana decide contar, que este abuso lo había realizado el cuñado de ellas, marido de una hermana, y que no había sido la primera vez, le volvió a pedir a su hermana que contara, la paciente siguió reticente y ahí la hermana refiere que también había abusado de la paciente a los nueve años*”.

En consonancia con lo declarado por la Lic. Ayelén Alejandra Saquilán, Lic. en trabajo social que estuvo presente al momento de la revisación médica, cuyo informe obra a fs. 20 y vta. El que firmó y ratificó. Expresó que: “la paciente no habló, asentía con la cabeza, tenía mirada perdida, no se refería visualmente hacia nosotras. La que habló fue la hermana que le decía contá, contá, contá lo que pasó pero la nena no hablaba entonces la hermana contó que había sido el cuñado el que la había abusado, que esto no era la primera vez, que cuando Clarivel tenía nueve años había ocurrido otra vez, se le preguntó a Clarivel si quería decir algo, silencio total, después se le informó lo que iban a hacer después, en qué consistía la revisación y se llamó al médico de guardia.”

Por último, el relato de las menores en Cámara Gesell conforme informe agregado a fs. 239/246 y la Declaración de Samper María Gladys, Psicóloga del Poder Judicial y Coordinadora de Cámara Gesell al referir en relación al relato de la menor Agüero Ludmila Ayelen que: “*A mí el relato de la amiga con la edad que tiene me pareció creíble, pudo explicar los lugares donde ocurrió el hecho, como sale corriendo, como avisa a la Policía. Pero no pude acompañar más datos porque solo asistió a la testimonial.”* Descartó fabulación, “porque si no hubiera vivido esa situación, sería muy difícil que las cuente. Cuenta las cosas que vio, como salió corriendo. Uno valida el relato en general, no en particular. Me pareció en general un *relato creíble… dice que la amiga le gritó y le dijo que fuera a buscar a la policía… que ella* (Valentina*) venia como lastimada con la ropa sucia y sangre en la cara. No lo ve al Señor, si a su amiga que venía lastimada*.” Y en relación al informe realizado de la menor Collado Valentina manifestó: “*el relato de la niña me parece creíble de recordar un evento traumático. En los gráficos se ven dificultades intelectuales, el grafismo es de una nena de 8 o 9 años. Me parecían más puras las expresiones. Se puede ver que pertenece a un nivel social carenciado, naturalización de que este señor era la pareja de su hermana y de la hermana de la amiga, que había tenido un hijo con una, que tenía hijos con otra, es decir, naturalizando que esto fuera tan común. Y con escasos recursos intelectuales, si bien en un momento de la entrevista se angustia, al principio no estaba tan angustiada cuando relataba los hechos, implementando defensas si al final cuando se le pregunta cómo se siente. Supongo que tiene que ver porque no cuenta con adultos que tengan capacidad de cuidado. Con situaciones angustiantes y traumáticas previas a la situación y durante la situación, escasos recursos socio afectivos y ella con escasos recursos intelectuales*.”

En los delitos contra la integridad sexual, es casi imposible conseguir testigos directos del hecho, por lo cual el juez debe basarse en las declaraciones de la víctima, de las personas que tomaron conocimiento de lo acontecido a través de sus dichos y en las conclusiones a las que arriban los expertos en las respectivas pericias, y reconstruir el hecho a través de todo rastro, vestigio o indicio, pues de lo contrario, la ausencia de testigos determinaría la impunidad del encausado. (Conf. CÁMARA EN LO CRIMINAL DE 1A NOMINACIÓN DE CATAMARCA - Romero, Daniel R. 24/08/2006 - Cita Online: AR/JUR/3799/2006); que conforme lo dicho por la menor en Cámara Gesell y que se exhibiera en el debate oral considero que su relato es contundente y que el mismo ha quedado demostrado por los diferentes medios de prueba arrimados a la causa (declaraciones testimoniales, pericias químicas, cotejo de rastros y pericias psicológicas), lo cual revela la materialidad del hecho y la autoría de Soria Daniel Osvaldo.

La defensa de Soria no ha ofrecido pruebas de descargo suficientes para logra revertir la contundencia de la prueba de indicios, los que, analizados en su conjunto, determinan la responsabilidad de su pupilo en los hechos demostrados en el debate. Por lo que debe rechazarse su primer agravio.

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).

B) Corresponde tratar el agravio relativo a la violación al principio de congruencia. Se tiene dicho que el llamado principio de congruencia deriva de la garantía de defensa en juicio establecida en el art. 18 de la C.N., y exige que medie correlación o identidad entre el hecho imputado en las sucesivas etapas procesales y el establecido en el veredicto y la sentencia, para así evitar la sorpresa procesal que supondría la alteración de la plataforma fáctica al momento de sentenciar, y con ello el perjuicio que tal circunstancia supondría para las posibilidades de defensa.

Para ello, es condición que se trate del mismo hecho o plataforma fáctica, de lo contrario, dice el art. 358 del CPCCrim. en su último párrafo, que “*si resulta del debate que el hecho* ***es distinto*** *del enunciado en tales actos, el Tribunal dispondrá la remisión del proceso al Ministerio Fiscal*”. (STJSL-S.J. N° 37/08 de fecha 27/05/2008 “VOGEL JONATAN LUCAS s/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INCONSTITUCIONALIDAD y NULIDAD – RECURSO DE QUEJA”, Expte. N° 18-V-2003.). El subrayado me pertenece.

Al respecto, la CIDH se expidió en el fallo “**Fermín Ramírez vs. Guatemala**” (sentencia del 20/06/05) y entendió que en el caso el tribunal había resuelto afectando la congruencia. Así, determinó que la incongruencia se produjo cuando el tribunal en la sentencia cambió la calificación jurídica del delito y dio por establecidos hechos y circunstancias nuevos, que no habían sido considerados en la acusación ni en el auto de apertura a juicio.

Cabe recordar, siguiendo autorizada doctrina, que la congruencia importa la correlación entre la imputación y el fallo. En palabras de Maier, *“la reglamentación rigurosa al derecho a ser oído (…) no tendría sentido si no se previera, también, que la sentencia solo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído; ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso que garantiza el derecho de audiencia.”* (MAIER, Julio B.J *Derecho Procesal Penal, Fundamentos,* Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires 1996, 2º edición, T.I, Pág. 568).

Sin embargo, para que el defecto de información que se invoca en autos pueda cobrar operatividad en esta instancia y, en consecuencia, ser susceptible de ser casado por este tribunal, corresponde verificar si el déficit de información existe verdaderamente y, en su caso, si provocó un verdadero perjuicio y cercenamiento al derecho de defensa en juicio.

Sentado lo anterior, en el presente caso siempre el hecho objeto del proceso fue el mismo: delito de abuso sexual. No se advierte que la crítica formulada por el recurrente tenga entidad para provocar un perjuicio, y por tanto, afectar el derecho de defensa del imputado.

En el acta de la declaración indagatoria a fs. 40 y vta. se hace constar que *“… le hace conocer que el Juzgado lo ha convocado a prestar DECLARACIÓN INDAGATORIA p.s.a. del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (Art. 119, 3º párrafo, del Código Penal) en perjuicio de la ciudadana COLLADO VALENTINA CLARIVEL, por el hecho ocurrido el día 20/12/2015 entre las 20:00 y 21:15 hs., en un campito en cercanías del campamento de vialidad de la localidad de La Calera, Pcia. de San Luis, donde la menor de edad Collado Valentina Clarivel, de 14 años de edad, fue abusada sexualmente con acceso carnal vía vaginal mediante amenazas y sin consentimiento, todo ellos según las probanzas colectadas en autos a fs. 39/42*.”

Dicha circunstancia confirma la ausencia de afectación a la garantía de defensa en juicio (art. 18 C.N.), en tanto revela el conocimiento de Soria Daniel Osvaldo sobre los alcances de los hechos atribuidos y, al mismo tiempo, su concreta posibilidad de refutar la imputación en pleno ejercicio de su derecho de defensa en juicio material.

En consecuencia, no advierto que la sentencia traída en revisión constituya el resultado de un cambio sorpresivo de la hipótesis imputativa verificada desde un primer momento en el legajo. En efecto, como quedara dicho, los hechos materia de imputación fueron descriptos en su totalidad desde el inicio de la causa.

C) Con respecto a las circunstancias de detención, el planteo fue rechazado tal como surge de las constancias de autos a fs. 127/130; auto interlocutorio que fue apelado. La Excma. Cámara resolvió rechazar el recurso de apelación y de nulidad interpuesto en fs. 144/146. En este sentido, debe rechazarse este agravio al no ser planteado a instancias del debate (Cfr. art. 335 CPCCrim).

D) Por último, con relación a la posibilidad de revisión por parte del tribunal de casación de la pena impuesta, se ha dicho que: “*Carece de sustento la tacha de arbitrariedad vinculada con el monto de las penas impuestas, en la medida en que han sido aplicadas dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por la ley para los delitos por los que se condenó a los procesados, salvo supuestos excepcionales de arbitrariedad o irracionalidad manifiesta, el monto de la pena no puede ser revisado en sede casatoria por tratarse de una cuestión privativa de los jueces* *de mérito, a menos que se demuestre absurdo en la fijación de los hechos a los que se atribuye la condición de atenuantes y agravantes, o que ellos no posean aptitud para inferir de los mismos criterios que puedan incidir en la cuantificación de la pena, extremos que no se consolidan en la presente causa.”* (Fuentealba, José Armando s. Privación ilegal de la libertad agravada /// Tribunal Superior de Justicia, Santa Cruz; 23-11-2004; Sumarios Oficiales Poder Judicial de Santa Cruz; RC J 889/13, en <http://www.rubinzal.com.ar//jurisprudencia/buscador>, acceso 20/04/18).

También la jurisprudencia ha sostenido que: *“…En definitiva, estimo que no sólo la defensa ha omitido demostrar la existencia de un ejercicio arbitrario de las potestades discrecionales del tribunal de juicio -recuérdese que la facultad discrecional de fijar la pena es en principio exclusiva del Tribunal de juicio, y sólo puede ser controlada por el recurso de casación en los supuestos de arbitrariedad de la sentencia (S. 18, 21/09/09; S. nº 6, del 25/03/09, entre muchos otros)-; sino* *que, además, no es de recibo la petición de disminución de la pena atribuida, ya que la misma no resulta desproporcionada respecto del contenido del injusto del hecho, ha sido aplicada dentro de los márgenes de la escala penal aplicable y contiene fundamento suficiente con base en las constancias de la causa, razón por la cual, no privan al fallo de validez. Este es el criterio sostenido por este Tribunal en numerosos precedentes (S. nº 14, 31/03/10; S. nº 24; 13/11/09, entre otros), en donde se dijo que "... la arbitrariedad no consiste en una mera discrepancia con el monto de la pena impuesta dentro de los márgenes de la escala penal aplicable. En efecto, tal desacuerdo, no habilita la excepcional competencia para controlar el ejercicio de una facultad atribuida en principio a otro órgano judicial...". Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso interpuesto*.” (C., W. E. s. Recurso de casación en: C., W. E. s. Abuso sexual gravemente ultrajante, etc. /// Corte de Justicia, Catamarca; 05-10-2011; Sumarios Oficiales Poder Judicial de Catamarca; RC J 4535/13, en <http://www.rubinzal.com.ar//jurisprudencia/buscador>, acceso 20/04/18).

Cabe recordar que la graduación de la pena sólo compete al tribunal de mérito en la medida en que importa la ponderación de situaciones de hecho, cuya apreciación es posible únicamente en el debate. Escapa pues al control de la jurisdicción casatoria la mera discrepancia del recurrente con las circunstancias que se tuvieron en cuenta para imponer la pena, salvo la demostración de manifiesta desproporcionalidad o arbitrariedad, por incongruencia con relación a las circunstancias probadas de la causa, lo que no acontece en autos, como se explicó en los párrafos precedentes.

En definitiva, considero que los agravios expuestos deben rechazarse, por cuanto no evidencian que el tribunal de juicio haya ejercido su facultad discrecional de fijar la pena de manera arbitraria.

En conclusión, 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, la sentencia contiene una fundamentación adecuada respecto de los hechos atribuidos al acusado, sin que se advierta una valoración errónea de la prueba alegada por el recurrente. Nada hay en los fundamentos expuestos en el fallo que permita establecer que se hubiesen transgredido los límites de las atribuciones discrecionales de apreciación de prueba propias del tribunal de juicio, o para llegar al estado de certeza sobre los hechos en los que se basa la acusación se haya procedido de manera arbitraria, por lo que corresponde desestimar el recurso de casación.

Por todo ello, voto a esta segunda y tercera cuestión por la negativa.-

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

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo**: Que en consecuencia, de conformidad a lo resuelto en las cuestiones anteriores, corresponde el rechazo del recurso de casación interpuesto. ASÍ LO VOTO.-

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

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo**: Costas a la recurrente vencida. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN y, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO 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, treinta de octubre 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 14/11/2017.-

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.-*