

Corte de Justicia de Catamarca

SENTENCIA NÚMERO: SESENTA Y DOS

En la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, a los quince días del mes de diciembre de dos mil veintitrés, la Corte de Justicia de Catamarca, integrada por los señores/as Ministros/as: María Fernanda Rosales Andreotti -Presidenta-, Dres. Carlos Miguel Figueroa Vicario, Fabiana Edith Gómez, José Ricardo Cáceres, Rita Verónica Saldaño, Néstor Hernán Martel y Miguel Ángel Lozano (s/l); se reúne en acuerdo para entender en el Recurso de Casación deducido en expte. Corte n° 068/22, caratulados: **“Vizcarra, Juan Ramón -abuso sexual, etc.- s/ rec. de casación c/ S. n.° 129/22 de expte. n.° 31/22”**.

La Cámara Criminal de 1° Nominación dictó Sentencia n° 129/22 de fecha 09 de agosto de 2022 en las presentes actuaciones y, en lo que aquí concierne, resolvió: I) Declarar culpable a Juan Ramón Vizcarra, de condiciones personales relacionas en la causa, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple calificado por el vínculo (arts. 119, primer párrafo, inc. b) y 45 del CP), condenándolo en consecuencia a sufrir la pena de seis años de prisión, la cual se efectivizará una vez firme la presente. Declarándosele reincidente por primera vez (art. 50 del CP), con más accesorias de ley (art. 12 del CP). Con costas (arts. 406 y 536 del CPP). Imponer la restricción de tener contacto de ningún tipo, directo o indirecto, con la menor ni con su progenitora, y en el supuesto de que las mencionadas se encuentren en la casa de C.B.V., abuela de la menor, también se deberá abstener de ingresar a ese domicilio. (...).”

La Dra. Sonia Valeria Olmedo, Defensora Penal de 3° Nominación, en representación del encausado Vizcarra, interpone el presente recurso y centra sus agravios en la inobservancia o errónea aplicación de la sana crítica racional y en la inobservancia de las normas que el código prevé bajo pena de nulidad (arts. 408, inc. 3 y 454, incs. 2 y 4, del CPP).

Primer motivo de agravio:

La recurrente señala que el Tribunal omitió realizar una valoración crítica de la prueba y funda su reproche invocando reciente fallo de esta Corte de Justicia (Sent. n.º 24/22 del 10/08/2022 en autos expte. Corte n.º 071/21).

Señala que la sentencia que ataca no ha alcanzado el estándar de certeza requerido para una sentencia condenatoria, más allá de toda duda razonable.

Es así que del análisis de la prueba surge que no se encuentran acreditadas las circunstancias de tiempo y lugar fijados en la acusación. No hay prueba objetiva que consigne que su asistido, el día y hora señalados, haya estado presente en el inmueble de propiedad de su hija en el Bº Parque Industrial. Su presencia surge de la denuncia efectuada por su nieta - A.A.C.- y madre de la presunta víctima -A.A.A.C.-, pero, para comprobar esta circunstancia, no se llamó a prestar testimonio a las demás personas que se encontraban en el lugar del hecho, como tampoco a vecinos cercanos.

Durante el plenario, se incorporó documentación que acreditó el parentesco existente entre las partes, el examen médico de la niña del que surge que no posee lesiones, el acta de inspección ocular, fotos y planimetría del lugar del hecho, el acta inicial de actuaciones de donde surge la aprehensión y los informes de ley respecto a su defendido. Entiende que toda esta prueba puede resultar necesaria pero no suficiente a los fines propuestos.

En esa dirección, y ante el planteo de oposición a la incorporación a la declaración expositiva de la menor, el tribunal repelió el mismo sin dar motivos ni explicaciones a tal rechazo. Este acto se llevó a cabo sin la presencia de la defensa del imputado, a pesar de que a f. 16 obra notificación sin firma del defensor, pero, según surge de la diligencia asentada, se habría tratado de una comunicación telefónica; lo cierto es que dicho acto se ejecutó sin el control de la defensa.

Corte de Justicia de Catamarca

De esa declaración expositiva, se desprende que el lenguaje y las expresiones consignadas no son propias de una niña de cinco años de edad. Por ello, surge la duda respecto de la espontaneidad en el relato de la menor, toda vez que se trata de una transcripción en soporte papel, no existe grabación, ya que la misma fue tomada en sede la Fiscalía de Recreo y no en Cámara Gesell. Tampoco obra informe psicológico que desaconseje la misma o la presencia de la niña en la audiencia de debate. Su declaración fue realizada en presencia de su progenitora y contiene términos e ideas que no son propias para tan corta edad.

Así, la sentencia afirma que la testimonial prestada por la denunciante (A.A.C) en el debate es conteste con lo oportunamente denunciado y ratificado, como también lo es la declaración de la menor (A.A.A.C); pero el tribunal no dio razones a tal conclusión.

Analiza lo pertinente de ambas declaraciones (madre e hija) y entiende que sí existen diferencias en sus relatos (lugar de tocamiento y modalidad).

Infiere que la enumeración sin pausa ni desvíos que relata la niña, sobre datos de connotación sexual, llevan necesariamente a dudar si esa declaración fue espontánea. Por ello, a su criterio, dada la ausencia de testigos directos, la edad de la presunta víctima y demás características, este caso demandaba un esfuerzo por parte de los operadores de justicia a fin de salvaguardar los derechos y garantías de las partes, en cuanto a la recepción de declaraciones a niños de corta edad, teniendo en cuenta que del otro lado el imputado contaba con el derecho de controlar la autenticidad de la declaración base de su condena. Al respecto, cita fallos de la CSJN (*Fallos Corte: 329:5556*) y de nuestra Corte local (S. n.º 18/15 -Rodríguez, Víctor Ernesto).

Con relación a la omisión incurrida por parte de los operadores de justicia, al momento de tomar declaración a la supuesta víctima en Cámara Gesell, la falta de control por parte de la defensa no habría ocurrido

-enfatisa- si se daba cumplimiento a la Acordada 4132 del 16/03/2010, pero nada se dijo respecto a la posibilidad o imposibilidad de ejecutarla a los fines de garantizar los derechos de las partes. Cita el voto del Dr. Lilljedahl en la S. n° 18/15. Por otra parte, no se dio cumplimiento a las previsiones de los arts. 246 y 247 del CPP, al momento de la pericia psicológica y, por tal motivo, no puede valer como tal.

En dicho informe, la profesional concluyó: “la niña no cuenta con recursos intelectuales y emocionales que le posibiliten describir y reconocer el sentido y significado de un acto sexual”, motivo por el cual -deduce la recurrente- que su reacción, angustia, nervios o temor, pueden deberse a otro motivo y no necesariamente a la existencia de un delito contra la integridad sexual. El Tribunal omitió totalmente la valoración de este punto y prescindió de la citación al debate de la psicóloga.

Asimismo, cuestiona que durante el plenario se ofreció y produjo un solo testimonio, el de la madre de la menor víctima, la cual relató los dichos de su hija, los que no fueron controlados por la defensa, y que no es directo de los hechos, sino de oídas y, por ese motivo, no puede conferírsele el carácter de dirimente. Cita doctrina al respecto.

Párrafo aparte, bajo el título de “la necesaria reivindicación de la presunción de inocencia”, destaca que su asistido cuenta con un antecedente por un delito contra la integridad sexual y por el cual purgó condena en el SPP durante 11 años; pero es cierto que esta circunstancia crea prejuicios lógicos e inevitables en la sociedad y que son inaceptables para los operadores jurídicos.

Segundo motivo de agravio:

En éste acápite, la recurrente critica el fallo impugnado como carente de fundamentación, en razón de que el Tribunal no dio motivos respecto al por qué arribó a la conclusión de que su defendido es culpable del delito por el cual se lo acusó.

Corte de Justicia de Catamarca

A su criterio, la sentencia se erige como arbitraria por una decisiva ausencia de motivación, toda vez que se omitió efectuar un análisis justipreciativo de los elementos de prueba incorporados. Es así que no solo omitió fundar el juicio de credibilidad del único testimonio brindado en debate por la Sra. A.A.C., sobre la base de expresar qué datos sensibles fueron percibidos que resultaron determinantes para la conclusión arribada, sino que tampoco explicó las razones por las que rechazó la oposición a la introducción por su lectura a la declaración expositiva de la niña, ni mucho menos del resto de las alegaciones defensivas.

Solicita se revoque la sentencia condenatoria y se absuelva a su asistido. En su defecto, pide la atenuación de la pena al mínimo legal del delito que se trata, tres años, en una visión humana y *pro homine*.

Efectúa reserva del Caso Federal.

De acuerdo con el resultado del sorteo efectuado para determinar el orden de votación (fs. 19 y 21), nos pronunciaremos de la siguiente manera: 1° Figueroa Vicario, 2° Dra. Saldaño, 3° Dra. Rosales Andreotti, 4° Dr. Martel, 5° Dra. Gómez, 6° Dr. Cáceres y 7° Dr. Lozano

Así las cosas, el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones:

1°) ¿Es admisible el recurso?

2°) ¿La resolución cuestionada ha incurrido en la inobservancia o errónea aplicación de la sana crítica racional y en la inobservancia de las normas que el código prevé bajo pena de nulidad (art. 454, incs. 2 y 4, del CPP)? ¿Qué resolución corresponde dictar?

A la Primera Cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

El presente recurso de casación reúne los requisitos de admisibilidad formal establecidos en el art. 460 del CPP debido a que es interpuesto en forma y en tiempo oportuno, por parte legitimada, y se dirige

contra una resolución que, por ser condenatoria, pone fin al proceso y es definitiva. Por ende, es formalmente admisible. Así voto.

A la Primera cuestión, la Dra. Saldaño dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el Sr. Ministro preopinante y voto en igual sentido, por la admisibilidad formal del recurso interpuesto.

A la Primera cuestión, la Dra. Rosales Andreotti dijo:

El Dr. Figueroa Vicario da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Martel dijo:

Entiendo acertadas las motivos expuestos por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

A la Primera cuestión, la Dra. Gómez dijo:

El Dr. Figueroa Vicario da los motivos necesarios que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

Encuentro acertados los argumentos expuestos por el Sr. Ministro, Dr. Figueroa Vicario. Adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Lozano dijo:

Entiendo correctas las razones invocadas por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

A la segunda cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

El Tribunal consideró acreditado el siguiente hecho: “Que con fecha 09 de junio de 2021, sin poder precisar la hora exacta, pero sería aproximadamente a horas 23:00, en el inmueble sito en calle pública sin

Corte de Justicia de Catamarca

nombre y sin número del B° Parque Industrial de la ciudad de Recreo, Dpto. La Paz, provincia de Catamarca, en circunstancias en que la denunciante A.A.C., se encontraba en el baño, Juan Ramón Vizcarra quien se despide para retirarse del inmueble, detrás de la casilla, procedió a levantar en brazos a su bisnieta A.A.A.C. y mientras le decía “mi amor” le realizaba tocamientos corporales libidinosos, pasándole la mano varias veces por la vagina, sobre la ropa. Al salir del baño su progenitora, al no encontrar a su hija, comenzó a buscarla, apareciendo la niña A.A.A.C. del costado de la vivienda llorando y diciendo “el abuelo, el abuelo”, procediendo Juan Ramón Vizcarra a subir a su bicicleta y retirarse del inmueble, atentando de esta forma contra la integridad sexual de la menor de edad”.

1). En cuanto al primero de los agravios, la recurrente señala que el Tribunal omitió realizar una valoración crítica de la prueba.

Entiende que la sentencia que ataca no alcanzó el estándar de certeza requerido para una sentencia condenatoria, más allá de toda duda razonable.

Dice que no se acreditaron las circunstancias de tiempo y lugar fijados en la acusación y que no hay prueba objetiva que consigne que su asistido, el día y hora señalados, haya estado presente en el inmueble de propiedad de su hija en el B° Parque Industrial. Además, no se tomó declaración a las demás personas que se encontraban en la vivienda, ni a vecinos del lugar a los fines de acreditar tales extremos.

Replantea en esta instancia, la oposición a la incorporación por lectura de la declaración expositiva de la niña damnificada, la cual considera que fue la prueba de cargo decisiva.

Basa su reclamo en que, la declaración de la niña damnificada se llevó a cabo en sede de la fiscalía de Recreo, sin la presencia de la defensa del imputado a los fines de poder ejercer el control de la prueba, quién habría sido notificado vía telefónica, conforme diligencia de constancia

de fs. 16. Sostiene que dicha declaración, contiene expresiones y lenguaje no acorde con una niña de cinco años y que no obra informe psicológico que desaconseje la misma o la presencia de la niña en la audiencia de debate.

Por otro lado se agravia porque durante la investigación penal preparatoria no hubo directiva sobre la realización de Cámara Gesell y tampoco fue requerida por el representante del Ministerio Público Fiscal durante la oportunidad brindada por el art. 360 del CPP, ni dispuesta por el Tribunal del juicio, remarcando que su parte no tenía la carga de la prueba, sin perjuicio que escuchar a la menor bajo esa modalidad o incluso, en audiencia de debate siguiendo las pautas normativas, resultaba indispensable.

En primer lugar me expediré respecto a la declaración expositiva de la niña, y a la nulidad de la pericia psicológica solicitada en el debate, así salvado dicho obstáculo o valladar, entraré a tratar las demás cuestiones a resolver.

Establecido lo anterior, debo efectuar una aclaración preliminar: el trámite del proceso presenta sucesivas etapas, dentro de cada una de las cuales necesariamente deben cumplirse determinados actos; por ello, las facultades procesales que no se ejercieron durante su transcurso, en principio, irremediablemente se pierden.

Los principios de preclusión y conservación de los actos procesales implican la extinción o pérdida de una facultad de carácter procesal, que se produce, entre otros casos, cuando la parte ha realizado una actividad incompatible con la facultad que pretende utilizar con posterioridad; atento a que, como el principio de progresividad y también el de preclusión, reconoce su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr dentro de lo razonable una administración de justicia rápida.

La declaración de nulidad de un acto del procedimiento exige que la supuesta nulidad no haya sido provocada ni consentida expresa o

Corte de Justicia de Catamarca

tácitamente -y, por ende, que no haya sido convalidada- por la parte que solicita la invalidación.

Por el carácter relativo de las nulidades procesales, resulta inadmisibles declarar la nulidad de un acto del proceso cuando el defecto procesal denunciado fue convalidado o subsanado por falta de reclamación oportuna.

Como corolario de esas premisas, si la nulidad no es solicitada en la primera oportunidad que brinda el procedimiento, el perjuicio invocado como emergente del supuesto vicio del acto no deriva de éste sino de la propia actuación o de la propia falta de actuación procesal oportuna de esa parte.

Lino Palacios, citando a Alsina, enseña que, sea que la irregularidad de un acto procesal provenga de una expresa declaración normativa de nulidad o de la circunstancia de carecer aquél de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad, no corresponde la declaración de nulidad si el defecto no ha ocasionado gravamen al derecho de defensa. En otras palabras, si no ha mediado indefensión no puede haber nulidad (PALACIO, Lino Enrique. "Derecho Procesal Civil. Actos Procesales" Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1.988, Tomo IV, pp. 144 y 145).

Establecido lo anterior, corresponde volver la mirada al caso en particular, para determinar así, y a la luz de los conceptos expuestos precedentemente, si le cabe razón a la recurrente.

El estudio del trámite de las actuaciones del caso revela que, la irregularidad del acto impugnado –la oposición a la incorporación por lectura de la declaración expositiva-, fue rechazado en el debate por el tribunal del juicio, por considerar, previa vista en ese sentido, que fue invocada extemporáneamente; sin que el recurrente refute en esta instancia esas razones (f. 131/132).

En cuanto a la declaración expositiva, los argumentos presentados no demuestran que su incorporación haya afectado efectivamente la defensa en juicio del imputado.

Contrariamente a lo que alega la recurrente, las constancias de autos (f. 96/96 vta.) indican que esa parte sí fue notificada del requerimiento fiscal de citación a juicio; por consiguiente, tuvo oportunidad de conocer de la consideración de esa declaración en el dictamen respectivo, sin que tampoco haya cuestionado dicho acto por la inobservancia de la Acordada de mención.

El legajo principal informa que, en la primera intervención que tuvieron en el proceso (f. 113/113 vta.), notificación del decreto de citación a juicio, como en el periodo del ofrecimiento de prueba (f. 117/117 vta.), el imputado y su defensora ninguna objeción manifestaron con relación al modo en que fue recibida la declaración de la damnificada sobre el hecho de la causa, ni denunciaron, como efecto de ese modo de actuación, menoscabo alguno a la defensa material o técnica de sus intereses. Tampoco, nada dijeron sobre la forma de ofrecimiento de la prueba de cargo, tanto de la declaración expositiva como de la prueba psicológica.

La recurrente no demuestra que esa parte haya procurado, notificada de la citación a juicio, la corrección de la irregularidad que denuncia, pero tampoco señala razones y argumentos para dudar de las circunstancias que surgen de esos dichos.

No dice concretamente cual era el interés en oír a la damnificada, en controlar y contraponer sus dichos con otra versión de los hechos, aunque sea a través de un perito interviniente, ni a éste, como lamenta en el recurso, ni demuestra haber pedido la repetición del acto o la citación de la damnificada al juicio. La defensa se limitó a oponerse a la incorporación al juicio de la declaración de la menor, sin ninguna manifestación para pretender justificar su propia negligencia por la falta de actuación oportuna.

Corte de Justicia de Catamarca

Por las razones dadas, con relación a la declaración de la menor damnificada, sobre la inobservancia o errónea aplicación de las normas previstas bajo pena de nulidad, mi respuesta es negativa. Así voto.

2). La existencia histórica del acontecimiento descrito y la intervención que en ese hecho le fue reprochada al imputado Vizcarra a título de autor, fue tenida por suficientemente acreditada en la sentencia, con el grado de certeza que requiere un pronunciamiento condenatorio.

Entiendo que el Tribunal dio razones de su convicción: En lo esencial, decidió como lo hizo, con base en que los dichos de la progenitora y de la niña damnificada, quiénes ubican al acusado Vizcarra en el lugar de los hechos, en la hora indicada. La recurrente se agravia, porque no se recibieron testimonios a las demás personas que se encontraban en el lugar del hecho, cabe aclarar al respecto que el mismo fue cometido por el bisabuelo en perjuicio de su bisnieta, en el exterior de la casa de la abuela de la niña, oportunidad en que la menor se encontraba fuera del cuidado de su madre.

Los dichos de la menor, tienen corroboración en el contenido del informe psicológico, “en relación al hecho, se la observa atemorizada, ansiosa, angustiada y nerviosa...se observa que la niña padece signos de daño psicológico, sintiéndose amenazada en su bienestar como consecuencia del hecho, con sentimientos de culpa”.

El informe también da cuenta de que la niña no cuenta con recursos intelectuales y emocionales que le posibiliten describir y reconocer el sentido y significado de un acto sexual, lo que ahora es puesta de resalto por la defensora recurrente, como una circunstancia a favor de su pupilo, pero esta crítica no es suficiente para tener por no ocurrido el acto lesivo, tal como lo hizo el tribunal, por falta de crítica relevante.

La recurrente tampoco objeta la lógica del mérito del Tribunal que, conectando los mencionados elementos de juicio, les asigna suficiente valor probatorio de los extremos de la imputación formulada: la

existencia de los tocamientos de índole sexual denunciados y la autoría del imputado Vizcarra. Con esa omisión permanecen indemnes los fundamentos de la sentencia vinculados con dicho informe pericial, y el valor categórico que le fue otorgado como sustento suficiente de la condena dictada.

Asimismo, con base en el examen psicológico, el Tribunal estimó creíble el relato de la niña víctima del abuso; consideró que el informe respectivo dice que la niña presenta signos de daño psicológico, sintiéndose amenazada en su bienestar como consecuencia del hecho; pero, ni dicho informe ni su mérito fueron motivo de impugnación, y con esa abstención, los fundamentos de la sentencia, con apoyo en las pautas de interpretación de los testimonios de N, N y A, resultan incommovibles.

El examen de los agravios expuestos revela la insuficiencia de éstos, debido a que la recurrente no demuestra el error que denuncia en el mérito de las pruebas, por ende, tampoco la gravedad y relevancia de la observación que efectúa por su incidencia en la decisión que impugna ni que la condena impuesta sea susceptible de ser modificada como efecto de la corrección de ese supuesto error.

Aunque la recurrente alude a plurales contradicciones entre los testimonios prestados por la progenitora de la niña damnificada y la declaración expositiva de ésta, tanto que la progenitora refiere que la menor le relató que la levantó y la tocó, señalándose la entrepierna, para luego decir “le pasaba la mano sobre la ropa en el sector de la vagina”, mientras que en la declaración expositiva la niña dijo “me tocó la colita así (señalándose la vagina), lo cierto es que sólo indica una cosa, que el hecho lesivo de contenido sexual existió, más allá de cómo las partes lo manifiesten al referirse al mismo.

Así, la recurrente no demuestra la errónea valoración de la prueba en la sentencia, cuyo examen no revela desarreglo alguno con las reglas que disciplinan esa faena; puesto que la niña en su declaración expositiva señaló el lugar donde su bisabuelo realizó los tocamientos.

Corte de Justicia de Catamarca

Así opino considerando que, si bien el relato de cargo fue basado en la declaración de la madre, de la sentencia surge que la real existencia de los hechos de la causa y la autoría del imputado Vizcarra fue tenida como suficientemente acreditada con la declaración expositiva de la niña, en presencia de su progenitora, la Fiscal, la secretaria autorizante y en presencia de la asesora de menores (f.19).

La recurrente nada dice sobre esto y sobre su mérito en la sentencia: no demuestra su insuficiencia a los fines de la condena dictada.

Recuérdese, que en lo que respecta a la fundamentación probatoria, tratándose de un planteo formulado por la defensa técnica del imputado, compete a esta Corte verificar "la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto ", con el único límite de lo que no resulte revisable, esto es, "lo que surja directa y únicamente de la inmediación" (CSJN, 20/09/05, "Casal").

La defensa no logra desvirtuar la apreciación integrada que de las distintas probanzas ha efectuado el Tribunal para alcanzar sus conclusiones. Y, aunque denuncia trasgresión a las reglas sobre la interpretación de la prueba, sólo expone su parecer distinto, con un análisis parcializado, descontextualizado y desintegrado del material probatorio que sustenta la condena, sin desvirtuar las conclusiones de la sentencia.

Por las razones dadas, en tanto los argumentos presentados no demuestran la acusada inobservancia o errónea aplicación en el caso de las reglas de la sana crítica racional que rigen la ponderación de la prueba, mi respuesta sobre el punto es negativa. Así voto.

3). Como segundo agravio dice la recurrente que la sentencia se erige como arbitraria por una decisiva ausencia de motivación, toda vez que se omitió efectuar un análisis justipreciativo de los elementos de prueba incorporados; que no solo se omitió fundar el juicio de credibilidad del único testimonio brindado en debate por la Sra. A.A.C., sobre la base de

expresar qué datos sensibles fueron percibidos que resultaron determinantes para la conclusión arribada, sino que tampoco el juzgador explicó las razones por las que rechazó la oposición a la introducción por su lectura a la declaración expositiva de la niña, ni mucho menos del resto de las alegaciones defensivas.

Ahora bien, surge de la sentencia que el incidente relacionado con la incorporación de la declaración de la menor, fue sustanciado en la audiencia de debate y resuelto con base en los fundamentos concordantes del Fiscal y la Asesora de la menor, en cuanto a que el planteo de la defensa era extemporáneo y que había precluido la oportunidad para oponerse a su agregación por no haber sido planteada al momento de formular oposición a la elevación de la causa a juicio, ni en la oportunidad del ofrecimiento de la prueba sobre la que versaría el juicio.

De las constancias de la causa, se advierte que son diversos los actos procesales en las cuales el imputado y su defensa tuvieron oportunidad de ejercer el control del cuestionado testimonio.

Y, contrariamente a lo sostenido en el recurso, el defensor de entonces, había sido notificado por la actuario, en forma telefónica del decreto que ordenaba la medida, la que se llevó a cabo el día y hora fijada, con lo que se garantizó al imputado el derecho de efectuar un control útil y eficaz de tal declaración.

Y al momento de recepcionar la declaración de imputado, se le hizo conocer todas y cada una de las pruebas que existían en su contra, a lo que respondió darse por enterado de todas las pruebas obrantes en autos (f. 40). De igual modo, al momento de notificarse a la defensa el requerimiento fiscal de citación a juicio, ninguna manifestación formuló en contra de lo atestiguado por el menor víctima (fs. 96 vlt. y 102); como tampoco ofreció prueba en los términos del art. 360 del CPP.

Por ello, los agravios expuestos se fundan en una mera disconformidad o discrepancia del recurrente con los fundamentos expuestos

Corte de Justicia de Catamarca

por el Tribunal de la causa, que carecen de la entidad que el impugnante les asigna, en tanto, no bastan para desmoronar la convicción sobre la intervención de Vizcarra construida sobre la valoración conjunta de los diversos indicadores de su autoría meritados en la sentencia y no desvirtuados en el recurso.

Con las carencias señaladas, el recurso no demuestra la existencia de grave defecto acerca de lo decidido en el fallo apelado, la falta de fundamento de lo resuelto, la falta de correspondencia de esos fundamentos con las constancias de autos, la interpretación inadecuada de éstas, infracción alguna a las reglas que disciplinan el mérito probatorio en el proceso penal ni el apartamiento inequívoco por el Tribunal de las soluciones prevista en la ley con relación a las cuestiones planteadas.

4). Por último, cabe referir que, las citas jurisprudenciales que el recurrente transcribe para fundar sus agravios, no resultan de aplicación al caso, por cuanto no demuestra la similitud de aquellas circunstancias con las que surgen de la resolución cuestionada. En Almirón, (S. 24/22), referida a la fundamentación probatoria de la sentencia; y en Rodríguez, (S. 18/15), la decisión revocada se había apoyado en la declaración prestada en instrucción por la menor víctima, siendo que en el debate, la defensa había solicitado su comparendo lo que fue rechazado con argumentos referidos a cuestiones procesales, y no por consideraciones relacionadas con el resguardo del derecho de la menor víctima o su prevalencia sobre el derecho de defensa del imputado.

Por ello, propongo que el recurso debe ser rechazado y la sentencia confirmada, en todo lo que fue motivo de agravios. Con costas. Téngase presente la reserva del caso federal. Así voto.

A la Segunda cuestión, la Dra. Saldaño dijo:

Convocada a emitir mi voto en segundo lugar, conforme el acta de f. 19, el Sr. Ministro, Dr. Carlos Miguel Figueroa Vicario da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la procedencia del

recurso de casación. Por ello, adhiero a los fundamentos y conclusiones de su voto, expidiéndome en igual sentido.

Sólo resta agregar que, a las pautas de revisión y control de la prueba que surge de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal” (*Fallos*: 328:3399), deben sumarse los postulados derivados de las obligaciones asumidas por los Estados de “proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales”, al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (art. 34). En el presente caso al tratarse de un abuso sexual en la infancia, por su condición de niña y de mujer, el examen de la cuestión impone la incorporación de la “*perspectiva de niñez*” como pauta hermenéutica constitucional y como principio rector para la solución del caso, exigiendo para ello un análisis armónico e integral de la normativa nacional y supranacional vigente, todo ello, de conformidad a la prueba introducida oportuna y legalmente a debate.

El legislador a los fines de equilibrar la asimetría de poder fáctica que el fenómeno de abuso o violencia contra menores representa, ha generado una protección especial respecto de éstos. En casos como éste en que entran en colisión derechos de idéntica génesis y jerarquía, como lo son en los casos de abusos sexuales de menores, los que titularizan el imputado y la víctima, imponen a quienes nos encontramos frente a éste conflicto actuar dotados de un margen de racionalidad y proporcionalidad.

Bajo estos parámetros entiendo que, si bien se inobservó la formalidad requerida por la Acordada n° 4132 -Cámara Gesell-, la declaración de la menor llevada cabo en sede la fiscalía penal, conforme lo indicado por la psicóloga del tribunal, celebrada en presencia de todos los operadores judiciales y que estuviera debidamente notificada vía telefónica (como es de costumbre) al defensor oficial de Vizcarra, quien optó por no asistir ni pedir la suspensión, lo que no es invalidante del acto, por no haberse vulnerado ninguna garantía

Corte de Justicia de Catamarca

constitucional del imputado, ni el debido proceso ni el derecho de defensa en juicio.

A más de ello, esta actitud asumida por el abogado defensor en cuanto al derecho de controlar la prueba a los fines de verificar la veracidad de los dichos de la niña, el derecho contradictorio o repeler dicho testimonio que luego fue incorporado por su lectura, de ninguna manera puede operar en desmedro de los derechos de la niña víctima del delito, a ser oída y el derecho a una tutela judicial efectiva.

Así lo ha dicho la jurisprudencia al sostener que: *“no es posible afirmar que la defensa no hubiese tenido oportunidad de controlar los testimonios que cuestiona..., lo cierto es que si fue debidamente notificada la declaración testimonial que la nombrada habría de prestar ante el juez de instrucción, aunque optó por no concurrir a la audiencia ..., la asistencia técnica del imputado tuvo la oportunidad de controlar y contradecir las declaraciones prestadas por la víctima, pero optó por no concurrir a la audiencia que habría de celebrarse en sede judicial, de la que fue debidamente notificada. Por ello no advierto, en el caso, que la valoración de los testimonios por parte del a quo hubiese vulnerado el derecho de defensa del imputado”* (Trib. Oral Crim. 15, Julio E. Chain o David M. Chain, 09/11/2011)

En este orden de ideas, cabe destacar que la declaración de la niña no fue prueba decisiva para la condena de Vizcarra, toda vez que el testimonio y a quién le cuenta llorando y tiritando lo ocurrido, previo juramento de ley, se desarrolló en el curso del juicio y fue debidamente valorado por el juez a quo para fundamentar la decisión que vino a reforzar el cuadro probatorio por demás contundente.

Asimismo entiendo que, con respecto a los demás actos procesales, a los que achaca que las irregularidades han afectado el debido proceso y el derecho de defensa de su representado, son aquellos irreproducibles, los cuales necesitaban el control de su parte, fueron

procesalmente válidos por haberse cursado las correspondientes notificaciones, consintiéndolos desde que no fueron objeto de impugnación alguna, aun cuando contaba con los remedios procesales previstos por la ley, para luego y en ésta instancia plantear las nulidades de tales actos alegando la violación a la garantía del derecho de defensa en juicio y el debido proceso, normas de raigambre constitucional y convencional, quedando así planteado el conflicto de derecho humanos. Por todo lo antes señalado, no encuentro dónde radica la violación del debido procesal y cuál es el derecho que se vio privado de ejercer. Así voto.

A la Segunda cuestión, al Dra. Rosales Andreotti dijo:

Llega esta causa para que emita mi voto en tercer lugar, conforme acta de sorteo de f. 19. En esa tarea, debo decir que no coincido con la solución a la que arriban quienes me preceden en el orden de votación.

La defensora oficial del imputado, fundamenta el recurso de casación en la inobservancia de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba y la inobservancia de las normas que el código prevé bajo pena de nulidad (artículo 454, incisos 2 y 4 del CPP). En rigor, el eje central de los agravios esgrimidos por la defensa gira en torno a cuestionar si la prueba obrante en la causa alcanza a derribar el principio de inocencia del imputado, pues la recurrente sostiene que no fue corroborado, con el grado de certeza requerido, la existencia del hecho y participación de su asistido.

En tal sentido, anticipo que a mi criterio, efectivamente, en el caso, la prueba reunida y luego valorada por la Cámara en lo Criminal de 1ra. Nominación, no alcanzó el estándar de certeza requerido para una sentencia de condena “más allá de toda duda razonable”, por los motivos que paso a exponer.

Preliminarmente, siendo motivo de agravio por la recurrente la inobservancia de las reglas de la sana crítica racional en la valoración de la prueba respecto del hecho por el que se condenó a Vizcarra, corresponde aplicar al caso en examen la doctrina adoptada por la Corte

Corte de Justicia de Catamarca

Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal” (*Fallos* 328:3399), en lo atinente al alcance que debe asignarse al recurso de casación contra una sentencia condenatoria, en función de lo establecido en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el fallo citado la Corte sostuvo que: “(...) No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto”. En ese sentido el máximo tribunal, haciendo referencia a la opinión vertida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dijo que: “(...) Es ésta la interpretación que cabe asignar a la conocida opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se indica que "el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado" (Informe 24/92 "Costa Rica", Derecho a revisión del fallo penal, casos 9328, 9329, 9884, 10131, 10193, 10230, 10429, 10469, del 2/10/1992)” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro -s/robo simple en grado de tentativa- causa n° 1681C", 20/09/2005, páginas 18/25).

Sentado ello, cabe aclarar que, en nuestro sistema normativo, el principio de inocencia de las personas se sostiene como una garantía hasta tanto y, a través del debido proceso legal, se pruebe más allá de toda duda razonable la realidad de la imputación que pesa sobre ellas.

Si bien en los casos de delitos contra la integridad sexual con víctimas menores de edad existen dificultades probatorias por la propia naturaleza del hecho a investigar, esto exige de los funcionarios judiciales un

mayor esfuerzo. Esto significa trabajar mejor, no peor. Estas circunstancias exigen una investigación más cuidadosa y meticulosa respecto de las normas procesales y las garantías constitucionales para no poner en riesgo el resultado de ese trabajo y sobretodo no exponer innecesariamente a las víctimas a procesos que no sean absolutamente respetuosos de los derechos de todas las personas involucradas en él.

En este contexto, cabe destacar que la posibilidad, por parte del acusado, de controlar y producir prueba integran el derecho de defensa que le asiste durante la tramitación del proceso y que, durante el juicio, en virtud del principio de igualdad, deviene una garantía de ineludible observancia.

Analizando el caso que nos ocupa, advierto que el derecho de defensa del imputado se vulneró en varios momentos.

En primer lugar, en lo vinculado a la declaración de la menor. Si bien a fs. 16 obra diligencia de notificación telefónica al defensor, firmada por un Secretario, la misma es del 11/6/21 y respecto al decreto de fs. 3, fechado el 10/6/21. Allí, la agente fiscal ordena diversas medidas, entre las cuales se encuentra la de “repcionar declaración expositiva a la menor de edad, C.A.A.A., (...) previo cumplir con la acordada, en sede de la fiscalía penal el 11/6/21 a horas 9:30”. Es decir, se fijó la declaración de la menor para el día siguiente en la que fue ordenada y se notificó al defensor oficial el mismo día de la audiencia, sin la antelación que amerita el caso, cuando no surge del expediente que haya existido un impedimento para notificar la medida inmediatamente. De hecho, conforme constancias de f. 04, la Sra. C.A.A. fue notificada el día 10/06/21 a las 15.30 hs.

Asimismo, por tratarse de una presunta víctima menor de 16 años, entiendo que cuando el decreto se refiere a la acordada, lo hace a la número 4132 que regula, justamente, el uso de la cámara gesell y en el supuesto de que exista una imposibilidad de utilizar ese dispositivo, se establece el

Corte de Justicia de Catamarca

cumplimiento de las pautas previstas en el Anexo II de la Acordada. En este sentido, si la fiscal consideró que no era posible llevar adelante la medida en Cámara Gesell (en la primera circunscripción judicial), de lo cual no existe constancia en el expediente; contaba con una profesional psicóloga que le permite dar cumplimiento a lo establecido en el punto 3 del Anexo II y punto 8) del Anexo I. Noto así otra irregularidad.

La acordada 4132 se dictó, precisamente, a los fines de que víctimas y testigos menores de 16 años al momento de prestar declaración, lo hagan en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados de su edad y llevado adelante por profesionales especializados; situación que no se verificó en la causa, en este caso ni siquiera presenció la audiencia la psicóloga interviniente (f. 19/vta.). Sin embargo, momentos antes de la declaración, realizó una entrevista con la niña que le permitió afirmar en el oficio entregado en la fiscalía el día 11/6/21 a las 9:00 hs. que se encontraba en condiciones psicológicas y emocionales para prestar declaración ante la fiscalía.

De igual modo, surge que cuando la licenciada se expide respecto a las condiciones psicológicas y emocionales de la niña para declarar, cita la acordada 4132 para que preste declaración ante la fiscalía. Es decir, cita una norma a la cual no da cumplimiento, pues la declaración en dicha dependencia judicial y en las condiciones en que fue llevada a cabo, no es el mecanismo establecido por la acordada. Por el contrario, el anexo I en el punto A.8. expresamente dice lo siguiente: “Las víctimas y/o testigos serán entrevistados por un psicólogo perteneciente al Poder Judicial, el que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes y brindará al niño o incapaz un clima de confianza y distensión dentro de la cámara gesell (...). No deberá, en ningún caso, ser interrogado el menor en forma directa por el fiscal de instrucción, magistrado o por las partes”. Esta disposición de la Corte de Justicia se fundamenta tanto en evitar procedimientos que impliquen la

revictimización, como en el respeto de los derechos y garantías fundamentales de los imputados.

En este sentido, estimo que no puede pasar desapercibido el modo en que fue tomada la declaración de C.A.A.A., donde no sólo no se le dio posibilidad a la defensa del acusado de tener la participación correspondiente –por la escasa anticipación en la notificación-, sino que, además, fue receptada en una fiscalía y ante la ausencia de psicóloga o especialistas, en términos totalmente desatinados pues, se lleva adelante con las formalidades establecidas para personas adultas, mayores de edad. A saber: según lo plasmado en el acta, se le pregunta por las generales de la ley, se le lee íntegramente el acta en voz alta, haciéndole saber el derecho que le asiste, a lo que la menor, supuestamente, contesta que entiende y, además de todo esto, se le hace firmar el acta. Aún más insólita es la manifestación plasmada al final del acta que textualmente dice: “...haciéndole saber el derecho que le asiste a leer por cierto su declaración Expositiva, así lo hace y de conformidad, firmando la compareciente...”. Lo expuesto, a una niña de 5 años de edad.

Ante tales circunstancias, considero que no se resguardó a la menor de ser revictimizada en el procedimiento y se la privó de exponer lo eventualmente sucedido en un ámbito especialmente acondicionado a esos afectos. En este aspecto coincido con la doctrina que sostiene que “el actuar deficiente de los órganos jurisdiccionales tanto en la manera en que se oye al menor, como en los modos de su integridad psicofísica durante el transcurso del proceso, puede derivar en su nueva victimización (revictimización) o victimización secundaria (la primera es aquella provocada por el delito)” (Manzano, Abelardo M., *Delitos de género y violencia sexual*, Advocatus, ed. 2022, Córdoba, tomo II, página 138).

Cabe aquí un fuerte reproche a los representantes del Ministerio Público, en tanto la fiscal ordenó y llevó adelante la declaración de

Corte de Justicia de Catamarca

una niña en las circunstancias relatadas, la Asesora de Menores la presenció sin hacer observación alguna y la defensa oficial no asistió.

A su vez, el acta de inspección ocular realizada en el inmueble donde se denuncia que sucedieron los hechos fue realizada el día 10/06/21 a las 17 hs. conforme consta a f. 08, previo a la notificación al defensor que se realizó al día siguiente.

Por otro lado, advierto que en la prueba pericial psicológica se comete nuevamente una irregularidad. A f. 17 obra oficio remitido a la licenciada en psicología a efectos de que realice una pericia en la menor CAAA; cuyo informe es incorporado a fs. 35/36vta. De las actuaciones, no surge constancia de notificación alguna a la defensa del acusado de la fecha en la que se cita a la menor para entrevistarla, conforme lo normado por los artículos 245 y 246 del CPP. Resulta necesario recordar que tales artículos regulan precisamente el nombramiento, notificación y designación de peritos y peritos contralor.

Por otra parte, es de advertir que la fecha en que se realizó la entrevista para concluir de la manera que lo hizo la psicóloga, fue el 11/06/21, la misma ocasión en la que se realizó la evaluación previa a su declaración expositiva ante la fiscalía. Teniendo en cuenta que dicha entrevista se realizó antes de las 9 de la mañana, horario en el cual la psicóloga entregó su informe ya elaborado y firmado en la fiscalía, conforme consta a f. 18/vta, cabe preguntarse cuán exhaustivo y minucioso fue el examen de la niña en tan escaso tiempo para arribar a las conclusiones volcadas en el informe que será luego elemento de prueba fundamental para la condena que se recurre. Por otra parte, insisto, a la defensa no se le notificó la realización de la pericia, sino que le fue notificado su resultado, de acuerdo a la diligencia obrante a f. 44.

Una situación similar se verifica respecto a la pericial psiquiátrica, cuyo resultado sólo es notificado a la fiscal de instrucción (fs. 84/86 y 87/88) y no a la defensa.

Sin adentrarme en el contenido de las pericias mencionadas, estimo que el derecho de defensa del imputado que, reitero, implica la posibilidad de controlar y producir prueba, se constata claramente vulnerado y restringido durante la etapa de instrucción respecto al hecho que se le endilga.

Así las cosas, el juez al momento de analizar si se tiene por probado el hecho, su autoría material y la responsabilidad del acusado, se refiere a la declaración de la progenitora, a la realizada por C.A.A.A. ante la agente fiscal y la prueba pericial psicológica. Estos elementos probatorios si bien pueden ser considerados suficientes en un caso concreto para sustentar una condena, no pueden serlo en este caso, en el que no se ha respetado el derecho de defensa del acusado. En este sentido, si bien entiendo que no habría motivos para dudar de la veracidad de los testimonios, ellos deben ser valorados relacionándolos con otros elementos probatorios, debidamente producidos e incorporados en el proceso, que los respalden y corroboren. Es decir, que permita visualizar un cuadro probatorio de entidad suficiente que no deje lugar a la duda razonable que el hecho acaeció como se formula la acusación.

En conclusión, más allá de considerar que el juez incurrió en una errónea valoración de la prueba para tener por acreditada la materialidad del hecho y la responsabilidad del acusado con sustento en lo señalado, aprecio que el proceso judicial padeció diversas irregularidades en el transcurso de la investigación, las cuales no deberían haber culminado con una sentencia condenatoria tal como lo hizo.

Adhiero a lo seguido por la doctrina respecto a que: “Es cierto, tangible y forma el cimiento del derecho procesal penal, es el derecho de defensa. Claro está decir que si partimos inexorablemente de que la víctima dice la verdad es muy poco el camino defensivo que se puede transitar. Esta prueba de cargo necesita corroboración, la que no es una prueba complementaria, sino datos objetivos que le dan un fuerte tono de credibilidad.

Corte de Justicia de Catamarca

La constitución argentina reconoce este derecho en su art. 18. A su vez la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 8, menciona este derecho y las “garantías judiciales”. En su ap. 2 establece: toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. (...). Visto así el derecho de defensa es una emanación de la dignidad personal del imputado y también un requisito indispensable para asegurar el desarrollo de un proceso justo (...). Es que si de igualdad se trata la defensa es un imperativo (art. 14.3 y conc. PIDCP) que debe ser pleno para que exista paridad de armas entre el acusador y el ciudadano común que tiene que poder intervenir, ser escuchado, estar presente, etc.” (Parma Carlos, Valoración de la prueba en los delitos sexuales, Hammurabi, ed. 2022, Bs. As., página 102).

Además de lo expuesto, es necesario resaltar la falta de diligencia observada por el ministerio público fiscal a pesar de que pesa sobre sus integrantes la obligación de poner en estos casos la mayor diligencia posible conforme lo establecen los tratados internacionales que obligan a nuestro país. En esta inteligencia la fiscalía pudo y debió observar en la tramitación de la causa las garantías constitucionales y el deber de diligencia reforzada. No lo hizo. La consecuencia de ello es una investigación deficiente que desemboca inevitablemente en un lamentable estado de duda que no permite arribar a una decisión que, respetuosa de la constitución y los tratados internacionales incorporados a ella, dilucide los hechos denunciados por C.A.A.A.

Por todo lo expuesto, estimo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del Señor Juan Ramón Vizcarra, casando la sentencia definitiva n°129/22, en todo lo que fuera materia de agravios. Así voto.

A la Segunda cuestión, el Dr. Martel dijo:

Comparto los fundamentos y solución brindados por la Dra. Rosales Andreotti. Por tal motivo, adhiero a su voto y lo hago en el mismo sentido.

A la Segunda cuestión, la Dra. Gómez dijo:

Entiendo acertados los argumentos y la solución que deciden correctamente la presente cuestión. De conformidad a ello, adhiero al voto de la Dra. Rosales y lo hago en idéntico sentido.

A la Segunda cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

Llamado a votar en sexto lugar, conforme el acta de f. 19 y decreto de fs. 22, el Sr. Ministro que lidera el acuerdo da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a los fundamentos y conclusiones de su voto, como también a las consideraciones vertidas en ese sentido por la Sra. Ministra Dra. Saldaño. Así voto.

A la Segunda cuestión, el Dr. Lozano dijo:

Entiendo acertados los fundamentos y conclusiones emitidas por el Sr. Ministro Dr. Figueroa Vicario, por ello, adhiero a su voto y lo hago en idéntico sentido.

Por los resultados del acuerdo que antecede y por Mayoría (Dres. Figueroa Vicario, Saldaño, Cáceres y Lozano), la CORTE DE JUSTICIA DE CATAMARCA,

RESUELVE:

1º) Declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por Juan Ramón Vizcarra, con la asistencia técnica de la Dra. Sonia Valeria Olmedo -Defensora Penal de 3º Nominación-, en contra de la sentencia n.º 129/22 dictada por la Cámara Criminal de Primera Nominación.

2º) No hacer lugar al recurso de casación interpuesto, y confirmar la resolución impugnada.

3º) Sin costas (arts. 536 y 537 del C.P.P.).

Corte de Justicia de Catamarca

4º) Téngase presente la reserva del caso federal.

5º) Protocolícese, hágase saber y, oportunamente, bajen estos obrados a origen, a sus efectos.

FIRMADO: Dres. María Fernanda Rosales -Presidenta-, Carlos Miguel Figueroa Vicario, Fabiana Edith Gómez, José Ricardo Cáceres, Rita Verónica Saldaño, Néstor Hernán Martel y Miguel Ángel Lozano (s/l). **ANTE MI:** Dra. María Fernanda Vian -Secretaria- **ES COPIA FIEL** de la sentencia original que se protocoliza en la Secretaría a mi cargo. Doy fe.