En la ciudad de Formosa, Capital de la Provincia del mismo nombre a los dieciocho días del mes de mayo del año dos mil dieciséis, se reúne en la Sala de Audiencias "Dr. Juan José Paso", el Excmo. Superior Tribunal de Justicia, bajo la Presidencia del Señor Ministro, Dr. Guillermo Horacio Alucin y con la asistencia de los Señores Ministros, Dres. Eduardo Manuel Hang, Ariel Gustavo Coll, Ricardo Alberto Cabrera y Marcos Bruno Quinteros, constituidos en **TRIBUNAL DE CASACIÓN**, para pronunciar **SENTENCIA** en el **Expte. Nº 20 – FºNº 14 – Año 2015, registro de la Secretaría de Recursos, caratulado: "F.R.A S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO"**, venidos para resolver el **RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto a fs. 156/161 por la **Señora Defensora Oficial de Cámara Nº 1, Dra. Claudia I. Carbajal Zieseniss, contra la SENTENCIA Nº 11.733 – Tomo 2014**, dictada por la **Excma. Cámara Primera en lo Criminal**, a fs. 147/151 y en cuanto condenó a su defendido, R.A.F. a la pena de ocho (8) Años de prisión e Inhabilitación Absoluta por igual tiempo, demás accesorias legales y costas, como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal Calificado por el vínculo de parentesco con la víctima (cf. arts. 12, 19, 40, 41, 119 tercer y cuarto párrafo inc. d) y 29 inc. 3º, todos del Código Penal). **EL ORDEN DE VOTACION** de conformidad a lo dispuesto en el artículo 25º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y sus modificatorias y artículo 126º del Reglamento Interno de la Administración de Justicia, es el siguiente: **1er Término**: Ariel Gustavo Coll, **2do Término**: Dr. Eduardo Manuel Hang; **3er Término**: Dr. Ricardo Alberto Cabrera; **4to Término**: Dr. Marcos Bruno Quinteros y **5to Término**: Dr. Guillermo Horacio Alucin; y,

CONSIDERANDO:

El Señor Ministro Dr. Ariel Gustavo Coll, dijo:

Que habiéndose realizado la Audiencia de informes prevista en el artículo 433 del Código Procesal Penal, vengo a emitir mi voto respecto al Recurso de Casación promovido por la Sra. Defensora Oficial de Cámara Nº 1 a fs. 156/161 contra la Sentencia Nº 11.733 - Tomo 2014 dictada por la Excma. Cámara Primera en lo Criminal a fs. 147/151 y en cuanto condenó a su defendido, R.A.F. a la pena de Ocho (8) Años de prisión e Inhabilitación Absoluta por igual tiempo, demás accesorias legales y costas, como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal Calificado,

por el vínculo de parentesco con la víctima (cf. Arts. 12,19,40,41,119 tercer y cuarto párrafo inc. d) y 29 inc. 3º, todos del Código Penal).

Que el Recurso de Casación presentado, contiene dos grandes agravios que deben analizarse separadamente, tal como lo postuló la Defensa en la Audiencia de Informes ante este Tribunal.

El primero de ellos, refiere a la nulidad planteada del acto concretado a fs. 6/vta., por la autoridad policial que intervino primariamente en la investigación del hecho, consistente en el secuestro de una prenda íntima de su asistido, sin las formalidades que exige el artículo 207 del CPP, fundamentalmente la inexistencia de auto fundado dictado por el Juez de Instrucción, para concretar esa diligencia, no constando tampoco la firma del imputado en el acta que materializa la misma. Al considerar nulo el acto, mal puede invocarse como elemento de prueba en contra de su defendido, el informe posterior que realiza el Servicio de Huellas Digitales de la Universidad Nacional de Buenos Aires a fs. 73/74, ampliado luego a fs. 87, sobre la prenda secuestrada en aquella ocasión.

El segundo agravio, apunta a descalificar la motivación de la sentencia, indicando que todo el razonamiento de los Jueces, gira en torno a una única declaración, la de la menor víctima, en tanto los aportes testimoniales de su madre y de sus hermanas, no son más que meras repeticiones de lo que manifestó la víctima, insuficientes, a criterio de la Defensa, para lograr la certeza sobre la participación de R.A.F. en el hecho que se le atribuye y en tanto del informe médico legal que acredita la existencia de relación sexual en la menor, no se puede inferir que aquel sea el autor.

Al momento de informar ante este Tribunal, reitera los argumentos dados en el Recurso de fs. 156/161, incluyendo la objeción al informe pericial psicológico realizado sobre la menor víctima, fundado en que fue realizado por la misma profesional que la asistió al prestar declaración testimonial en la causa en los términos del art. 227 bis del CPP y agregando que, respecto al secuestro de la prenda íntima, sobre cuyo acto planteara nulidad, tampoco se respetó la cadena de custodia, lo que pudo incidir en el resultado.

Que el Sr. Procurador General Subrogante, al momento de intervenir en la Audiencia de Informes, se opuso al Recurso de Casación planteado, señalando en primer lugar, que la objeción fundada en las deficiencias que pudo tener la cadena de custodia de la prenda íntima del acusado, secuestrada en autos, no debe ser considerada, por haberse introducido extemporáneamente en la audiencia de informes, siendo un planteo novedoso que debe ser desestimado inmediatamente. Por lo demás, califica de procesalmente correcto el secuestro de aquella prenda, por aplicación del art.

168 del CPP, habiéndose respetado la formalidad que exige el artículo 122 del mismo cuerpo legal y respecto a la motivación de la sentencia, señala que la Defensa omite indicar por qué habría mentido la menor víctima sobre un hecho que tan gravemente la afectara; refiere a la credibilidad de la misma y distingue el contenido de las declaraciones testimoniales de su madre y de sus hermanas, en cuanto aluden al estado emocional en el que se encontraba la víctima momentos después del hecho, calificando de contundente el informe pericial del Servicio de Huellas Digitales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, cuando encontró rastros del ADN de la víctima en la prenda íntima del acusado, replicando la objeción de la Defensa sobre el doble rol de la Psicóloga Forense que intervino en la declaración de la menor por mandato del artículo 227 bis del CPP y luego realizó la Pericia Psicológica solicitada por el Juez de la causa, en tanto así está previsto que ocurra en el Protocolo Interinstitucional para el Acceso a la Justicia de Niños, Niñas y/o Adolescentes Víctimas o Testigos de Violencia, Abuso Sexual y Otros Delitos, aprobado por el Superior Tribunal de Justicia.

Que a fs. 184, la Sra. Asesora de Menores de Cámara, Dra. María Fátima Pando, solicitó el cese de la intervención que vino teniendo en autos, hasta este momento, invocando que la menor víctima ya es mayor de edad, por lo que corresponde el cese de la participación del Ministerio Pupilar, pedido que fue aceptado por Presidencia a fs. 185.

Que respecto al primer agravio planteado por la Defensa, al impugnar el acta de secuestro de fs. 06/vta., a partir de donde construye toda su pretensión nulificadora, la promotora del Recurso de Casación califica al acto como una requisa, entendiendo que resulta aplicable el art. 207 del Código Procesal Penal. El Ministerio Público Fiscal, sostiene que la diligencia cumplida se enmarcó dentro de las atribuciones que el artículo 168 del CPP, confiere a la autoridad policial, cumpliéndose para el caso, las formalidades del artículo 122 del mismo cuerpo legal.

El artículo 207 del ritual, indica que el Juez ordenará la requisa de una persona, mediante decreto fundado, "*siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito*". La misma norma señala luego los demás requisitos del acto, entre ellos la invitación a que lo muestre voluntariamente y finalmente, la firma del requisado en el acta que a tal fin se instrumente. El interrogante que cabe realizar en esta ocasión, es si el bóxer que estaba utilizando el acusado al momento de estar detenido, porque la diligencia se practicó en la Comisaría de

Ingeniero Juárez, puede considerarse como una *cosa oculta en su cuerpo y que esa cosa esté relacionada con el delito que se está investigando*.

Entiendo que claramente no es una requisita en los términos de la norma citada. Las prendas de vestir que cualquier persona lleva consigo, no son objetos ocultos, mas allá de que culturalmente se distinga entre ropa interior y exterior, pero no puede equipararse al ánimo de ocultar que el sujeto indicado en el art. 207 del CPP puede tener respecto a objetos determinados, que él esconde conscientemente y de alguna manera en su cuerpo, porque sabe que tiene relación con un delito concreto. "*La requisita personal se practica sobre el cuerpo de una persona*", buscando "cosas que están en su poder (carteras, maletas, portafolios, bolsos de manos, etc.)" y que guarden relación con el delito que se investiga. (Rubianes, Carlos; Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo II, pág. 265/266, Ed. Depalma, 1977, Buenos Aires).

No está de más recordar el contexto en que se materializa el acta de fs. 6/vta. Se había radicado una denuncia por abuso sexual a las 12:20 horas del día 14 de Julio de 2012, en la Comisaría de Ingeniero Juárez, atribuyéndose concretamente el hecho a R.A.F. a las 13:00 horas del mismo día se detiene al imputado en su domicilio, lugar en el que lo encontraron durmiendo (fs. 03/vta.); a las 15:10 hs. se hace una inspección ocular donde se habría consumado el hecho denunciado (fs. 04/05) y a las 15:30 hs. se solicita al denunciado que entregue su prenda íntima, haciéndolo voluntariamente de acuerdo al acta que, para la ocasión, se realizó de acuerdo al artículo 122 del CPP, tal como sostuvo el Sr. Procurador General Subrogante, diligencia que a su vez se le recordó al imputado al momento de comparecer para prestar declaración indagatoria ante el Juez de la causa (fs. 28/vta.) manifestando que comprendía el alcance de las medidas de prueba realizadas durante la investigación policial, sin objeción alguna.

La actividad cuestionada por la Defensa, tuvo amparo en el artículo 168 del CPP, no se corresponde con un acto formal de requisita y contó con el consentimiento del acusado, en el momento de realizarse y ratificado posteriormente al comparecer para prestar declaración indagatoria. No se advierte entonces, vulneración alguna a la garantía constitucional de defensa en juicio, la que estuvo debidamente preservada a lo largo de todo el proceso.

Relacionado con lo anterior, el agravio novedoso planteado por la Defensa, al momento de alegar en la Audiencia de Informes ante este Tribunal, sobre la vulnerabilidad de la cadena de custodia respecto a la prenda íntima secuestrada, tal como lo sostuvo el Sr. Procurador General Subrogante,

no debe ser considerado por no haberse planteado ni en el momento del Debate ante la Cámara Primera en lo Criminal (fs. 142/145) ni en el Recurso de Casación que ahora nos ocupa (fs. 156/161), no respetándose tampoco la formalidad prevista en el art. 431 del ritual.

El segundo agravio se corresponde con la estructura argumental de la sentencia. Considera la Defensora que todo el fundamento para la condena gira circularmente en torno a una única declaración, cual es la de la menor víctima, porque señala que los posteriores testimonios, tanto de su madre como de sus hermanas, se limitan a repetir lo que la víctima dijo. En ese marco, dice la Defensa que "los dichos de la menor como todos advertimos y surge claramente de las constancias, carece de la congruencia y seriedad mínima necesaria para erigirse en fundamento de una sentencia" (fs. 160).

Precisamente, una atenta lectura a las constancias de autos, como exige el precedente "Casal" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conduce a una conclusión distinta a la expuesta por la Defensa.

Lo primero que corresponde señalar es que la cuestión planteada remite al conocido debate sobre la credibilidad de las víctimas de delitos sexuales, sobre todo cuando, por la naturaleza del hecho, éste se consuma en lugares apartados, ocultos o cuanto menos alejados de terceros.

Sin embargo, la evolución de la psicología forense ha elaborado criterios y/o pautas que deben tenerse en cuenta al momento de resolver casos judiciales. No todo queda o puede quedar en la mera voluntariedad de la creencia o no del testimonio de la víctima, existen hoy estudios científicos que permiten una mayor aproximación al tema y que para los Jueces constituyen herramientas necesarias para la resolución de este tipo de conflictos.

En el blog "Psicología Jurídica Forense" se puede encontrar el Análisis de Contenido Basado en Criterios (conocido como CBCA), que *"parte de un procedimiento mucho más general denominado Evaluación de la Validez de las Declaraciones (Statement Validity Assessment- SVA) (Sporer, 1997; Ruby y Brigham, 1997). El SVA tiene tres partes fundamentales: a) Una entrevista forense semi-estandarizada b) el análisis de la transcripción de la entrevista a través de los criterios del CBCA y c) la Lista de Validez"*. Una vez realizados estos procesos, *"el investigador debe catalogar la declaración como: creíble, probablemente creíble, indeterminada, probablemente increíble e increíble"*.

Lo primero que se examina son *"las características generales de la declaración y requieren el examen de la declaración como un todo, ya que*

los criterios se refieren al testimonio completo. Estos criterios constituyen un primer paso en el análisis y se pueden evaluar sin referencia a los detalles del contenido de la declaración. El primero de los criterios es la estructura lógica que aparece cuando los diferentes detalles en una declaración describen de forma independiente el mismo curso de evento, es decir, si la declaración completa encaja. La producción desestructurada se basa en que los testimonios falsos suelen presentarse de una manera continuamente estructurada y generalmente cronológica. Además, la declaración debe contener una cantidad suficiente de detalles para que sea posible proceder a su análisis, por ejemplo, sobre la localización, personas, objetos y acciones implicados en el abuso".

Del mismo modo "la aparición en el relato de descripciones de interacciones referidas a la agresión sexual entre el agresor y el menor es un indicativo de credibilidad, de igual modo que si reproduce conversaciones mantenidas con el agresor en el transcurso de la agresión o en conversaciones relacionadas con ella".

Asimismo, "la aparición en la declaración del menor de detalles inusuales o únicos con visos de realidad son un indicativo de la realidad de la declaración. Ya que su probabilidad de ocurrencia es muy baja, no es esperable su aparición en relatos inventados. También los detalles superfluos narrados por el menor son un indicativo de realidad, ya que cuando una persona miente no es probable que se invente detalles que son irrelevantes para la acusación. Tampoco es esperable encontrar en relatos inventados alusiones al estado mental del menor ni al del agresor. La alusión a sentimientos, emociones u otros estados mentales de los implicados en la agresión se consideran indicadores de realidad en cuanto que no se espera que estén presentes en relaciones ficticias" (cf también Manzanero, A.L. y Muñoz, J.M. (2011). "La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales", en Psicología del Testimonio, página de la Facultad de Psicología de la Universidad Complutense de Madrid.

El mismo autor, Antonio Manzanero, revela también el componente emocional de la declaración, lo que indicaría un aumento de la probabilidad de que se describa un hecho real (en Psicopatología Clínica Legal y Forense, Volumen 1, Nº 2, 2001, pág. 54, eprints.ucm.es/6189/1/psicopatologia.pdf).

Un último aspecto a considerar es por qué, en algunas situaciones, pueden producirse denuncias o relatos falsos, algo que la Defensa sostiene con énfasis en su recurso, pero que no solamente no acredita sino que

tampoco ensaya explicación alguna. *“La tendencia o proclividad a la radicación de falsas denuncias, erróneas denuncias o denuncias inducidas, suelen darse en casos de divorcio o disputas por la tenencia de hijos menores”* y así se han sistematizado tres situaciones: *“a) el enojo o conflicto de un niño con su padre o madre; b) los trastornos psiquiátricos del adulto progenitor que realiza la denuncia y c) cuando la acusación se produce en el marco de un divorcio que presenta problemas en cuanto a la tenencia y visita del menor”* (de la Ponencia presentada en el XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología de Guayaquil, año 2005, por Leonardo Fillia, Romina Monteleone y Carlos Sueiro, en www.revistaprocesopenal.com.ar/articulos-pdf/.../abuso-sexual). Claramente ninguna de esas tres situaciones se constata en autos.

A partir de todos estos conceptos, podemos afirmar, con las constancias procesales que tenemos a disposición, que la declaración de la menor víctima, vertida a fs. 53/54 con los recaudos legales correspondientes, tiene alta credibilidad, no solamente porque desde un primer momento, (como surge del informe médico de fs. 23/24, que refiere el estado emocional de la menor, una hora aproximadamente después de haber sido abusada), sino en instancias anteriores y posteriores a ese examen, tal como lo describen sus hermanas E.Y.F. (fs. 31/32) y L.N.F. (fs. 33/vta.), como así su madre E. T. (fs. 29/30vta.), estuvo fuertemente angustiada, como consecuencia inmediata del hecho, evidenciándose aun varios días después “signos de tensión elevada y presión emocional, como también de evasión del conflicto interno” (véase pericia de fs. 56/57). En el relato de la menor, aparecen indicadores sobre aquellas ya mencionadas *“descripciones de interacciones referidas a la agresión sexual entre el agresor y la menor”* que constituyen indicativo de credibilidad, de igual modo que al *“reproducir conversaciones mantenidas con el agresor en el transcurso de la agresión o en conversaciones relacionadas con ella”*, como cuando relata los dichos del acusado, el pedido de éste de que no lo denunciara, la aceptación del pedido como manera de escapar de la situación, los detalles referidos a la moto utilizada para llevarla al lugar donde se consumó la agresión sexual, la modalidad de ésta, el intento de correr en un momento dado, siendo alcanzada por el acusado cayendo de rodillas (de lo que da cuenta las lesiones informadas a fs. 23/24), el estado de ebriedad en el que se encontraba el acusado, habiendo sentido el aliento etílico que luego se informa a fs. 10vta., las características del lugar donde fue abusada, que coincide con la descripción que posteriormente hace la policía a fs. 4, donde advierte rastros de forcejeo, son todos datos que

por cierto corroboran la versión de la víctima, sin perjuicio de considerar que la Defensa no explica por qué razón, de haberse producido una relación consentida o consumada con otra persona, la menor, una vez de regreso en su hogar, alejada de toda intimidación, llama desesperadamente a su hermana para contarle, en medio de una crisis de llanto, todo lo sucedido, sin dejar de considerar que, en el caso, el agresor era su propio hermano (vínculo acreditado a fs. 48/49), lo que pudo haber generado un mayor grado de angustia, desde que quien culturalmente está llamado a defenderla, es quien se convierte en su agresor.

Si a ese cuadro se agrega el informe médico de fs. 23/24 que acredita la relación sexual reciente, en el modo que lo describe la menor, la pericia psicológica de fs. 56/57 y el informe del Servicio de Huellas Digitales de la U.B.A., que acreditó que en el bóxer del acusado se encontraron rastros genéticos compatibles con el ADN de la víctima (fs. 73/74 y fs. 87), el cuadro probatorio no admite fisuras y el fallo impugnado es una impecable derivación de las pruebas incorporadas válidamente a la causa.

Finalmente, la Defensa impugnó la doble intervención de la Licenciada en Psicología Patricia Castro, del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial, al asistir a la menor víctima en la declaración prestada a fs. 53/54 (cf. *art. 227 bis del CPP*) y posteriormente, realizar la pericia psicológica requerida por el Juez de la causa y presentada a fs. 56/57. Por cierto que, como bien lo sostuvo el Sr. Procurador General Subrogante en la Audiencia de Informes, la impugnación no puede prosperar, porque justamente el Protocolo Inter-institucional para el Acceso a la Justicia de Niños, Niñas y/o Adolescentes Víctimas o Testigos de Violencia, Abuso Sexual y otros delitos, aprobado por el Superior Tribunal de Justicia mediante Acuerdo 2734 punto 4º, justamente propicia que "la misma sea encomendada al mismo profesional a cargo de la Recepción de la Declaración Testimonial y se efectúe en una etapa posterior a la misma, con el objeto de evitar la posible contaminación del relato", (páginas 24/25 del Protocolo que se encuentra incorporado al *link* "Legislación" de la Página web del Poder Judicial de Formosa).

Por todo lo expuesto, voto por rechazar el recurso de casación planteado, confirmar la sentencia impugnada, sin regulación de honorarios por haber actuado la Defensora Oficial.

El Señor Ministro Dr. Eduardo Manuel Hang, dijo:

Conuerdo con quien me precede en la votación en que la decisión merece confirmación.

En cuanto a la requisita, ella no requiere la orden judicial si la entrega resulta voluntaria, porque lo que se protege, al igual que en el allanamiento de morada, es la voluntad de la persona. El acuerdo personal, y en este caso lo hay, permite la actuación policial, que para el caso resulta autorizada por el art. 168 del rito penal. En una situación similar, la anuencia del dueño, autoriza el registro domiciliario sin orden (art. 13 Constitución Provincial.).

En lo que respecta a la declaración de la menor y a la circunstancia de que las de sus parientes son de oídas, es cierto eso; pero también debe tenerse en cuenta que lo que refieren los testigos de oídas se refuerzan entre sí y lo mismo en lo que hace al testimonio de la menor. Nótese que la niña llegó a la casa casi de inmediato y se explayó inmediatamente. Hay *notoria espontaneidad entonces en las testificales*.

En cuanto al tema de la denominada "cadena de custodia", más allá de su alusión procesal tardía, como lo he venido sosteniendo, no es otra cosa que un argumento que aparece como novedad procesal que ya era considerado por nuestros mayores procesalistas en lo que se llamaba, algo menos pomposamente, preservación de la prueba.

El Señor Ministro Dr. Ricardo Alberto Cabrera, dijo:

De conformidad a lo dispuesto en el art. 365 del Código Procesal Penal, me adhiero a las consideraciones y conclusiones arribadas por el Señor Ministro preopinante Dr. Ariel Gustavo Coll.

El Señor Ministro Dr. Marcos Bruno Quinteros, dijo:

Conforme a lo dispuesto en el art. 365 del Código Procesal Penal, me adhiero a las consideraciones y conclusiones arribadas por el Señor Ministro Dr. Ariel Gustavo Coll.

El Señor Ministro Dr. Guillermo Horacio Alucin, dijo:

De conformidad a lo dispuesto en el art. 365 del Código Procesal Penal, me adhiero a las consideraciones y conclusiones arribadas por el Señor Ministro preopinante Dr. Ariel Gustavo Coll.

Que con las opiniones concordantes de los Señores Ministros, Dres. Ariel Gustavo Coll, Eduardo Manuel Hang, Ricardo Alberto Cabrera, Marcos Bruno Quinteros y Guillermo Horacio Alucin, se forma la mayoría que prescribe el artículo 25 de la ley 521 y sus modificatorias y artículo 126 del Reglamento Interno para la Administración de Justicia, por lo que el,

EXCMO. TRIBUNAL DE CASACION

RESUELVE:

1º) Rechazar el recurso de casación planteado por la Defensora Oficial de Cámara Nº 1 a fs. 156/161, confirmando la sentencia impugnada Nº 11.733/14 perteneciente a la Excma. Cámara Primera en lo Criminal.

2º) *Sin regulación de honorarios por haber intervenido la Defensora Oficial.*

3º) *Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al tribunal de origen.*

DR. ARIEL GUSTAVO COLL

DR. EDUARDO MANUEL HANG

DR. RICARDO ALBERTO CABRERA

DR. MARCOS BRUNO QUINTEROS

DR. GUILLERMO HORACIO ALUCIN