

Fallo N° 6319/24 - 24/06/24

Tribunal: Superior Tribunal de Justicia - Secretaría de Recursos.

Carátula: “Coquero, Graciano s/Abuso sexual agravado y abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real”

Firmantes: Dres. Eduardo Manuel Hang, Marcos Bruno Quinteros, Guillermo Horacio Alucín, Ricardo Alberto Cabrera-en Disidencia-, Ariel Gustavo Coll-en Disidencia-.

Sumarios:

ABORÍGENES-DELITOS SEXUALES : INFORME ANTROPOLÓGICO CULTURAL

En los hechos cometidos por aborígenes, ellos exigen un informe de antropología cultural, máxime ocurriendo entre personas que comparten un medio cultural diferente. En tal sentido, la realización de un informe psicológico es de una ignorancia científica que llama la atención, pues se aplican rasgos culturales “freudianos” a quienes tienen una formación cultural diferenciada y significa en el fondo un dejar de lado a la persona del aborígen.

Hay que recordar que la Constitución Provincial, dice en el artículo 79 que se reconoce la entidad étnica y cultural de los pueblos aborígenes, agregándose otros derechos. En este caso, la identidad cultural de los involucrados en el hecho, autor y víctima han sido puntualmente olvidadas por un sistema cultural que, se considera superior. Va de suyo que la normativa local es protegida por el artículo 123 de la Constitución Nacional y tiene plena vigencia en el territorio provincial.

En definitiva, voto por anular la sentencia y devolverla para que al dictar sentencia se cumpla previamente con la Constitución Provincial. Voto del Dr. Hang.

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN : LÍMITES

Si bien los Jueces del debate son soberanos en el análisis de las pruebas sometidas y producidas frente a ellos, debe indicarse que el principio de inmediación no rige para las inferencias lógicas ni para las pruebas documentales ni para las realizadas sin la presencia física del Juez: en estos casos no existe ninguna razón para dar preferencia a las valoraciones del Juez de mérito sobre las del Juez de casación o apelación. El principio de inmediación no puede pervertirse y transformarse en una valla inexpugnable para el control de los hechos y las pruebas (Sarrabayrouse, 2022:479). Voto del Dr. Quinteros.

DELITOS SEXUALES-PRUEBA : DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

Debe recordarse que los delitos sexuales son un tipo de agresión que, en general, se producen en ausencia de otras personas, más allá de la víctima y la persona o personas agresoras, por lo que requieren medios de prueba distintos de otras conductas. En razón de lo anterior, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Voto del Dr. Quinteros.

DELITOS SEXUALES : ENCUADRE NORMATIVO

El estado de vulnerabilidad y discriminación en que persisten las mujeres y niñas ha sido reconocido en nuestro país mediante la firma y ratificación de Tratados Internacionales específicos para la protección de sus derechos, tales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Ese es el aparato conceptual que completa el núcleo básico de garantías constitucionales previstas en el artículo 18 de la Constitución Nacional, y que permite encarar de modo correcto la forma de entender la controversia y, por ende, de resolverla, toda vez que pueden variar la forma de apreciar los hechos, valorar las pruebas y/o interpretar y aplicar las normas jurídicas. Voto del Dr. Quinteros.

PROCESO PENAL-PERSPECTIVA DE GÉNERO : ANÁLISIS

El caso es una muestra del modo en cómo entran a jugar en nuestras sentencias actuales los principios liberales de un derecho penal de acto y que garantiza a la persona su unidad en base al respeto de garantías fundamentales dentro de un proceso criminal, por un lado y el intento de cumplir directrices tendientes a garantizar el bienestar de toda investigación y sanción de cualquier forma de ataque y violencia contra la mujer, por el otro lado. Además, corresponde señalar que en la causa, dado que el intento de revisión de la sentencia viene solicitado por el Ministerio Fiscal, no resulta aplicable la doctrina emergente de los precedentes Casal y Salto de nuestro máximo Tribunal Federal, sino más bien, se tornan operativas en plenitud las normas procesales, siempre dentro del marco de respeto a la directriz de análisis del caso con perspectiva de género. Disidencia del Dr. Cabrera.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA-SANA CRÍTICA RACIONAL : REQUISITOS

El sistema de valoración de la prueba apoyada en las reglas de la sana crítica racional es la que mejor traduce e interpreta un estado de derecho respetuoso de la dignidad de la persona humana; ahora bien, dichas reglas deben sortear con éxito tres exigencias constitucionales al momento de sustentar una condena: en primer lugar, la fundamentación de la cuestión fáctica; en segundo lugar, la investigación y la forma en que se obtienen los testimonios de la víctima presunta de abusos sexuales; y, en tercer lugar, la elaboración y su justo lugar en el proceso de los dictámenes psicológicos (Sarrabayrouse, E. - 2022. Valoración de la prueba, testigo único en los delitos contra la integridad sexual y el caso de las niñas y niños. En De La Fuente, Javier E. y Cardinali, Genoveva I. -Dir.-, Género y derecho penal, pp. 463-493. Rubinzal-Culzoni Editores. Página 473). Disidencia del Dr. Cabrera.

AUDIENCIA ORAL-INMEDIACIÓN : ALCANCES

Si el proceso moderno introdujo la oralidad y la intermediación, lo hizo con el fin de proporcionar más información que la deducible de documentos escritos. Es indudable que el Juez de mérito experimenta a lo largo de la audiencia oral una serie de impresiones e incluso de emociones. La cuestión central es qué conclusiones infiere de ellos y cómo las justifica y si dicho proceso mental queda consignado en la sentencia para su posterior contralor (conf. Sarrabayrouse, 2022:479). La conclusión es que la intermediación no puede constituirse en una excusa para que los Jueces eludan la valoración racional de la prueba: no basta con afirmar que se cree a un testigo (sin importar la clase de delito de que se trate) sino que esa creencia debe estar justificada. Disidencia del Dr. Cabrera.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL : VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Las dificultades probatorias en los casos de delitos contra la integridad sexual con víctimas menores de edad no deben conducir ni a la imposibilidad de condenar en estos procesos ni a un retorno al modelo de prueba tasada. Por el contrario, estos supuestos exigen mejores investigaciones, obtención de más elementos de prueba y el perfeccionamiento de tres grandes aspectos del proceso penal: la fundamentación de la cuestión fáctica de la sentencia, la manera en que se interroga a las presuntas víctimas y la correcta producción de los dictámenes psicológicos que los valoran; actos todos que no deben verse en forma aislada sino interrelacionada (Sarrabayrouse, 2022:492). Disidencia del Dr. Cabrera.

PRUEBA-VALORACIÓN : ALCANCES

La circunstancia de que la apreciación de la prueba esté regida hoy por el principio de la libre valoración no libera al jugador de vincular su razonamiento a reglas que pueden ser impuestas a un observador objetivo como un razonamiento vinculante válido intersubjetivamente y no como mero producto de la íntima convicción (Sarrabayrouse, 2022:465).

Valorar la prueba implica centrar la atención en la actividad del Juez de mérito y en su obligación de exponer las inferencias realizadas al ponderar las pruebas que le permiten considerar acreditado un hecho; es una forma de conocer su razonamiento, criticarlo y controlarlo. Disidencia del Dr. Cabrera.

REGISTRADA AL

TOMO 2024 FALLO 6319
del Libro de Sentencias

Fallo en extenso:

En la ciudad de Formosa, Capital de la Provincia del mismo nombre a los veinticuatro días del mes de junio del año dos mil veinticuatro, se reúne en la Sala de Audiencias "Dr. Juan José Paso", el Superior Tribunal de Justicia, bajo la Presidencia de su titular Dr. Guillermo Horacio Alucin y con la asistencia de los señores Ministros Dres. Ariel Gustavo Coll, Ricardo Alberto Cabrera, Eduardo Manuel Hang y Marcos Bruno Quinteros, constituidos en TRIBUNAL DE CASACIÓN, para pronunciar SENTENCIA en el **Expte. Nº 69 – Folio Nº 59 – Año 2023**, registro de la Secretaría de Recursos, caratulado: **"COQUERO, GRACIANO S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO EN CONCURSO REAL"**, venidos para resolver el **RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto en páginas 150/155 por la Sra. Fiscal de Cámara Nº 2, Dra. Norma Elizabeth Zaracho (págs. 150/155), contra la SENTENCIA Nº 13.630/23, obrante en páginas 139/147, dictada por la Cámara Segunda en lo Criminal, en virtud de la cual se resolvió condenar a Graciano Coquero a la pena de 4 (cuatro) años de prisión efectiva e inhabilitación absoluta por igual tiempo de la condena, por haber sido encontrado material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual sin Acceso Carnal Calificado por la situación de guardador, previsto en los arts. 45 y 119 primer párrafo en función del cuarto párrafo apartado b) del Código Penal. EL ORDEN DE VOTACIÓN de conformidad a lo dispuesto en el artículo 25º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sus modificatorias, y artículo 126 del Reglamento Interno de la Administración de Justicia, es el siguiente: **1er Término:** Dr. Ricardo Alberto Cabrera; **2do Término:** Dr. Eduardo Manuel Hang; **3er Término:** Dr. Ariel Gustavo Coll; **4to Término:** Dr. Marcos Bruno Quinteros y **5to Término:** Dr. Guillermo Horacio Alucin; y,

CONSIDERANDO:

El señor Ministro Ricardo Alberto Cabrera dijo:

Que a fin de fijar el marco de decisión que comprende la intervención de este Tribunal de Casación, señalo lo siguiente:

1. Que el 12 de mayo de 2023 la Cámara Segunda en lo Criminal dictó la Sentencia Nº 13.630/23 (páginas 139/147) por la que se dispuso, por voto en mayoría, condenar a Graciano Coquero a la pena de 4 (cuatro) años de prisión e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena, en virtud de haberlo encontrado autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual sin acceso carnal calificado por la situación de guardador, previsto y reprimido en el artículo 119 primer párrafo en función del cuarto párrafo apartado b) y artículo 45, todos del Código Penal.

2. En las páginas 150/155 la señora Fiscal de Cámara Nº 2, doctora Norma Elizabeth Zaracho, interpone recurso de casación buscando la modificación de la sentencia, al entender que se arribó a la pena impuesta a Coquero en base a una errónea aplicación de la ley sustantiva y en la medida que se trata de una sentencia condenatoria donde se impuso una pena privativa de

libertad (4 -cuatro- años) inferior a la mitad de la requerida (18 -dieciocho- años) por su parte.

2.1. En miras a argumentar sus agravios indica, en primer lugar, lo que denomina la irrazonable valoración de la prueba, lo que desemboca en el dictado de una sentencia arbitraria. Resulta pertinente indicar que éste y los demás agravios del Ministerio Público Fiscal se dirigen al voto mayoritario, al que achaca una errónea valoración sobre la prueba colectada en la causa, en particular, de la declaración de la niña víctima LAG.

La señora Fiscal cita la sentencia en el apartado en el que se consigna que *"...Analizando en concreto, según la declaración que obra agregada en pág. 24, la joven afirmó que hubo penetración en dos oportunidades en el mes de julio de 2020 y lo hace en los siguientes términos "...Después me violó, en el mes de julio de este año, empezó a...Cuando yo estaba dormida, pero yo no sentía nada porque estaba dormida...me hacía penetración..."*; *"...Yo estaba dormida y el me hablaba pero no escucho nada porque estoy dormida...estaba dormida..."*. Por tanto, es esta indefinición del relato, su falta de certeza, teñido de subjetividad, la contradicción que implica afirmar que ha existido penetración, pero que no sintió nada, ni escuchaba nada porque estaba dormida, la que ponen de manifiesto la incoherencia del relato y que le restan plausibilidad, siendo lo testimoniado más próximo a un estado onírico de la joven, que a la vivencia real de una agresión sexual" (textual, página 151). La señora Fiscal entiende que la valoración que ilustra el párrafo transcrito es parcial y responde a un enfoque incompleto de la declaración de la víctima, a la que, además, falta correlacionar con otros elementos de la causa, en particular, los informes psicológico y médico realizados a la misma.

En el análisis que hace la señora Fiscal de dicho testimonio (que dice estar en la página 247 pese a que la citada página no existe en estos obrados ni tampoco figura declaración alguna en las páginas 47 o 147) encuentra una marcada diferenciación entre los hechos en los que hubo acceso carnal y en los que no, indicando claridad espacio temporal, así como la indudable distinción entre tocamientos y manoseos y los actos de acceso. La señora Fiscal realiza una descripción minuciosa de la declaración y acusa al voto mayoritario de que prefirió marcar aparentes contradicciones antes que un análisis completo, exigiéndole a una niña originaria de la comunidad Pilagá, de 13 años, los estándares lingüísticos de una persona adulta y educada (sic. página 151 vta.). En lo particular, sostiene que la sentencia atacada le atribuyó a la menor LAG no saber diferenciar si fue o no accedida carnalmente, cuando del informe médico practicado a la niña se desprende que ésta presentaba una desfloración de larga data.

Apoyada en el informe psicológico de páginas 41/42 vuelta, la señora Fiscal sostiene que las aparentes contradicciones en el testimonio de la menor -base central de la acusación- en puridad, no son más que signos de la intensa presión emocional y de mecanismos de evasión defensiva que realizó para encarar la traumática situación vivida. Se menciona que la psicóloga determinó que la niña presentaba signos de esa intensa presión emocional, inmadurez afectiva,

temor y dificultades en la formación de identidad ante la necesidad de disociar sus sentimientos de las vivencias traumáticas.

Se explica en el informe -agrega- que el relato de la niña es creíble, verosímil, confiable y no presenta signos que reflejen la influencia de terceras personas en sus dichos. Pero, no obstante lo categórico del dictamen, el Tribunal entendió que el relato de LAG no era verosímil, apartándose de la prueba científica por su propio parecer.

Se argumenta en el recurso de casación la dificultad de probar este tipo de delitos, que normalmente ocurren en un ámbito de intimidad y privacidad, con lo cual -sostiene la Fiscal- la exigencia al momento de merituar la prueba central requería de un criterio que no disminuya las conclusiones de los informes médicos y psicológicos practicados a la niña y, sobre todo, su propia declaración testimonial y la de su madre. Habiendo actuado de esta manera los Magistrados de la Cámara Criminal, la sentencia incurre en arbitrariedad al afectar al principio lógico de razón suficiente, dado que de haberse valorado debidamente la prueba se hubiera llegado a un resultado opuesto al que finalmente se arribó.

2.2. Como segundo punto de agravio se sostiene la carencia absoluta en la sentencia de toda perspectiva de género al momento de dictar el fallo, violando así compromisos internacionales a los que se encuentra obligado el Estado Argentino.

Señala la Fiscal que la menor LAG pertenece a un colectivo que la hace triplemente vulnerable dada su condición de niña, mujer e integrante de una comunidad originaria. Sostiene la doctora Zaracho, que en este caso específico, una visión con perspectiva de género imponía considerar esas dificultades probatorias ya señaladas en los párrafos anteriores, dado que no puede esperarse contar con determinadas pruebas y no se pueden exigir otras. Debe existir una amplitud de criterio que permita atender esa triple vulnerabilidad.

No obstante, en el expediente -reseña la Fiscal- la menor se sobrepuso a esas circunstancias limitantes declarando con claridad las atrocidades de las que fue víctima; no obstante, el Tribunal fue totalmente ajeno al contexto en el que se envuelve y desenvuelve la causa. De nada sirve decir que se juzga con perspectiva de género si al momento de valorar la prueba se descarta sin más la palabra de la víctima, indagando con el afán de descubrir posibles inconsistencias antes de hacer una evaluación integral de dichos medios probatorios.

En el recuento de la normativa que entiende afectada por la sentencia menciona a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer -con rango constitucional-, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la Ley Nacional N° 26.485 -Protección Integral a las Mujeres- en su artículo 16 y las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad.

Para concluir, solicita se case la sentencia y se proceda a revocar el fallo atacado, se haga lugar a la acusación formulada por la Fiscalía de Cámara durante la audiencia de debate, condenando a Graciano Coquero a la pena

de 18 (dieciocho) años de prisión e inhabilitación absoluta por igual tiempo que la condena, al resultar material y penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante, en la modalidad continuada, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado, reiterado 2 hechos, conforme a los artículos 119, párrafos 2 y 3 en función del 4, inciso b) y 55, todos del Código Penal.

3. La Cámara Segunda en lo Criminal, concedió formalmente y mediante Resolución Nº 13.698 del 08 de junio de 2023 (páginas 157/157 vta.), el recurso de casación planteado por la causal prevista en el inciso 1) del artículo 422 del rito penal provincial.

4. Recibido el expediente en la Secretaría de Recursos del Superior Tribunal de Justicia, fue sostenido por el señor Procurador General, doctor Sergio Rolando López (página 165).

5. En las páginas 168/169 consta el Fallo Nº 6213 – Tomo 2023 por la que se declaró la admisibilidad formal del recurso de casación por la causal prevista en el inciso 1) del artículo 422 del Código Procesal Penal.

En dicha admisión -que no ha sido recurrida y que, por ende, se encuentra firme- se señaló que si bien los precedentes de este Tribunal han vedado la vía casatoria para el Ministerio Público Fiscal cuando su intento recursivo viene fundado en cuestionar los hechos tenidos por probados o en una revaloración probatoria, en el presente caso, *“a la par de impugnar por arbitrariedad la sentencia al no valerse la misma de todas las pruebas incorporadas, los agravios se sustentan en indicar una ausencia de perspectiva de género al momento de juzgar, que desoye directrices claras que son reglamentaciones de mandatos con rango constitucional, situación que debe ser objeto de análisis por parte de este Superior Tribunal de Justicia como órgano de casación al configurar la causal prevista en el artículo 422 inciso 1º del Código Procesal Penal”* (textual, Fallo Nº 6213 – Tomo 2023).

6. En la paginas 175/179 vuelta se agrega el informe respecto al recurso de casación presentado y fundado por el señor Procurador General y que será valorado en la presente sentencia, conforme lo ordena el artículo 433 segundo párrafo del CPP, atento no haberse hecho uso de la facultad prevista en el artículo 431 del mismo cuerpo ritual en su oportunidad.

7. Previo traslado de ley, en las páginas 184/185 vuelta se presenta la señora Defensora particular del condenado, Graciano Coquero, abogada Mirian Griselda Cabrera, contestando el recurso de casación.

En primer lugar, rechaza el planteo de que se haya realizado una errónea valoración de la prueba, entendiendo que tanto de la declaración de la víctima, conforme al artículo 227 bis del Código Procesal Penal, junto a la totalidad de las pruebas de las que ha dejado constancia la defensa, el abuso sexual siquiera ha existido por parte de Coquero, dado que se hace mención a una situación de alucinación hipnagógica (sic. página 184) que no alcanza a cubrir la necesidad de certeza que esta etapa procesal exige, mucho menos para fundar una condena. La señora Defensora sostiene que los Jueces deben valorar elementos de prueba objetivos y que los mismos consten en el expediente y no

caer en subjetividades que pueden ser ciertos o no; y que la única entrevista tomada a la menor LAG, conforme artículo 227 bis del CPP, no da la credibilidad necesaria que genere certeza. Entiende que el Tribunal hizo un análisis correcto de las piezas probatorias.

En segundo lugar, rechaza la carencia de perspectiva de género al momento del fallo y, por ende, considera falso que haya existido un apartamiento de compromisos internacionales; y, mucho menos, considera que se hayan vulnerado las garantías fundamentales de la menor en la sentencia cuando ésta en todo momento busca hacerlas compatibilizar con otros derechos y principios constitucionales que tienen como objeto al imputado.

Finalmente, solicita el rechazo de la pretensión casatoria y que se mantenga al fallo en todas sus partes.

8. En las páginas 187/189 se agrega el escrito presentado por la señora Asesora de Menores e Incapaces de Cámara, doctora María Fátima Pando, en su carácter de representante complementaria de la niña víctima, por el que se adhiere a los agravios vertidos contra la sentencia de condena por la señora Fiscal de Cámara N° 2, doctora Norma Elizabeth Zaracho, así como también a lo expresado por el Sr. Procurador General.

Del análisis de los agravios se desprende que la Funcionaria entiende que con el caudal probatorio agregado válidamente a la causa se ha probado suficientemente que el señor Graciano Coquero ha cometido los hechos endilgados contra su representada, como víctima de abuso sexual con y sin acceso carnal. No obstante, considera que algunas circunstancias no han sido valoradas por el Tribunal de Juicio al omitir el acceso carnal al momento de condenar.

Señala que el razonamiento de los Jueces del voto de la mayoría luce arbitrario porque no responde a una lógica interpretativa que se corresponda con el sistema de la sana crítica racional que rige en materia de valoración probatoria al realizar un análisis parcializado de las pruebas y quitando valor probatorio a la declaración de la adolescente y de su madre, a lo que se le adiciona el informe psicológico de la niña.

Citando al Sr. Procurador General, señala que *“se desmereció el testimonio, indicando que el mismo carece de correlato externo al propio relato o individualidad de la víctima, ya que a su criterio no se puede considerar como un elemento que corrobore los dichos de la joven el aporte de la madre, pues su testimonio es “de oídas”, los hechos descriptos no fueron vistos por F.G. y por lo tanto no son una expresión de la realidad histórica que haya percibido”* (textual, página 187 vuelta). En tal sentido, sostiene la doctora Pando, que la credibilidad del testimonio de la niña resulta innegable. Su relato fue secuencial y coincidente; describe las interacciones referidas entre el agresor y ésta, así como los detalles referidos a circunstancias de modo, tiempo y lugar y la violencia psicológica sufrida: situaciones corroboradas por el testimonio de la madre y el informe pericial psicológico especial. Señala que la niña pudo diferenciar con claridad el tocamiento de una penetración vía vaginal.

En particular, subraya la pertinencia y lo correcto del análisis de las pruebas que se realiza en el tercer voto (voto en minoría de la Sra. Jueza

Nicora Buryaile), donde se explica que el hecho de que la madre no haya visto el momento exacto del acceso carnal no priva de validez a su testimonio.

La señora Asesora de Menores de Cámara sostiene que dada la naturaleza de esta forma de violencia, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. A tales fines, se remite a precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con análisis de normativa internacional y concluye indicando que los parámetros necesarios para un correcto análisis y atención de los testimonios de menores víctimas de delitos de violencia sexual fueron desatendidos por el voto de la mayoría al momento de analizar la prueba, desprovista, además, de toda perspectiva de infancia.

En definitiva, señala que por compartir los argumentos del recurso de casación peticiona que se haga lugar al mismo en todas sus partes, revocando la sentencia en crisis y procediéndose al dictado de un nuevo resolutorio conforme a derecho.

9. Con el relato de los antecedentes y posiciones de todas las partes con interés en el expediente, queda finalmente la causa en estado de dictar sentencia.

10. El caso es una muestra del modo en cómo entran a jugar en nuestras sentencias actuales los *principios* liberales de un derecho penal de acto y que garantiza a la persona su unidad en base al respeto de garantías fundamentales dentro de un proceso criminal, por un lado y el intento de cumplir *directrices* tendientes a garantizar el bienestar de toda investigación y sanción de cualquier forma de ataque y violencia contra la mujer, por el otro lado. Además, corresponde señalar que en la causa, dado que el intento de revisión de la sentencia viene solicitado por el Ministerio Fiscal, no resulta aplicable la doctrina emergente de los precedentes *Casal* y *Salto* de nuestro máximo Tribunal Federal, sino más bien, se tornan operativas en plenitud las normas procesales, siempre dentro del marco de respeto a la directriz de análisis del caso con perspectiva de género.

11. En estos obrados encontramos, por un lado, el voto en minoría en la sentencia impugnada, el recurso de casación de la señora Fiscal de Cámara, los informes complementarios que presentaran el señor Procurador General y la señora Asesora de Menores de Cámara: todos contestes y uniformes al señalar que para ellos no hay *duda* en el expediente respecto al acceso carnal y que la existencia de la misma al momento de la sentencia implica arbitrariedad, que se deriva de la falta de una debida ponderación de las pruebas o, en todo caso, de la ausencia misma de valoración de las pruebas de la causa.

Frente a ellos, por otro lado, tenemos al voto de la mayoría en la sentencia impugnada, a los que se agregan los argumentos de la Defensa en su informe (páginas 184/185 vuelta), no vislumbrándose de ellos la existencia de pruebas que no hayan sido consideradas y/o valoradas.

Ocurre que -y aquí reside el punto de discrepancia entre las dos visiones expuestas- el voto de la mayoría deja asentada una situación concreta que posee protección constitucional: la ausencia de certeza para condenar. Dicha circunstancia nace de la duda y que, en el caso del expediente, como bien lo

explica el doctor Cabral en la sentencia, es una duda de carácter razonada: es decir, explicada y sostenida en base a argumentos suficientes para indicar por qué, pese a la prueba incorporada al expediente, no se logra alcanzar el grado de certeza que requiere una sentencia condenatoria.

12. La lectura del intento recursivo permite afirmar que los agravios que allí se presentan consisten en una manera distinta de ver y de interpretar los hechos y las pruebas tomadas en consideración al momento de dictarse la sentencia, pero no demuestran arbitrariedad alguna en el razonamiento judicial al tiempo de merituar el material probatorio.

13. La Sentencia N° 13.630/2023, en su voto mayoritario, explica y fundamenta la manera en que la plataforma fáctica, en función a la cual se juzgó y condenó a Graciano Coquero, surge no solo de la descripción realizada por la menor víctima respecto de los acontecimientos padecidos y cometidos por su guardador en detrimento de su integridad sexual, sino también de lo atestiguado por la madre de la menor y pareja del condenado, señora F.G. y que ella conoció de manera directa.

14. El sistema de valoración de la prueba apoyada en las reglas de la sana crítica racional es la que mejor traduce e interpreta un estado de derecho respetuoso de la dignidad de la persona humana; ahora bien, dichas reglas deben sortear con éxito tres exigencias constitucionales al momento de sustentar una condena: en primer lugar, la fundamentación de la cuestión fáctica; en segundo lugar, la investigación y la forma en que se obtienen los testimonios de la víctima presunta de abusos sexuales; y, en tercer lugar, la elaboración y su justo lugar en el proceso de los dictámenes psicológicos (Sarrabayrouse, E. (2022). Valoración de la prueba, testigo único en los delitos contra la integridad sexual y el caso de las niñas y niños. En De La Fuente, Javier E. y Cardinali, Genoveva I. (Dir.), *Género y derecho penal* (pp. 463-493). Rubinzal-Culzoni Editores. página 473).

15. La reconstrucción histórica material de los sucesos, sus particularidades de tiempo, modo, lugar y personas involucradas, se han tenido por acreditadas a partir de la denuncia formulada por la madre de la menor, por la declaración que presentara la niña bajo la modalidad del artículo 227 bis del CPP, (páginas 24/24 vuelta en función de lo consignado en el Acta de Debate), el informe médico y el psicológico.

Con tal proceder se avienta toda arbitrariedad. Nos enfrentamos a una sentencia que refiere los elementos de cargo, que enumera las situaciones de descargo y que intenta una valoración probatoria y una argumentación destinada a obtener la certeza final pero que llega hasta un peldaño inmediatamente anterior -en el caso condena por abuso sexual sin acceso carnal- y que, prescripción constitucional mediante, nos obliga a rechazar el acceso carnal exigido por la acusación.

16. La sentencia de condena entiende acreditado el abuso sexual sin acceso carnal atento que el acceso carnal solo surgiría (destaco el potencial) de oídas y a partir del testimonio -en un segundo momento- de la menor, de la madre y del informe psicológico, lo que no es suficiente para

desvirtuar o despejar la duda. No obstante, no hay duda para el voto en minoría y desde allí para el Ministerio Fiscal, dada la centralidad del testimonio de la menor y su imposición por sobre cualquier indeterminación.

17. Si el proceso moderno introdujo la oralidad y la inmediación, lo hizo con el fin de proporcionar más información que la deducible de documentos escritos. Es indudable que el Juez de mérito experimenta a lo largo de la audiencia oral una serie de impresiones e incluso de emociones. La cuestión central es qué conclusiones infiere de ellos y cómo las justifica y si dicho proceso mental queda consignado en la sentencia para su posterior contralor (conf. Sarrabayrouse, 2022:479). La conclusión es que la inmediación no puede constituirse en una excusa para que los Jueces eludan la valoración racional de la prueba: no basta con afirmar que se cree a un testigo (sin importar la clase de delito de que se trate) sino que esa creencia debe estar justificada.

18. Como ya se adelantara, en el análisis completo y global del material probatorio fundante de la acusación que se hace en la sentencia impugnada, el voto de la mayoría explica su duda respecto a la existencia del acceso carnal, la que pasa a ser una duda razonada y suficiente que implica carencia de arbitrariedad.

19. Las dificultades probatorias en los casos de delitos contra la integridad sexual con víctimas menores de edad no deben conducir ni a la imposibilidad de condenar en estos procesos ni a un retorno al modelo de prueba tasada. Por el contrario, estos supuestos exigen mejores investigaciones, obtención de más elementos de prueba y el perfeccionamiento de tres grandes aspectos del proceso penal: la fundamentación de la cuestión fáctica de la sentencia, la manera en que se interroga a las presuntas víctimas y la correcta producción de los dictámenes psicológicos que los valoran; actos todos que no deben verse en forma aislada sino interrelacionada (Sarrabayrouse, 2022:492).

20. Hay dos grandes ejes -enseña Sarrabayrouse- respecto al análisis del testimonio: la exactitud del mismo y la credibilidad del testigo. *Por credibilidad se entiende la correspondencia entre lo sucedido y lo relatado por su parte, la exactitud puede definirse como la correspondencia entre lo sucedido y lo representado en la memoria, esto es entre lo que ocurrió y lo que el testigo recuerda. Ambos conceptos están estrechamente relacionados porque la credibilidad depende en primer lugar de la exactitud del recuerdo, pero la credibilidad tiene autonomía como categoría porque, además de la exactitud, depende de otros factores adicionales que pueden hacer que un testimonio a pesar de ser exacto, de todos modos, no sea creíble. Dificultades a las que debe adicionarse el hecho de que la memoria no puede entenderse como un proceso unitario y ajena a la influencia de procesos psicológicos como la percepción y la atención* (Sarrabayrouse, 2022:480).

21. La pregunta es si la Fiscalía logra demostrar que alguna otra prueba no fue debidamente valorada por el Tribunal de Juicio a efectos de encontrar un parámetro objetivo corroborante de la única prueba acusatoria para fundar la condena criminal. Es decir, si en la sentencia, la valoración que se hace del testimonio de la menor por parte del Magistrado del voto mayoritario responde

a un enfoque incompleto de la declaración de la víctima o si existen otros elementos en la causa de carácter objetivo e independiente que permitan vincularlos para fundar una condena que se apoye en la certeza requerida constitucionalmente. En su recurso de casación la propia Fiscal de Cámara solo menciona 2 (dos): el informe psicológico y el informe médico realizado a la víctima.

22. ¿Es razonable desde un punto de vista constitucional y convencional llevar adelante una acusación sobre la base de los dichos de alguien sin corroborantes objetivos? La circunstancia de que la apreciación de la prueba esté regida hoy por el principio de la libre valoración no libera al jugador de vincular su razonamiento a reglas que pueden ser impuestas a un observador objetivo como un razonamiento vinculante válido intersubjetivamente y no como mero producto de la íntima convicción (Sarrabayrouse, 2022:465).

23. Valorar la prueba implica centrar la atención en la actividad del Juez de mérito y en su obligación de exponer las inferencias realizadas al ponderar las pruebas que le permiten considerar acreditado un hecho; es una forma de conocer su razonamiento, criticarlo y controlarlo. Y el primer voto explica y fundamenta las razones que le impiden llegar al grado de certeza que requiere esta instancia para fundar una condena, dado que la fijación judicial de los hechos no puede ser consecuencia de la pura decisión, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye existencia independiente.

24. Por todo lo manifestado, corresponde el rechazo del recurso de casación planteado en las páginas 150/155 por la señora Fiscal de Cámara Nº 2, doctora Norma Elizabeth Zaracho, y que fuera sostenido en página 165 por el señor Procurador General, doctor Sergio Rolando López, y confirmar la sentencia recurrida, regulando los honorarios profesionales de la abogada Mirian Griselda Cabrera en el 25% (veinticinco por ciento) de lo que le fuera fijado en la instancia de juicio, conforme lo normado en los artículos 8 y 15 de la Ley Nº 512 - Honorarios Profesionales de Abogados y Procuradores-, con más lo que en concepto de Impuesto al Valor Agregado (IVA) le corresponda tributar en función de su condición tributaria.

El señor Ministro Dr. Eduardo Manuel Hang dijo:

Como lo he venido sosteniendo en los hechos cometidos por aborígenes, ellos exigen un informe de antropología cultural, máxime ocurriendo entre personas que comparten un medio cultural diferente. En tal sentido, la realización de un informe psicológico es de una ignorancia científica que llama la atención, pues se aplican rasgos culturales "freudianos" a quienes tienen una formación cultural diferenciada y significa en el fondo un dejar de lado a la persona del aborigen.

Hay que recordar que la Constitución Provincial, dice en el artículo 79 que se reconoce la entidad étnica y cultural de los pueblos aborígenes, agregándose otros derechos. En este caso, la identidad cultural de los involucrados en el hecho, autor y víctima han sido puntualmente olvidadas por un sistema cultural que, se considera superior. Va de suyo que la normativa local es protegida

por el artículo 123 de la Constitución Nacional y tiene plena vigencia en el territorio provincial.

En definitiva, voto por anular la sentencia y devolverla para que al dictar sentencia se cumpla previamente con la Constitución Provincial.

El señor Ministro Dr. Ariel Gustavo Coll dijo:

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 365 del Código Procesal Penal, me adhiero a las conclusiones y consideraciones arribadas por el señor Ministro **Dr. Ricardo Alberto Cabrera**.

El señor Ministro Dr. Marcos Bruno Quinteros dijo:

Concuerdo con el relato de la causa y resumen de las posiciones de las partes que realiza el Sr. Ministro que vota en primer término, pero debo manifestar mi disidencia con lo que resuelve por no compartir sus argumentos sobre el fondo de la cuestión.

Tanto de la lectura del expediente como de la sentencia impugnada surge que el recurso casatorio no se limita a señalar una manera distinta de ver o de interpretar los hechos y pruebas, antes bien, logra demostrar una manifiesta arbitrariedad que vulnera el debido proceso al dictar sentencia lesionando reglas de la sana crítica racional al momento de analizar el testimonio central de la causa.

Con respecto al testimonio de la menor LAG -víctima en estos obrados- si bien el Juez de Cámara que vota en primer término -Dr. Arturo Lisandro Cabral- enuncia que se valorarán las pruebas desde una perspectiva de género, el mentado criterio queda recluido en un intento declamatorio cuando a renglón seguido se realiza un análisis sesgado y parcializado del testimonio al dar credibilidad a unas partes y no a otras y justificarlo con lo que denomina "circunstancias oníricas" que confundieron a la menor y que fundamentan la duda del juzgador.

Si bien los Jueces del debate son soberanos en el análisis de las pruebas sometidas y producidas frente a ellos, debe indicarse que el principio de inmediación no rige para las inferencias lógicas ni para las pruebas documentales ni para las realizadas sin la presencia física del Juez: en estos casos no existe ninguna razón para dar preferencia a las valoraciones del Juez de mérito sobre las del Juez de casación o apelación. El principio de inmediación no puede pervertirse y transformarse en una valla inexpugnable para el control de los hechos y las pruebas (Sarrabayrouse, 2022:479). Si los testimonios -como el caso de la menor LAG- se asientan en una pieza escrita (ver páginas 24/24 vuelta), correctamente introducida al Debate, el análisis valorativo del Juez de sentencia en nada difiere al análisis que puede hacer y controlar el Juez de casación.

Debe recordarse que los delitos sexuales son un tipo de agresión que, en general, se producen en ausencia de otras personas, más allá de la víctima y la persona o personas agresoras, por lo que requieren medios de prueba distintos de otras conductas. En razón de lo anterior, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.

La lectura y el análisis de la pieza escrita en la que consta el testimonio de la menor LAG nos permite afirmar que sus palabras devienen claras, contundentes, concisas y congruentes con lo que la misma menor, una vez vencido el temor a anotar lo ocurrido, enuncia, no una sino varias veces en el expediente, siempre debidamente ubicada, sin indicios de fabulación y con plena credibilidad, los hechos aberrantes de los cuales fue víctima; en particular, demuestra con suficiencia la existencia misma del hecho del acceso carnal que negaran los Jueces del voto mayoritario.

La existencia del acto imputado de acceso carnal y la autoría que recae en la persona de Graciano Coquero no solamente se ve acreditado con el testimonio de LAG, en palabras sumamente gráficas, cuando atestigua que el imputado le tocaba el cuerpo “*acá abajo...la vulva*” (textual, pág. 24), refiriendo que a posteriori -después-, en el mes de julio de 2020 empezó a penetrarla con el pene y precisando que siempre fue por delante, al señalar su zona genital, todas las noches en su pieza y cuando su madre dormía, sino que también surge del informe médico ginecológico (páginas 36/37) que acredita con certidumbre la existencia en la niña de desgarramiento incompleto hora 5 de larga data, más allá de los intentos del voto mayoritario por hacer nacer de esa “larga data” la falta de certidumbre sobre la autoría de Coquero en los abusos perpetrados contra LAG.

La Corte Suprema de Justicia de México tiene dicho que cuando se identifica la existencia de una relación de poder o desigualdad entre las partes, o la presencia de un contexto de violencia, vulnerabilidad o discriminación basado en el género, cambia la forma de apreciar el litigio, porque se agregan particularidades que, de no existir, podrían conducir a una solución diferente. Por ello, es que resulta imprescindible que las juezas y los jueces tengan en cuenta la especial condición que acarrea la presencia de tales situaciones, pues, de lo contrario, podrían convalidar la discriminación de trato por razones de género mediante sus sentencias (conf. Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2020). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. pp.168).

El examen de las circunstancias internas y externas en el marco de las cuales acaecieron los hechos imputados, en particular, el modo en que fue encontrado Coquero con la niña por su pareja y madre de ésta -en la pieza de LAG, sin explicaciones razonables sobre su presencia allí, con la niña acostada en la cama y con las piernas abiertas y Coquero tocándole la entrepierna-, inclinan justificadamente la conclusión de tener por acreditada la autoría de Coquero en los abusos contra LAG, con y sin acceso carnal.

Finalmente, la certeza requerida para fundar la condena se consagra con los resultados del informe psicológico realizado a LAG por parte de la Licenciada en Psicología Patricia Castro (páginas 41/42 vta. y audiencia de debate – págs. 135/137), en el marco de la entrevista seguida a la víctima, conforme la manda del artículo 227 bis del Código Procesal Penal y de la que emerge la plena credibilidad de lo denunciado por LAG.

Por otro lado, la Sra. Jueza Dra. Nicora Buryaile, en su análisis del caso, indica de manera correcta que la circunstancia que la madre de LAG no haya presenciado el momento exacto del acceso carnal, de ningún modo priva de valor a lo manifestado por la menor.

El estado de vulnerabilidad y discriminación en que persisten las mujeres y niñas ha sido reconocido en nuestro país mediante la firma y ratificación de Tratados Internacionales específicos para la protección de sus derechos, tales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Ese es el aparato conceptual que completa el núcleo básico de garantías constitucionales previstas en el artículo 18 de la Constitución Nacional, y que permite encarar de modo correcto la forma de entender la controversia y, por ende, de resolverla, toda vez que pueden variar la forma de apreciar los hechos, valorar las pruebas y/o interpretar y aplicar las normas jurídicas.

El resumen de todo lo señalado se puede sintetizar con las palabras de la señora Asesora de Menores e Incapaces de Cámara, doctora María Fátima Pando, cuando refiere que la credibilidad del testimonio de la niña resulta innegable, dado que su relato fue secuencial y coincidente y describe las interacciones referidas entre el agresor y ésta, así como los detalles de las circunstancias de modo, tiempo, lugar y la violencia psicológica sufrida; situaciones corroboradas por el testimonio de la madre y el informe pericial psicológico especial y el informe médico.

Entiendo, entonces, que ha quedado establecido que se valoraron indebidamente las pruebas de la causa, situación que condujo a una conclusión arbitraria y que impone se deje insubsistente la sentencia controvertida y se devuelvan las actuaciones para que se emita una nueva resolución en la que se tengan en cuenta las consideraciones dadas aquí al momento de valorar las pruebas y adoptar una nueva determinación.

En función de todo lo manifestado y por asistir razón al recurso de casación planteado respecto a la acreditación plena del acceso carnal como un hecho que debe adicionarse a la responsabilidad penal de Coquero, corresponde hacer lugar al recurso de casación, declarar la nulidad de la Sentencia N° 13.630/23 y, a efectos de garantizar el más amplio respeto al debido proceso para todas las partes involucradas, tanto imputado como la víctima, así como la actuación plena de los principios constitucionales que hacen a la defensa en juicio y sus garantías derivadas -con especial énfasis en la de la doble instancia-, se impone que, en base a los criterios establecidos en la presente, se remita la causa al Tribunal de origen para que con los Jueces Subrogantes que correspondan se dicte una nueva sentencia conforme a derecho.

El señor Ministro Dr. Guillermo Horacio Alucin dijo:

En virtud a la contundencia de las pruebas existentes en la causa, tales como la declaración de la menor, el informe psicológico y médico, surge la consumación del abuso sexual con acceso carnal, razón por la cual me adhiero al voto del Sr. Ministro, **Dr. Marcos Bruno Quinteros.**

**Poder Judicial de Formosa
Departamento de Informática Jurisprudencial
Fallos Novedosos**

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

TRIBUNAL DE CASACIÓN

RESUELVE:

1º) Hacer lugar al recurso de casación planteado por el Ministerio Público Fiscal en páginas 150/155, revocando la Sentencia N° 13.630/23 de la Cámara Segunda en lo Criminal en todas sus partes.

2º) Remitir el expediente a la Cámara Segunda en lo Criminal para que, con los Jueces Subrogantes que correspondan, se dicte una nueva sentencia.

3º) Regístrese. Notifíquese.

DR. RICARDO ALBERTO CABRERA
-en disidencia-

DR. EDUARDO MANUEL HANG

DR. ARIEL GUSTAVO COLL
-en disidencia-

DR. MARCOS BRUNO QUINTEROS

DR. GUILLERMO HORACIO ALUCIN