

En la ciudad de **Santa Fe, a los veintisiete días del mes de septiembre del año dos mil diez**, se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la **Corte Suprema de Justicia de la Provincia**, doctores Daniel Aníbal Erbetta, Mario Luis Netri y Eduardo Guillermo Spuler, con la presidencia del señor Ministro decano doctor Roberto Héctor Falistocco, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados "O., M. E. - Abuso sexual con acceso carnal-sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. C.S.J. N° 427, año 2009). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto? SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente? TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar? Asimismo, se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, sea doctores: Falistocco, Erbetta, Netri y Spuler.

A la primera cuestión, el señor Ministro decano doctor Falistocco dijo:

1. El Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 8 de Rosario, por decisorio del 27.9.2007, condenó a M. E. O. por el delito de abuso sexual (art. 119, primer párrafo, Cód. Penal) a la pena de 2 años de prisión efectiva (f. 252).

Impugnado el decisorio por el representante del Ministerio Fiscal, la Cámara de Apelación en lo Penal de Venado Tuerto por resolución N° 77 del 12 de agosto de 2009, confirmó parcialmente la sentencia, modificando la calificación legal a abuso sexual con acceso carnal cometido en perjuicio de menor de trece años (art. 119 primer y tercer párrafo Cód. Penal), imponiendo la pena de 6 años de prisión efectiva (fs. 279/286).

2. Contra dicha resolución deduce la defensa técnica del justiciable su recurso de inconstitucionalidad por no reunir las condiciones mínimas necesarias para satisfacer el derecho a la jurisdicción que acuerda la Constitución de la Provincia.

Concretamente, el planteo impugnativo gira en torno a que el A quo incurre en arbitrariedad al concluir que hubo acceso carnal prescindiendo de lo sostenido por los peritos médicos y con el sólo sustento de los dichos de la víctima, que no pueden anteponerse a la eficacia de una prueba pericial (fs. 1/3).

3. La Cámara de Apelación en lo Penal de Venado Tuerto concedió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto con fundamento en las particularidades del caso y a los fines de garantizar el derecho al recurso (f.12).

4. En el examen de admisibilidad que impone el artículo 11 de la ley 7055, efectuado con los principales a la vista, advierto que se encuentran satisfechos los recaudos formales de la impugnación y el planteo recursivo cuenta con suficiente asidero en las constancias de la causa y matiz constitucional para justificar la apertura de esta instancia de excepción, a contrario de lo dictaminado por el señor Procurador General (f. 29). Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Erbetta, Netri y Spuler expresaron idénticos fundamentos a los expuestos por el señor Ministro doctor Falistocco y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión, el señor Ministro decano doctor Falistocco dijo:

1. El estudio del expediente me convence de que la impugnación merece favorable acogida en esta instancia, pues si bien los agravios planteados remiten al examen de cuestiones que por su naturaleza resultan ajenas en principio al recurso reglado por la ley 7055 -como lo son las vinculadas con la valoración de hechos y pruebas-, corresponde hacer excepción a dicha regla cuando lo decidido ha supuesto transponer efectivamente el límite de razonabilidad a que está subordinada la referida valoración (vide Fallos:300:928; 311:948 y 2547; 314:174, etc.), transgrediendo las reglas de la sana crítica y la adecuada fundamentación de los fallos judiciales como exteriorización del cumplimiento de la garantía del debido proceso. En el caso -cabe recordarlo-la Alzada consideró que la prueba pericial no resultaba categórica ni contundente pero de los informes particularmente considerados (en especial, el primero de ellos) y las declaraciones tanto de la víctima como de uno de los testigos surgía sin margen alguno de duda que el imputado había accedido carnalmente a la menor.

En ese entendimiento, el Tribunal razonó que el testigo O. había encontrado al atacante "arriba" de la víctima, observando además que se paraba, se abrochaba el cinturón y se subía el cierre, habiendo previamente escuchado gemidos y ruidos propios de una persona a la que le tapan la boca sumado a un pedido de auxilio. Esa secuencia es reproducida de igual modo por la menor -explicó la Cámara-y por los informes médicos que habían constatado varias lesiones intravaginales compatibles con un acceso carnal. La defensa, conforme se relatará, cuestiona la validez de tal conclusión alegando que no se tuvo en cuenta el informe médico -en que los profesionales sostuvieron que no había signos de acceso carnal-y que se haya probado tal extremo con el testimonio de la víctima, objeciones que -vale la pena destacarlo-

encuentran asidero suficiente en las constancias de la causa, superando así el nivel de la mera discrepancia con el criterio adoptado por los Sentenciantes al fallar, para poner en cuestión la propia aceptabilidad constitucional de lo resuelto por el mismo. En efecto: Los Juzgadores se limitaron a afirmar dogmáticamente la concurrencia de elementos pretendidamente suficientes para despejar toda duda -o, lo que es lo mismo, conferir certeza-acerca de la existencia de acceso carnal, sin hacerse cargo de la ambivalencia de los informes médicos practicados.

Así, en el realizado en sede prevencional por el doctor S.M., se señaló que "...al examen físico impresiona desgarros en hora 7, 5 y 4 de reciente data, eritema en ambas caras internas de labios mayores, al examen anal mucosa rosada sin lesiones..." (f. 16). Mientras que en el segundo, practicado por las médicas forenses, doctores S. C. y A. C., se concluyó que la menor presentaba "...congestión intensa de la mucosa del introito vaginal, con desprendimiento tegumentario muy superficial del lado derecho, parahimeneal. De la membrana himeneal sólo constato en hora 5, área insatisfactoria, de la cual no es posible dar detalles debido a la reticencia marcada de la niña.... Surgen ciertas disidencias entre el relato de los hechos y los hallazgos (referentes a lesiones físicas) obtenidos en el examen actual..." (f. 42).

Finalmente, en el practicado por estos dos últimos galenos, a pedido de la defensa del imputado y a los efectos de aclarar -fundamentalmente-las disidencias surgidas entre el relato de la víctima y los hallazgos referentes a las lesiones físicas (f. 162), se explicitó que "...si bien se advierten detalles en el informe médico de fojas 16 realizado por el Médico de Policía, doctor M., a las 3 horas del 12.12.05 que corresponderían a un acceso carnal 'impresiona desgarros en horas 7, 5 y 4 de reciente data' habiendo advertido ropa interior con 'mancha probable de sangre', las suscriptas Médicos Forenses de estos Tribunales Provinciales, efectuaron examen el mismo día en horas de la mañana, constatando signos compatibles con abuso sexual, pasible de haber provocado cierto sangrado de montante leve por frotamiento violento dígito-ungueal, y aún por presión-fricción peneana. Se describe además la reticencia marcada de la niña al examen, atento a lo cual ofrecer más detalles no fue posible, situación que reitera lo manifestado también por el médico de policía.... De ninguna manera podemos afirmar la existencia de acceso carnal pero no puede soslayarse atento a lo expuesto el abuso..." (f. 196).

Cabe destacar que este último informe es practicado por las mismas expertas que habían realizado el segundo examen a la menor, en el Instituto Médico Legal, y tuvieron en cuenta no solamente el efectuado por aquellas sino también el primer dictamen del médico de policía y de todas las constancias de autos (f. 195v.) En otras palabras, este dictamen final tiene como soporte principal las opiniones efectuadas en los anteriores y -a su vez-las conclusiones son el fruto de la interpretación y armonización de aquellas, por lo cual adquiriría una importancia decisiva en la confirmación del hecho enrostrado como agravante (acceso carnal), que los Jueces de la causa no podían ignorar atento a su alcance sino a riesgo de incurrir en arbitrariedad probatoria.

Esto último es lo que acontece en la especie en tanto la Sala -primero-le resta eficacia probatoria a esta pericia por vía de una errónea hermenéutica de sus conclusiones al sostener que no resultaba categórica ni contundente en cuanto a la existencia del acceso carnal, cuando -en rigor-el resultado al que arribaron los expertos -con los elementos obrantes en la causa-fue que "...de ninguna manera podemos afirmar la existencia de acceso carnal..." (f. 196).

Pero -además-la Cámara se aferra dogmáticamente al primer informe del médico de policía sin brindar fundamentación alguna válida desde la óptica constitucional para apartarse de lo informado por la última pericia pese a -como se dijo-la trascendencia que ostentaba en la verificación del hecho, quedando, así, la opción adoptada por el Tribunal como fruto únicamente de su propia voluntad.

Más todavía, la ilogicidad de lo decidido también se manifiesta a partir de que el A quo considera la declaración de la víctima para contradecir el último informe pericial; así, el Sentenciante sostuvo que el primer informe médico policial concordaba plenamente con el relato de sometimiento sexual que la víctima proporcionara en cuanta oportunidad fuera interrogada tanto por su madre como por funcionarios policiales y judiciales. Por ello, continuó diciendo la Cámara, mal podía suponerse que la menor hubiera montado un cuadro o magnificado el mismo, alternando datos reales, fehacientes y comprobados con otros fabulados, como el de la penetración.

Pero a renglón seguido el Juzgador vuelve sobre sus pasos al tratar de compatibilizar las disidencias entre el relato de la menor y los hallazgos físicos del primero de los informes periciales respecto de la ausencia de lesiones en el ano, en tanto -y a contario de la tesis inicialmente seguida-le resta toda fuerza de convicción a las manifestaciones de la víctima, aduciendo que podían ser producto del cuadro emocional de shock y angustia sumado a su corta edad y lógica inexperiencia sexual, todo lo cual -agregó-le pudo haber provocado una equivocada percepción de los hechos.

Frente al marco probatorio producido en la presente causa, cabe concluir en que la solución adoptada por la Alzada no fue consecuencia de la apreciación de todos y cada uno de los elementos relevantes del proceso, sino que sólo pudo resultar de una lectura fragmentaria del material de confirmación, prescindiendo -en especial-del dictamen pericial obrante a fojas 196 de indudable conducencia para la decisión de la causa.

Sabido es que si bien es cierto que el dictamen pericial no tiene efectos vinculantes para los jueces, incurrir en arbitrariedad en la apreciación de la prueba el Tribunal que soslaya sin dar razón suficiente una

categoría conclusión del perito, por desentenderse, de ese modo, de un elemento esencial de convicción incorporado al proceso.

También debe tenerse especialmente en cuenta que si bien el juzgador no está obligado por las conclusiones del perito, es aconsejable seguir de cerca la opinión de quienes, en razón de la materia o especialización, son personas a las que no se ha cuestionado su reconocida responsabilidad y competencia ("Escontrella c. Municipalidad de Rosario", A. y S. T. 56, págs. 190/198).

Por lo que, si bien se reserva al juez la facultad de evaluar el mérito probatorio judicial, aquél no puede apartarse del mismo sin expresar las razones suficientes para ello.

En suma: si bien el sentenciante tiene la facultad de apreciar el dictamen, no puede ejercerla con discrecionalidad, pues para poder apartarse de las conclusiones allegadas por el experto debe tener razones muy fundadas, ya que si bien es cierto que las normas procesales vigentes no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que cuando el mismo comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito -técnicamente ajena al hombre de derecho-, para desvirtuarla es imprescindible traer elementos de juicio que le permitan concluir eficientemente en el error o en el inadecuado uso que el técnico hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que, por su profesión o título habilitante, necesariamente ha de suponérselo dotado. El Alto Tribunal de la Nación ha descalificado aquellos decisivos que prescinden sin motivo justificante del dictamen pericial (Fallos: 306:712).

Es consecuencia de lo decidido que el pronunciamiento impugnado no reúne las condiciones mínimas necesarias para satisfacer el derecho a la jurisdicción que acuerda la Constitución de la Provincia y debe ser anulado a tenor de la doctrina de la arbitrariedad. Por lo que corresponde remitir los autos al Tribunal subrogante a fin de que juzgue nuevamente la causa sólo en lo que ha sido materia de impugnación, esto es, la condena por el agravante dispuesto por el artículo 119, tercer párrafo del Código Penal.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Erbetta, Netri y Spuler expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por el señor Ministro doctor Falistocco y votaron en igual sentido.

A la tercera cuestión, el señor Ministro doctor Falistocco dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar procedente el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia impugnada. Remitir los autos al tribunal que corresponde a fin de que juzgue nuevamente la causa solo en lo que ha sido materia de impugnación, esto es, la condena por el agravante dispuesto por el artículo 119, tercer párrafo del Código Penal.

Así voto.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Erbetta, Netri y Spuler dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por el señor Ministro doctor Falistocco y votaron en igual sentido. En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia RESOLVIÓ: Declarar procedente el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular la resolución impugnada. Remitir los autos al tribunal que corresponde a fin de que juzgue nuevamente la causa solo en lo que ha sido materia de impugnación, esto es, la condena por el agravante dispuesto por el artículo 119, tercer párrafo del Código Penal. Registrarlo y hacerlo saber. Con lo que concluyó el acto, firmando el señor Ministro decano y los señores Ministros por ante mí, doy fe.

Fdo.: FALISTOCCO-ERBETTA-NETRI-SPULER- Fernández Riestra (Secretaria)