(Tomo 193:543/570)

_____Salta, 29 de octubre de 2014._____

_____Y VISTOS: Estos autos caratulados **"C/C M., F. F.– RECURSO DE CASACIÓN"** (Expte. N° CJS 36.985/13), y _____

_____**CONSIDERANDO:** _____

_____Los Dres. **Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Félix Díaz** y **Guillermo Alberto Posadas,** dijeron: _____

_____1°) Que a fs. 407/423 vta. el Dr. Marcelo Eduardo Arancibia, en ejercicio de la asistencia técnica de F. F. M., interpone recurso de casación contra la sentencia de la ex Cámara Cuarta en lo Criminal de fs. 376 y vta., cuyos fundamentos obran a fs. 396/404, mediante la cual se condenó a su defendido a la pena de cuatro años y tres meses de prisión por el delito de abuso sexual en grado de tentativa (arts. 119, 3er. párrafo, 42 y 44 del C.P.).__

_____El recurrente, medularmente, cuestiona la formación racional del fallo y el proceso de adecuación legal allí contenido. Dice que no existe certeza suficiente para condenar y que la valoración del cuadro probatorio resulta arbitraria. A ese respecto, alega que el tribunal habría incurrido en abstracciones sin atender el hecho real llevado a su conocimiento y a las constancias que surgen tanto de la instrucción como de las actas del debate. Arguye que la condena carece de fundamentación y no contempla todas las cuestiones esenciales de la causa; añade distintas consideraciones relativas a las pruebas incorporadas, enumera aquellas circunstancias que demostrarían los vicios de ponderación y alude, especialmente, a la incomparecencia de la supuesta víctima, cuya declaración –según estima– era determinante. Asimismo, dedica un capítulo de su exordio a la calificación jurídica asignada a los hechos y propone que ésta no es ajustada a derecho. Pide que se revoque la sentencia y se dicte la absolución lisa y llana de su defendido por esos motivos o, en su defecto, por aplicación del principio de la duda. Subsidiariamente, solicita que se aplique el 1er. párrafo del art. 119 del C.P._____

_____2°) Que el Fiscal ante la Corte N° 1 señala a fs. 435/437 que la valoración del cuadro probatorio resulta suficiente y la subsunción de los hechos contenida en la sentencia impugnada es acorde a las constancias de la causa. Agrega que dicho acto procesal cumple con los recaudos mínimos de fundamentación y que no se advierten vicios que tornen procedente a la casación._____

_____3°) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 426 y vta.), previo a expedirse sobre los motivos invocados por el recurrente incumbe a esta Corte en la presente instancia efectuar un nuevo control de los recaudos de orden formal a los que la ley subordina su admisibilidad (art. 36 de la Ley 7716).___

_____A ese respecto, se observa que ha sido presentado en término y por parte legitimada (v. fs. 405 y 423 vta.); además, la sentencia resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal. Razón por la cual, cabe ingresar al examen de la cuestión planteada en el recurso. _____

_____4°) Que el tribunal de juicio tuvo por acreditado que el acusado intentó acceder carnalmente a la víctima y que por motivos ajenos a su voluntad no logró su cometido delictivo. Para así concluir, consideró que el hecho fue cometido en clandestinidad y que, aun probado el comienzo de ejecución no cabe afirmar certeramente su concreta consumación. _____

_____A partir de ello, los jueces alcanzaron unanimidad positiva

en relación a la existencia del delito, su calificación y autoría, mas disintieron respecto a la individualización de la pena. En ese sentido, el voto mayoritario impone una pena cercana al mínimo legal previsto merced a la ampliación del radio de punibilidad que establecen los arts. 42 y 44 del C.P., mientras que la disidencia individualiza la sanción por debajo de lo que permite la ley (esta Corte, Tomo 126:577); razón por la cual no cabe acordar relevancia a tal disyuntiva punitiva. _____

_____5°) Que esta Corte ha precisado en numerosos precedentes que en nuestro sistema procesal rige el sistema de libertad probatoria (art. 201 del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias) y de la sana crítica racional. Ello implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descriptos por la ley y que, sean cuales fueren los que se arrimen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme a las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directiva o tasación alguna (Tomo 130:1073; 135:313, entre otros). _____

_____Asimismo, este Tribunal ha dicho que el deber de motivación de la sentencia impone al tribunal de juicio una apreciación integral y equilibrada de la prueba (Tomo 146:441) y que resulta plenamente válido reconstruir un determinado acontecer mediante inferencias que descansan en indicios, pues, en el método de la libre convicción, no puede negarse que los jueces se basen en prueba indiciaria para obtener una decisión que exija certeza, siendo extremo el rigor empírico al que tal decisión se somete (Tomo 122: 669; 136:179, entre otros). _____

_____En un mismo sentido y en relación directa a los delitos de índole sexual también ha precisado su dificultad probatoria, con lo cual ha dejado sentada la validez de asignar carácter probatorio a los datos que, conjuntamente, indican la existencia de un suceso con relevancia penal que, de ordinario, es cometido en clandestinidad (cfr. Tomo 145:217, entre otros). _____

_____6°) Que a partir de esos presupuestos, la construcción racional del fallo cuestionado no presenta vicios o defectos que autoricen su revocación. Ello es así porque se sustenta en una valoración equilibrada del material probatorio y, aun cuando hubiese sido deseable contar con la declaración de la supuesta víctima, circunstancias extraordinarias lo impidieron sin que ello constituya en el caso un obstáculo para actuar concretamente la ley sustantiva, en tanto otros elementos de convicción avalan la conclusión condenatoria a que arribó el tribunal de mérito._____

_____Específicamente, las consideraciones del fallo encuentran sustento en los siguientes elementos probatorios que, en una misma dirección, indican la existencia del ataque sexual: 1°) los testimonios de M. L. D. A. y de C. F. que relatan circunstancias trasmitidas por la víctima con posterioridad al hecho; 2°) los testimonios de P. J. S. y S. M. C., cuyo valor es indiciario de circunstancias que, si bien resultan ajenas a su ejecución, hacen al hecho en sí; 3°) la anotación de puño y letra de U. R. que obra en el libro de guardia de la Oficina de Turismo y que fuera agregada al debate como prueba documental, cuyo contenido es congruente con la denuncia de fs. 1, en tanto la víctima indicó textualmente: “un guía me la pidió quitar los pantalones y me sentí mal y no quería que nunca le pase esto a otras turistas” (v. fs. 120 y 249); 4°) el plano n° 22/12 y las fotografías aportadas por criminalística (v. fs. 41), que permiten conocer el lugar de los hechos y sostener la “clandestinidad” que es propia de la comisión de delitos como el aquí investigado; 5°) los informes psicológicos y psiquiátricos agregados. _____

_____En ese contexto, cabe destacar que el valor del testimonio puede extenderse también a narraciones o referencias aun aprehendidas sin vinculación sensorial directa con el objeto de prueba; tal es el caso específico de lo escuchado de boca de un testigo directo del hecho y ello es extensivo también a otros elementos de distinta naturaleza que importen la descripción de sucesos fácticos (cfr. Leone, Giovanni, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ed. Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1963, págs. 240 y sgtes.). Entonces, en el cuadro probatorio reseñado, los dos testimonios indicados en primer lugar, además de coincidir esencialmente con los datos que surgen de los demás elementos de convicción, poseen una especial relevancia en cuanto hacen concretamente a las manifestaciones de la víctima. _____

_____7°) Que por otra parte, las pruebas de carácter negativo que obran en la causa -esto es, los informes médicos y bioquímicos que determinarían la inexistencia de penetración y la ratificación testimonial de esas circunstancias- no escaparon al examen del tribunal de juicio, pues a partir de su fuerza de convicción se descartó la consumación del hecho y, por ende, se adecuó la conducta del acusado en el margen punitivo menor que resulta de los arts. 42 y 44 del C.P. _____

_____Sobre el punto, encontrándose probados los presupuestos objetivos del art. 42 del C.P. según lo arriba señalado, el fin de cometer el abuso sexual previsto en el 3er. párrafo del art. 119 del C.P. también surge de esos datos probatorios. Ello es así porque la relación subjetiva requerida por la tentativa implica la existencia de hechos de naturaleza psíquica, cuya comprobación surge de circunstancias empíricas, pues "el estado de ánimo no puede ser justificado por percepción directa, sino que tiene que ser deducido de conjeturas exteriores" (Núñez, Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal", Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1960, Tomo II, pág. 71; esta Corte, Tomo 156:873). _____

_____8°) Que por lo demás, la pena impuesta al acusado -cuatro años y tres meses de prisión- se ubica en cercanías del mínimo legal -cuatro años-, es acorde a los parámetros establecidos en los arts. 40, 41 y 44 del C.P. y se ajusta a la doctrina desarrollada por este Tribunal en el precedente de Tomo 127:589.__

_____9°) Que por consiguiente, el recurso debe ser rechazado. ___

_____El Dr. **Guillermo Alberto Catalano**, dijo: _____

_____Comparto los considerandos 1° a 5° del voto que antecede, mas disiento de los restantes y de la solución jurídica propiciada, merced a lo siguiente. _____

_____1°) Que en nuestro sistema procesal rige el sistema de libertad probatoria (art. 201 del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias), y el de libre convicción del juez o sana crítica racional, indicados por la ley (arts. 230 "in fine", 252 inc. 4° "in fine" y 403 3er. párr. del mismo C.P.P.). Ello implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descriptos por la ley y que, sean cuales fueren los que se arrimen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directiva o tasación legal alguna (Tomo 109:1043; 186:853, entre otros)._____

_____En ese orden, el principio de libertad probatoria imperante en el proceso penal, salvo en supuestos taxativamente aludidos por la ley, da un margen amplio para que la convicción se alcance a través del análisis de cualquier elemento razonablemente apto para establecer la verdad (CSJN, Fallos, 311:2548; esta Corte, Tomo 98: 508; 186:305, entre otros) toda vez que el objeto sometido a

valoración puede ser probado por cualquier medio (esta Corte, Tomo 154:201; 182:817, entre otros). _____

_____2°) Que el deber de motivación establecido en los arts. 115 y 409 del citado C.P.P. impone que, para establecer la existencia del hecho imputado se evalúen todos los elementos probatorios incorporados a la causa (Tomo 116:387; 183:05, entre otros)._____

_____3°) Que en su declaración de fs. 26 y vta., la Srta. U. R. expresó que el guía se le acercó y empezó a tocar su estómago. En el libro de quejas solamente consta que el imputado le pidió que se quitara los pantalones (fs. 120 y 249). _____

_____En su declaración indagatoria (fs. 27/28), incorporada en el debate oral, el imputado, Sr. F. F. M., reconoció haber servido de guía turístico a la denunciante y haberle solicitado que se quitara el pantalón para cruzar el río. Reconoció asimismo haber tocado un sector del estómago de la turista, para cruzar el río y al notarla un poco descompuesta, con su permiso. _____

_____La Sra. M. L. D. A. refirió que la víctima le contó que el imputado le tocó partes íntimas (fs. 53 y vta. y fs. 351 vta./353), al igual que a la Sra. M. J. R.(fs. 52 y vta. y fs. 362 y vta.)._____

_____Sobre el particular, se ha dicho que el valor del testimonio puede extenderse también a narraciones o referencias aun aprehendidas sin vinculación sensorial directa con el objeto de prueba; tal es el caso específico de lo escuchado de boca de un testigo directo del hecho y ello es extensivo también a otros elementos de distinta naturaleza que importen la descripción de sucesos fácticos (cfr. Leone, Giovanni, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Ed. Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1963, págs. 240 y sgtes.). En un mismo sentido, esta Corte ha precisado que es plenamente válido reconstruir un determinado acontecer mediante inferencias que descansan en indicios, pues, en el método de la libre convicción, no puede negarse que los jueces se basen en prueba indiciaria para obtener una decisión que exija certeza, siendo extremo el rigor empírico al que tal decisión se somete (esta Corte, Tomo 122:669; 150:721, entre otros). _____

_____Como el propio tribunal “a quo” valorara, en cuanto a la existencia de penetración, se advierte que no solamente los dichos de la víctima sino de los testigos que pudieron hablar con ella no son claros y precisos acerca de que hubiere habido penetración, toda vez que además de no ser precisos, hasta en algún aspecto resultan contradictorios (fs. 400). _____

_____Asimismo consideró (fs. 400 vta.) la incomparencia de la víctima al debate, a los fines de ilustrar personalmente acerca de los hechos de que fuera víctima, no pudiendo ser ubicada a través del correo electrónico o la dirección que proporcionara, y no obstante las diligencias procesales efectuadas (v. exhorto diplomático a fs. 328/329, debidamente traducido al idioma japonés a fs. 333/334, así como el informe de fs. 349 y vta.). _____

_____4°) Que los informes médicos (fs. 2/3) arrojaron que la víctima, si bien se presentaba angustiada y temerosa, no registraba lesiones ni signos de violencia. Ello fue corroborado por la Dra. V. C. F. al deponer en audiencia de debate a fs. 357 y vta., expresando además que la víctima, a la que vio confundida, le refirió no saber si había sido penetrada o no, como también lo declarara a fs. 51, no observando restos de semen ni laceraciones. La profesional expresó que no puede afirmar si hubo penetración, además de haberse negado la víctima a la extracción de exudado vaginal._____

_____Es claro que dado el lugar inhóspito, de mucha dificultad para su acceso (v. plano y fotografías de fs. 41, y lo descripto

por la Cbo. S. M. C. en audiencia, rolante a fs. 357 vta./358), en el que se hallaban tanto la víctima como el imputado, sumado a la diferencia de contextura física éste podría fácilmente haber consumado un acceso carnal si así lo determinaba, facilitado por la pequeña y delgada contextura física de la primera (v. fs. 2 y fs. 357 vta.: "petisita, chiquita"). Como lo valorara el tribunal "a quo", se trata de una zona deshabitada, con tránsito espaciado y solamente de turistas, los que son guiados desde la ciudad de Cafayate hasta el punto de partida "El Divisadero", y luego hasta "La Cascada", lo que posibilita que ante la posible concreción de un hecho ilícito, probablemente no pueda ser advertido por testigos presenciales (fs. 399 vta.). _____

_____El contexto probatorio referido descarta una tentativa de abuso sexual con acceso carnal, o a lo sumo existió un desistimiento voluntario del imputado de cometerlo, que en todo caso es impune. En ese orden, "la impunidad se refiere a la tentativa del delito desistido, pero no a los delitos ya consumados por el autor: si el autor ya ha lesionado a la víctima, desiste voluntariamente de darle muerte, no está sujeto a pena por tentativa de homicidio, pero sí por lesiones" (Núñez, Ricardo C., "Manual de Derecho Penal. Parte General", 5ª ed. act. por el Dr. Roberto E. Spinka, Marcos Lerner Editora S.R.L., Cba., 2009, pág. 243). En el caso traído a juzgamiento, el autor ya había consumado un abuso sexual simple, y no prosiguió el camino delictivo, o bien desistió voluntariamente de intentar una penetración carnal por vía vaginal._____

_____5°) Que en ese contexto delictivo –que es único– indudablemente se lesionó la libertad individual de la víctima, en cuanto hace a su integridad sexual, comprendida la libre disposición sobre su cuerpo y su capacidad para no ejercer actos de esa naturaleza que no desee (esta Corte, Tomo 146:819; 176:259, entre o-tros).__

_____Sin embargo, el hecho presenta ciertas particularidades que atañen al proceso de adecuación legal, pues se verifica una conducta delictiva progresiva, en cuyo desarrollo, si bien algún tipo penal de mayor gravedad no ha sido amenazado ni aun en grado imperfecto, otro de menor entidad penal ha sido consumado de manera perfecta. La situación no es novedosa, ha sido objeto de específico tratamiento doctrinario –incluso, por los autores clásicos– y, aunque ya se presentaba en las anteriores disposiciones que regían esta especie de infracciones, surge evidente ante la estructura otorgada por Ley 25087 al copioso art. 119 del C.P._____

_____En ese marco, amén del bien jurídico ahora protegido y de la denominación general utilizada –que nuestro ordenamiento reserva para otra figura particular–, Francesco Carrara –no sin antes referir al presupuesto material indispensable de la tentativa– clarifica la cuestión con las siguientes palabras: "Falta el elemento intencional de la tentativa de estupro –léase abuso sexual con penetración– en todos aquellos actos impúdicos que tuvieron un fin en sí mismos, o que estaban dirigidos a un desahogo libidinoso que el malvado deseaba procurarse mediante ese acto o los actos sucesivos, que satisfacían su designio, sin necesidad de llegar a la cópula carnal" ("Programa de Derecho Criminal", traducido bajo la dirección de Sebastián Soler con la colaboración de Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, Ed. Depalma, Bs. As., 1945, Tomo 4, parágr. 1542, pág. 276). _____

_____6°) Que a partir de esas premisas, si bien no cabe sostener que en el caso concurren los elementos exigidos por los arts. 119, 3er. párr. y 42 del C.P. –o, a lo sumo, con un grado de

convencimiento ajeno a esta etapa del proceso, podría afirmarse la existencia de actos preparatorios de ese delito-, la conducta probada encasilla perfectamente en la figura de abuso sexual simple._____

_____Ello es así porque el acusado, materializó un acto objetivamente sexual al tocar una de las partes pudendas de la víctima, sin que resulte acorde con la ley penal señalar que tal ejecución haya sido dirigida a cometer un delito naturalmente instantáneo cuando, por las circunstancias apuntadas, éste ya había sido consumado en su totalidad. Además, el contexto delictivo en que se llevó a cabo la acción demuestra, por sí, el contenido subjetivamente impúdico del acto, en tanto el dolo que requiere la figura no se identifica con los móviles específicos perseguidos con su perpetración (cfr. Núñez, Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal", Ed. Lerner, Córdoba, 1977, Tomo III, págs. 309 y sgtes.; Fontán Balestra, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1996, Tomo V, págs. 137 y sgtes.; Creus, Carlos, Buompadre, Jorge Eduardo, "Derecho Penal Parte Especial", Ed. Astrea, Bs. As., 2007, Tomo 1, pág. 185; esta Corte, Tomo 176:377)._____

_____7°) Que la figura de abuso sexual simple se satisface con el mero contacto de contenido libidinoso (esta Corte, Tomo 110:215; 178:367; 181:921)._____

_____8°) Que de tal modo, la conducta desplegada por el Sr. F. F. M. realiza el tipo penal previsto en el 1er. párrafo del art. 119 del C.P. y debe responder en calidad de autor por ese delito, por lo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 407/423 y, en su mérito, casar la sentencia impugnada, acogiendo la pretensión subsidiaria de la defensa técnica; resta, entonces, determinar la pena que se estima justo imponer._____

_____A tales fines, al no contar este Tribunal con los elementos de valoración suficientes (Tomo 130:891; 149:841; 178:651) para fijar la pena (arts. 40 y 41 del C.P.), debe reenviarse la causa al tribunal "a quo", para que la ajuste a la concreta responsabilidad penal del imputado, establecida en el presente (cfr. esta Corte, Tomo 71:1043; 126:841). En virtud de lo cual corresponde ordenar que bajen los autos a la ex Cámara en lo Criminal del Distrito Judicial Orán a fin de que individualice la pena correspondiente al imputado de conformidad a lo establecido en el presente._____

_____El Dr. **Abel Cornejo**, dijo: _____

_____1°) Que por razones de brevedad doy por reproducida la reseña de los hechos efectuada en los considerandos 1°, 2, 3° y 4, por los distinguidos Sres. Jueces preopinantes en el voto emitido en primer término, como así también comparto la solución jurídica a la que arribó, no obstante lo cual, considero oportuno esgrimir mis propios fundamentos._____

_____2°) Que antes que nada es dable señalar que, en los delitos contra la integridad sexual, normalmente existen serias dificultades para desentrañar lo verdaderamente ocurrido, pues es una característica del ofensor actuar con sigilo y sibilinamente dado que tal es la desproporción y el desborde de sus conductas que prefieren actuar a hurtadillas precisamente para no ser descubiertos. Este rasgo de la personalidad de los infractores a la integridad sexual no debe perderse nunca de vista, porque los infractores, los abusadores, los violadores o los ultrajadores tienen en común dos características: operar sobre la víctima desprevenida y elegir el momento del ataque, cuando nadie puede percatarse de su abyecto cometido._____

_____En la especie, no se advierten motivos para una absolución

que desincrimine libremente de culpa y cargo al encartado, sino por el contrario, es fácil advertir que los conceptos vertidos párrafos arriba se reiteran en el “sub judice” por lo que no debe circunscribirse, sin antes exculpar formalmente al causante, es pretender acotar su conducta en la libido, dado que la integridad sexual no se tutela sólo desde dicha óptica, que por estricta puede generar mayores disturbios, sino en la falta absoluta de libertad de la víctima, que por su propia condición, no sólo no tenía el discernimiento indispensable, sino que las consecuencias sobre su personalidad y equilibrio psíquico pueden ser determinantes para el resto de su vida, dejándoles secuelas indelebles._____

_____Ahora bien, enseña Donna, que si bien la doctrina ha tratado de enfocar el bien jurídico con distintas palabras, analizando el contenido del art. 119 3er. párrafo del C.P., puede afirmarse que la ley tiene en cuenta, en primer lugar, la libertad individual, en cuanto hace a la integridad sexual de las personas. Esta libertad puede ser entendida desde un doble aspecto, positivo-dinámico, por un lado, como la capacidad de libre disposición del propio cuerpo a los efectos sexuales, es decir el consentimiento de la víctima de mantener trato sexual con terceros con arreglo a su querer libre y consciente. Por otro, negativo-pasivo, esto es, la capacidad del sujeto para no ejecutar actos de naturaleza sexual que no desee._____

_____Esta noción de libertad sexual se puede utilizar cuando la violación se comete mediante el empleo de fuerza o intimidación, habida cuenta de que no es necesario ningún requisito esencial de la víctima, en la cual se presume su capacidad de conocer y de valorar el alcance del acto que se pretende ejecutar. En síntesis de lo que se trata es de la violación de la autonomía de la voluntad del sujeto que es la base de todos los bienes jurídicos, en este especial caso, cuando se avanza en contra del ámbito de lo sexual._____

_____Conforme a ello se ha dicho con acierto que la figura contemplada en el art. 119, inciso tercero del C.P. se comienza a ejecutar cuando el individuo pone manos o intimida al sujeto pasivo en grado tal que incide sobre la determinación de la presunta víctima, con el ostensible propósito de someterla a trato carnal. Sino llega a consumar el hecho por la resistencia opuesta por la víctima o por razones ajenas a su voluntad el hecho debe quedar en el terreno de la tentativa (art. 42 del C.P.). No son simples actos preparatorios de carácter libidinoso, sino que importa tentativa de violación al pretender mediante violencia mantener acceso carnal con la víctima si esta demostrada la voluntad de yacer y el hecho no fue consumando por la resistencia que opuso (Cám. Crim. 2° Nom. de Mercedes, San Luis, 23-5-80 “M.R.M.”, J. A. 982-I-388). _____

_____Por ello es que no existe agravio constitucional suficiente, si según las constancias de la causa, la sentencia se funda en los principios de la sana crítica y en la libertad de apreciación de las pruebas del juzgador, la que deja de ser absoluta, cuando la conclusión a la que arriba se aparta definitivamente del hecho que se probó, lo que no ocurre en el caso. _____

_____Como lo enseña Florián: en verdad, la prueba física y material del resultado delictivo, en el cual consiste el delito, será preferible y tal vez la única que tranquiliza plenamente; más las exigencias prácticas de la justicia no permiten ir tan adelante, ni pretender establecerla siempre, inclusive porque a veces es imposible, razón por la cual debe aceptarse, como, por otra parte, se acepta ordinariamente, que el cuerpo del delito

puede probarse también por medios indirectos (“De las pruebas penales”, Temis, Bogotá, 1982, Tomo 1, pág. 422, traducción de Jorge Guerrero, tercera edición). _____

_____Con arreglo a ello, hace muchos años, Mittermaier señaló que, la sentencia criminal no es más que el corolario del juicio sobre el punto de hecho, suponiendo de antemano el legislador, que este juicio emana de la convicción íntima del Juez, y de la certeza que ha adquirido sobre la verdad de los hechos cuya existencia sirve de base a la acusación (“Tratado de la prueba”, Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1877, pág. 64, tercera edición de la traducción castellana). _____

_____A su vez, Cafferata Nores, dice que: en el sistema de la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquellas según su leal saber y entender. A esta característica debe agregársele otra, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales; pero ello no significa en modo alguno la autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el buen sentido de racionalidad, connatural a todos los hombres (“La prueba en el proceso penal”, Depalma, Bs. As., 1998, pág. 45). _____

_____En la evaluación de los hechos que fueron objeto de examen por el juzgador, no se desvirtuó la conducta que se le atribuye al causante: abusar sexualmente mediante acceso carnal a la víctima en grado de tentativa. Las conclusiones a las que se arriba en la sentencia recurrida en casación son sólidas, dado que en el caso como el que se dirimió la cuestión era inexorable no sólo un examen psiquiátrico profundo sobre la personalidad del agresor sexual, sino también de los exámenes médicos; de allí que la investigación quedó concluida por un veredicto que posee congruencia en la decisión final, en el análisis entre el hecho denunciado y sus pruebas. _____

_____En otro orden de cosas, debe recordarse, según lo sostuvo la psiquiatría forense, que las pasiones son estados afectivos intelectualizados e impregnados de sentimientos, de gran potencial afectivo, caracterizados por una persistencia que puede llegar a constituirse en permanencia. Ello trae aparejado que el individuo en tal estado le conceda una predominancia en su actividad psíquica dejando de lado toda cuestión ajena a su pasión, con lo cual la amplitud de su conciencia se verá focalizada únicamente en ella, limitándose por consiguiente su actividad, y quedando su conducta condicionada en concordancia con su estado pasional._____

_____Dentro de ese orden de ideas Riu y Tavella sostienen que: desde ya se producirá una canalización existencial unilateral del individuo con desatención a toda otra actividad ajena. Estos estados que no significan patología y que pueden ser experimentados por cualquier persona en determinados momentos de su vida, lo cual es bastante común, pueden llevar al individuo a un estado patológico cuando su pasión llega a la producción de ideas sobrevaloradoras de connotación anormal. Sobre todo que, generalmente, en esos casos, dichas ideas presentan una extraordinaria firmeza y una muy difícil reductibilidad. A renglón seguido, los autores acotan: si bien en esos casos no puede hablarse de una sensible desviación del juicio, se hace evidente una marcada propensión conductal acorde al profundo convencimiento que dichas ideas llevan implícito, y la persona focalizará su existencia alrededor de ella con una reducción de las demás expectativas evolutivas psíquicas, pues toda su actividad mental

se hallará impregnada del tono típico de la pasión subyugante (“Psiquiatría forense”, Lerner Editores Asociados, Bs. As., 1987, págs. 285 y sgtes.). _____

_____En efecto, cuando existe un predominio de las denominadas tendencias egoístas, los estados pasionales se polarizarán hacia el odio, el orgullo, la avaricia, la venganza, deseos sexuales abyectos, estados éstos conocidos genéricamente con la denominación de bajas pasiones; mientras que cuando el predominio sea ejercido por tendencias altruistas, los estados pasionales se expresarán por acciones filantrópicas, caritativas, piadosas o religiosas; cuando no, en los casos en los que predominen las pasiones impersonales se manifestarán como expresiones de la pasión científica o artística (Riu y Tavella, ibidem, pág. 286).__

_____Acorde a lo expresado, podemos afirmar que en el presente caso, el modo en que ocurrieron los hechos, fue derivado principalmente de la de la declaración incriminante de la víctima (ver fs. 1 y 26 y vta.), quien declaró que el imputado le solicitó que se bajara los pantalones para poder cruzar el río, momento en que el acusado también se los bajó y comenzó a tocarle sus partes íntimas y rozar su órgano genital, sin lograr la consumación del hecho en razón de que se resistió, señalado que los hechos tuvieron lugar en el trayecto turístico denominado El Divisadero de la localidad de Cafayate, describiendo las prácticas sexuales a las que fue sometida. Asimismo la denuncia de fs. 1 efectuada por víctima y ratificada a fs. 26 y vta., es avalada por exámenes médicos de fs. 2 y 3, informe policial de fs. 6/8, croquis ilustrativo y tomas fotográficas de fs. 41, informe psiquiátrico del imputado de fs. 49, y por las declaraciones testimoniales del Dr. G. A. L. de fs. 50, de la Dra. V. C. F. de fs. 51, de M. J. R. de fs. 52/vta. y de M. L. D. A. de fs. 53. _____

_____3°) Que es del caso recordar que ésta Corte tiene dicho en numerosos precedentes (Tomo 119:269; 120:1, 133) que en nuestro sistema procesal rigen la libertad probatoria y la sana crítica racional. Ello implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descriptos por la ley y que, sean cuales fueren los que se arrimasen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme a las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directivas o tasación alguna. En consecuencia, le es dable al tribunal fundar su certeza a partir de aquellos elementos conducentes para el esclarecimiento de la verdad y nada impide que un pronunciamiento condenatorio se sustente con el testimonio de la víctima, siempre y cuando, ésta sea objeto de un riguroso análisis y se expongan los aspectos que determinarán que le sea asignada credibilidad. _____

_____Por ello es que, cabe considerar debidamente aplicado el método de la sana crítica racional, si la atribución certera del hecho se efectúa a partir del análisis del testimonio de la víctima, cuyos dichos fueron pormenorizadamente evaluados. En tal sentido, ésta Corte tiene dicho que las reglas de la sana crítica reclaman que las manifestaciones contradictorias de un testigo sean analizadas para determinar cuáles de ellas son relevantes para el esclarecimiento de la verdad, ya que tales contradicciones no permiten sin más, que la declaración de la víctima, prueba de capital importancia, sea dejada de lado (Tomo 121:351). _____

_____Las reglas de la experiencia común que deben gobernar la apreciación de la prueba, indican que de ordinario la comparecencia ante la justicia para exponer un ataque a la libertad sexual, supone por parte de la víctima una situación traumática que, en principio, puede ser vencida a partir del

impulso de que se haga justicia, de allí que quien pretenda que son otras las motivaciones con que se conduce quien se dice afectado por el hecho, debe ponerlas de manifiesto. _____

_____4°) Que de lo expuesto, puede concluirse que la sentencia contiene una fundamentación adecuada respecto de los hechos atribuidos al acusado, sin que se advierta una valoración errónea de la prueba alegada por el recurrente. Nada hay en los fundamentos expuestos en el fallo que permitan establecer que se hubiesen transgredido los límites de las atribuciones discrecionales de apreciación de prueba propias del tribunal de juicio, o para llegar al estado de certeza sobre los hechos en los que se basa la acusación se haya procedido de manera arbitraria, por lo que corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto por la defensa de F. F. M., y en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 376 y vta. y 396/404. _____

_____La Dra. **Susana Graciela Kauffman de Martinelli**, dijo: _____

_____1°) Que adhiero al voto de los Dres. Ernesto R. Samsón, Fabián Vittar, Guillermo Félix Díaz y Guillermo Alberto Posadas sin perjuicio de añadir los siguientes fundamentos. _____

_____2°) Que la consideración de la libertad sexual como un bien digno de protección penal resulta de la asunción formal del igual derecho de toda persona, mujer y hombre, a la manifestación libre de sus decisiones en materia de sexualidad, en razón de la autonomía individual existente en un campo que atañe a la intimidad._____

_____Los patrones de conducta con carácter patriarcal o machista aprovechándose de la situación -como fuera el utilizado por el imputado actuando como guía de turismo de una turista extranjera (japonesa)- deben ser erradicados de nuestra cultura a los fines de alcanzar la plena igualdad de derechos entre mujeres y hombres, deber que ha sido asumido por el Estado argentino a través de diversos tratados internacionales y leyes nacionales. _____

_____La decisión autónoma de ejercer libremente la disposición sobre el cuerpo es la que debe imperar entre los derechos inalienables de toda persona, que no debe ser perturbada por la sola voluntad de aquellos sujetos que pretenden poder disponer del cuerpo de una mujer con la sola finalidad de satisfacer sus deseos sexuales, sin respetar su integridad sexual, práctica que resulta intolerable frente al deber del Estado argentino de erradicar aquel modelo social impregnado de una cultura de dominación y poder de los hombres sobre las mujeres. _____

_____3°) Que la violencia en contra la mujer, se describe como la manifestación más brutal de la desigualdad entre el hombre y la mujer en nuestra sociedad y se define como la violencia que se dirige sobre las mujeres “por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. _____

_____Tradicionalmente, el sistema internacional de protección y promoción de los derechos humanos ha incluido una cláusula de igualdad en todos sus instrumentos principales así como la prohibición de discriminar en el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. _____

_____4°) Que la responsabilidad del Estado, en casos como el presente, es central para una interpretación expansiva de los derechos humanos que busca incluir los derechos de las mujeres a la vida, libertad y seguridad personal. _____

_____Al respecto, Argentina suscribió significativos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos que piden al Estado incorporar en su legislación y en el diseño e implementación de las políticas públicas acciones y estrategias

para prevenir y eliminar todas las formas de discriminación y violencia de género, tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (C.E.D.A.W., 1979) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, 1994).

La C.E.D.A.W. insta a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra las mujeres, comprometiendo al Estado a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso aquellas de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, disposiciones penales nacionales, reglamentos, usos y prácticas discriminatorios contra las mujeres.

Asimismo, dispone que el Estado deberá tomar todas las medidas apropiadas para modificar aquellos patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con el objetivo de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Por otra parte, la Convención de Belém do Pará ordena al Estado adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en particular, “todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular deben contar –dice– con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva en los casos de violencia contra la mujer (Corte IDH, caso “Campo Algodonero”, párrafo 258).

En el informe sobre “Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, la Comisión Interamericana sostuvo que: “la C.I.D.H. ha establecido en sus precedentes que la obligación de garantizar la igualdad y la no discriminación está íntimamente vinculada con la prevención de la violencia contra las mujeres. Por ello ha procurado examinar el contexto social que determina la violación de derechos de las víctimas considerando el caso particular como exponente de prácticas reiteradas o como una evidencia de una situación estructural de subordinación y desigualdad que afecta a las mujeres en una sociedad determinada (cfr. S. T. de Justicia de la CABA, en fallo de fecha 11 de septiembre de 2013, “in re” “Ministerio Público; Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, en Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos “Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 bis C.P.”, voto de la Dra. Alicia Ruiz).

5°) Que en nuestro país, la sanción de la Ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (11/03/09) vino a saldar, en este sentido, una deuda con las mujeres, y a llenar un vacío normativo

e institucional en la lucha contra la problemática, interpelando al Estado a promover y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias. _____

_____Fundamentalmente, institucionaliza un nuevo paradigma al promover un cambio estructural de las políticas públicas de género, impulsando una reorganización y reasignación de competencias en los distintos niveles y poderes del Estado, promoviendo la remoción de prácticas y patrones socioculturales que sostienen y legitiman la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres. _____

_____Esta ley define la violencia de género en forma más amplia en su art. 4°: "Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal". _____

_____En el art. 5° se determinan las características de estos tipos de violencia. Al referirse a la violencia sexual se describe: "cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres". En el caso en examen medió un claro abuso del imputado quien, de manera artera y ante la ignorancia de la víctima de las costumbres de la zona visitada, intentó abusar sexualmente de ella.___ _____

_____7°) Que se debe tener presente asimismo que esta Corte de Justicia, en cumplimiento de lo dispuesto en los instrumentos mencionados precedentemente, suscribió el Convenio Marco de Colaboración con la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el que se comprometió a incorporar la perspectiva de género, en aras de promover la igualdad de género e incorporar una política institucional transversal en todos los niveles y en todas las áreas de la organización interna y en el servicio de justicia, asumiendo el compromiso de poner de resalto en las sentencias esta problemática para que pueda ser visibilizada y permita de esta forma la generación de políticas tendientes a eliminar los estereotipos sexistas. _____

_____8°) Que al encuadrar el caso en examen en las normas reseñadas voto por la confirmación de la sentencia casada._____

_____Por lo que resulta de la votación que antecede, _____

_____**LA CORTE DE JUSTICIA,** _____

_____**RESUELVE:** _____

_____I. **NO HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 407/423 vta._____

_____II. MANDAR que se registre, notifique y, oportunamente, bajen los autos._____

(Fdo.: Dres. Guillermo A. Posadas -Presidente-, Guillermo A. Catalano, Abel Cornejo, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Félix Díaz, Susana Graciela Kauffman de Martinelli y Ernesto R. Samsón -Jueces de Corte-. Ante mí: Dr. Gerardo J. H. Sosa –Secretario de Corte de Actuación-).