(Registro: Tomo 176:377/404)

_____Salta, 28 de mayo de 2013._____

_____Y VISTOS: Estos autos caratulados **C/C ROH – RECURSO DE CASACIÓN** (Expte. Nº CJS 34.647/11), y _____

_____**CONSIDERANDO**: _____

_____Los Dres. **Guillermo Félix Díaz** y **Gustavo Adolfo Ferraris**, dijeron:_____

_____1º) Que a fs. 150/152, la Sra. Fiscal Correccional Nº 3, interpone recurso de casación contra la sentencia del Juzgado Correccional y de Garantías de Tercera Nominación, de fs. 146, cuyos fundamentos obran a fs. 147/148 vta., en cuanto absuelve a OHR del delito de abuso sexual simple._____

_____2º) Que a fs. 173/174 esta Corte declaró formalmente admisible el recurso, otorgando luego intervención a las partes, por lo que los autos se encuentran en estado de resolver. _____

_____3°) Que la Sra. Fiscal funda sus agravios en la errónea aplicación de la ley adjetiva (art. 466 inc. 2° del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias), al estimar que la absolución dispuesta a favor de OHR está basada en argumentos erróneos y sin fundamentos. Ellos consisten en afirmar que el acusado no tuvo la finalidad de realizar un acto impúdico sobre la menor víctima, desde que los denunciados tocamientos fueron fruto del forcejeo en el intento de llevarla a un descampado._____

_____En primer lugar destaca la contradicción que conlleva aseverar que no se tuvo una intención impúdica -aseverando la ausencia del elemento subjetivo del tipo previsto por el art. 119 primer párrafo del C.P.-, y a la vez disponer la aplicación del art. 4° del citado Código Procesal Penal (absolución por la duda). _____

_____En segundo término, y por el contrario a lo sostenido por el tribunal de sentencia, la recurrente indica que se reunieron durante el debate elementos contundentes que permiten colegir con certeza positiva la realización de actos de innegable contenido sexual por parte del acusado, consistentes en tocamiento de los pechos de la víctima, a lo que cabe sumar sus claras intenciones de conducirla a un descampado. Ello se desprende, dice, del mantenimiento de la versión de la damnificada luego de tres años de la comisión del hecho, llevada a cabo incluso en presencia de su agresor, confirmada a su vez por prueba indirecta como las declaraciones de la madre de aquélla y del cabo R, y el resultado del informe psicológico, que da cuenta tanto de la falta de tendencia a la mendacidad de la menor como de los efectos producidos por la experiencia en su psiquis. Subraya a continuación el mayor reproche que merece una conducta de tal naturaleza de parte del encartado, dada su condición de funcionario público, perteneciente a las fuerzas de seguridad, dedicado al cuidado de los ciudadanos y cabal conocedor de la ley._____

_____En consecuencia, señala que en la resolución impugnada no se hizo un análisis lógico a partir de los principios de la sana crítica racional, solicitando se revoque la sentencia absolutoria decidida en autos.

_____En su informe de fs. 183 y vta, el Sr. Fiscal ante la Corte N° 2 sostiene el recurso interpuesto por la Sra. Fiscal Correccional Nº 3, y en función de la unidad de acción se remite a los argumentos vertidos a fin de evitar reiteraciones innecesarias. _____

_____4º) Que asimismo, el Asesor de Incapaces Nº 4, opina que no se analizó la circunstancia de tratarse de un abuso sexual infantil, cuya característica principal es la dificultad probatoria, por lo cual debió tenerse en cuenta el relato de los testigos que observaron el estado en que se encontraba la víctima luego del hecho, y que éste no fue más grave porque la joven salió corriendo, ya que la intención del acusado

era llevarla a un descampado. _____

_____5º) Que la defensa, por su parte, solicitó, a fs. 187/188 vta., el rechazo del recurso de casación, sosteniendo que la resolución recurrida se encuentra debidamente motivada y resulta ajustada a derecho, desde que se ha hecho aplicación al principio del "in dubio pro reo" frente a las contradicciones de la víctima. Agrega que en el fallo se ha destacado la falta de credibilidad en el relato de la menor por aquel motivo, no quedando la conducta reprochada plenamente comprobada, por lo que el resto de la prueba indiciaria señalada por la impugnante resulta insuficiente para dar sustento a la afirmación de existencia del delito que se le atribuyera. Por otra parte, señala que la falta de comprobación de una conducta típica justificaba la aplicación del principio de la duda e impedía todo análisis sobre la intención subjetiva. Para el supuesto que se hiciera lugar al recurso, sostiene en forma subsidiaria que esa decisión privaría al imputado de contar con el derecho al doble conforme, reconocido constitucionalmente, ya que aquél debe siempre contar con una instancia superior más que el acusador público o privado. _____

_____6º) Que el recurso propugnado no debe proceder, ya que la decisión recaída en autos y puesta en crisis mantiene una congruente relación entre las premisas que establece y las conclusiones a las que arriba, la prueba producida y el derecho aplicado, todo lo cual aventa la acusación de trasgresión de las pautas de razonabilidad en la formación del juicio e impide su descalificación como acto jurisdiccional válido por el razonamiento del juez de mérito. En el fallo no se verifica la omisión de valoración de prueba a que alude la acusación, en tanto el juzgador ha ponderado los elementos de convicción esenciales confrontando los elementos de prueba colectados en la causa._____

_____La pretensión de la fiscalía -que se deje sin efecto la absolución- importaría que este Tribunal sustituya al de juicio en la apreciación de las declaraciones vertidas durante el debate, lo que no resulta posible dado el conocimiento directo de aquellas manifestaciones que tuvo la Sra. Juez Correccional y de Garantías (esta Corte, Tomo 119:787, entre otros). _____

_____A tenor de lo dicho, no puede perderse de vista que al restar credibilidad a los dichos de la supuesta víctima por sus disímiles declaraciones, el tribunal de juicio actuó con los beneficios de la inmediación y la oralidad, que le permitieron recibirlas directamente y percibir las palabras, acompañadas, en su contexto natural, con los gestos, emociones y movimientos que cada uno manifestara. Cuestiones cuya relevancia y el efecto limitador a la capacidad de revisión de esta Corte, fueron remarcadas en numerosos precedentes como el de Tomo 128:437._____

_____En particular, en relación al núcleo de los argumentos casatorios, cabe señalar que el importante cambio de versión de los hechos (cotejar fs. 1 vta. y 142 vta./143), privó de sustento a la hipótesis inicial de la existencia de actos de tocamientos corporales en los términos del art. 119 primer párrafo del C.P. Además la inconsistencia en el relato condujo al sentenciante a un estado de duda respecto a las supuestas intenciones del acusado de llevar a la menor a un descampado, descartando la posibilidad de un delito tentado contra la integridad sexual. _____

_____7º) Que en conclusión, la sentencia es correcta y no admite revocación, ya que la Juez "a quo" ha dado razones suficientes que sustentan su pronunciamiento, teniendo presentes las reglas de la sana crítica racional, y el mismo no se presenta "prima facie" infundado o arbitrario, habiéndose efectuado un análisis integral de las probanzas rendidas en la causa. Dados los fundamentos expuestos, la sentencia en crisis, no merece su descalificación como pronunciamiento jurisdiccional válido, en particular porque el principio de

culpabilidad impide el dictado de una decisión condenatoria ante la existencia de incertidumbre ya que para ello el tribunal debe tener certeza apodíctica como irrefutable corolario de que el suceso no pudo acaecer de otra manera.__ _____
_____8º) Que por consiguiente, corresponde rechazar el recurso. _
_____La Dra. **Susana Graciela Kauffman de Martinelli,** dijo: _____
_____1º) Que adhiero a los considerandos 1º al 6º del voto que antecede pero no a la solución jurídica a la que arriba por los siguientes fundamentos._____
_____2º) Que en la sentencia de fs. 147/148 vta. el juez "a quo" absolvió a OHR del delito de abuso sexual simple previsto y reprimido por el art. 119 1er. párrafo del C.P. al considerar que el hecho no se habría cometido con el fin o propósito impúdico exigido por el tipo penal del art. 119 del C.P., y que los tocamientos que dice la víctima haber sufrido fueron consecuencia del forcejeo a fin de obligarla a ir al descampado._____
_____
_____3º) Que el bien jurídico que protege el tipo penal del art. 119 del C.P. es según Edgardo A. Donna la reserva sexual de la víctima, entendida como el respeto a su incolumidad física y dignidad en tanto persona, especialmente desde la óptica de su pudicia personal–sexual ("Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Rubinzal Culzoni, 2011, Tomo I, pág. 528, cuarta edición actualizada y reestructurada). _____
_____Por su parte la figura del abuso sexual simple admite la tentativa._____
_____Al respecto sostiene Donna, con cita de Núñez, que es posible que el autor intente cometer un abuso sin lograrlo. Ello se daría cuando la víctima ofreciera resistencia al autor, y éste tomándola de sus brazos o luchando, demostrara por sus actos la intención de abusar de su cuerpo, y no lo lograra. Asimismo –con-tinúa-, es posible que, sin que se dé el caso de la lucha cuerpo a cuerpo o de la intimidación, el autor realice actos demostrativos de su intención de consumar el abuso que no lo involucren ("Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Rubinzal Culzoni, 2011, Tomo I, págs. 553/554, cuarta edición actualizada y reestructurada). _____
_____4º) Que si bien no pudo determinarse con claridad durante la audiencia de debate si el tocamiento por parte del acusado en los senos de la víctima fueron producto de una intención libidinosa del autor o del forcejeo, sí resulta manifiesto que el encartado no pudo satisfacer su libido por haberse frustrado su intención de llevar a la víctima hacia un descampado por la fuerza, quien por la clara y tenaz resistencia logró escapar tras ejercer violencia física (patada) sobre el cuerpo del encartado._____
_____Existe efectivamente resistencia cuando la víctima se opone y exterioriza tal oposición, sin que sea necesario que la misma sea desesperada y que haya vencido todos los esfuerzos. Obviamente que dicha resistencia es inconcebible sin la violencia del autor y viceversa ("Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Rubinzal Culzoni, 2011, Tomo I, pág. 540, cuarta edición actualizada y reestructurada).___ _____
_____Entonces de acuerdo a los lineamientos trazados se tiene que la conducta del Sr. OHR encuadra en la figura penal de abuso sexual simple en grado de tentativa, prevista y reprimida por el art. 119 1er. párrafo del C.P. en función de los arts. 42 y 44 del C.P., por cuanto la víctima declaró en la audiencia de debate, según fs. 142 vta. y 143, que el acusado la agarró en una cuadra ancha, y que como había un descampado, la quería llevar para allí, le dijo que fuesen, que nadie se iba a enterar, pero ella se quería ir a su casa, y es en ese momento donde la tomó, entonces le recriminó y salió corriendo, luego paró, él corrió para agarrarla, cuando lo hizo, la tocó (señala sus pechos, sobre lo

que se dejó constancia), por lo que para poder zafar le tuvo que pegar una patada en la rodilla y así salir corriendo. _____

_____Tales dichos encuentran una lógica coherente con el relato de la señora ICQ en la audiencia de debate (fs. 141 vta. y 142) quien da cuenta que su hija (víctima) ingresó a su domicilio con gritos y llantos, luego de preguntarle lo que le sucedía le manifestó que el acusado la manoseó, la tocó, la arrinconó, y cuando quiso zafar la agarró del brazo, por lo que le pegó una patada para poder liberarse, sumado a la declaración testimonial durante la audiencia de debate del señor FR(personal policial actuante el día del hecho denunciado) quien reconoció la firma del informe testifical de fs. 4, de donde surge que observó a la víctima llorando con una crisis de nervios. _____

_____Por otra parte resulta pertinente destacar el informe psicológico de fs. 74/76 de la señorita Nancy Carolina López de donde surge la conclusión, luego que la menor narre el acontecimiento denunciado, que el hecho acrecienta su desvalorización, baja autoestima y perturbación frente a la figura masculina, y que es veraz en su relato. _____

_____5º) Que ante situaciones que afecten la integridad de una persona menor de edad resulta pertinente destacar el resguardo que debe primar por ella en atención al interés superior de la niña, en este caso, la que se encuentra en pleno desarrollo físico y psíquico, sobre la que se debe procurar no sea corrompida por actos que atenten y denoten a la postre sentimientos y muestras de conductas problemáticas, máxime cuando son generados por personas a las que se le debe una particular confianza como es en este caso singular, en el que el imputado se trata de una persona que se desempeñaba como personal policial y calidad que era conocida por la víctima. _____

_____6º) Que además cabe advertir que el hecho imputado constituye un caso de violencia dirigido contra la mujer. En tal sentido resulta dable recordar que de acuerdo con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belem Do Pará”, esa violencia se concreta a través de “...cualquier acción, conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1º). _____

_____El artículo siguiente de esa Convención establece que: “se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual...”. _____

_____Al encontrarse aprobada esa Convención por la República Argentina a través de la ley 24632 el hecho debe ser ponderado en esta instancia jurisdiccional en relación con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos como el aquí considerado, pues estos aspectos hacen al compromiso asumido por el Estado al aprobarla.__

_____Al respecto la Cámara Nacional de Casación Penal ha señalado que: “Todas las formas posibles de abusos sexual comprendidas en el art. 119 del C.P constituyen un abuso de poder específico que se manifiesta con una invasión no autorizada y por vías de hecho, de la esfera de reserva sexual del sujeto pasivo, y en particular de su libertad de determinación sexual, si se realiza sobre una mujer constituye un acto de violencia contra la mujer de los comprendidos en el art. 7º de la Convención de Belém Do Pará” (Sala II, causa Nº 13.245/10 caratulada “Ortiga, René Vicente s/ recurso de casación). _____

_____7º) Que luego de determinar la responsabilidad penal corresponde estipular la pena de conformidad con los arts. 40 y 41 del C.P., en consecuencia resulta preciso tener en cuenta que la personalidad del

Sr. OHR, de acuerdo con el informe psicológico de fs. 59/60, se trata de una persona insegura, dependiente, inmadura, con una estructura psíquica endeble, no posee suficiente sustento y necesita reforzar su funcionamiento para adquirir cierta estabilidad; que tiene marcados problemas para relacionarse con los demás experimentado angustia frente a los contactos interpersonales; que en el contacto con el sexo opuesto adopta un funcionamiento ambivalente donde a veces experimenta sentimientos de empequeñecimiento y otras, se muestra dominante, sobresaliente y agresivo, provocando inseguridad e inestabilidad en lo femenino; presenta dificultades para dominar sus impulsos teniendo que esforzarse para ejercer un control; que cuando el mismo falla, emerge la agresividad y actúa invadiendo al otro: circunstancia que denota una particular personalidad ambigua, con muestras de reacciones diferentes frente a distintas situaciones, que en este caso en particular obra como factor agravante para graduar el monto de la pena, atento a la agresividad con la que actuó, sumada la situación de encontrarse el acusado alcoholizado al momento de cometer el hecho, según surge del certificado médico de fs. 5; el daño generado en la víctima de acuerdo con el informe psicológico de fs. 74/76 de donde surge que el hecho acrecienta su desvalorización, baja autoestima y perturbación frente a la figura masculina; la diferencia de edad entre la víctima (14 años) y el victimario (30 años), y la calidad de personal policial, sobre la que cabe hacer una particular referencia, como el deber de cumplir la cabal custodia de la sociedad no sólo en el ámbito de su desempeño como tal sino en su vida cotidiana por ser depositario de la confianza que requiere toda persona para el resguardo de un vital y armonioso desarrollo en sociedad, máxime ante la presencia de personas menores de edad, que es lo que ocurrió en el presente caso, entonces, si es quien desempeña el resguardo de una sociedad el que comete actos que vulneran su función, la prevención estatal debe ser mayor, razones por las que corresponde aplicar la pena de dos años de ejecución en suspenso por el delito de abuso sexual simple en grado de tentativa de acuerdo con los arts. 119 primer párrafo, 42 y 44 del C.P.__

_____8º) Que en virtud de todo lo expuesto corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Fiscal Correccional Nº 3 a fs. 150/152._____

_____Los Dres. **Guillermo Alberto Posadas, Sergio Fabián Vittar** y **Guillermo Alberto Catalano**, dijeron: _____

_____Compartimos los considerandos 1º a 5º del voto de los Dres. Díaz y Ferraris, no así sus fundamentos y solución jurídica, por lo siguiente:_____

_____1º) Que la declaración prestada en audiencia de debate por la menor víctima goza de coherencia argumental y permite afirmar, en lo esencial, la existencia de una situación con relevancia penal (v. fs. 142 vta./143 vta.). Al respecto, conviene recordar que su valor probatorio es de capital importancia, máxime cuando ha sido recibida bajo las formalidades de ley y constituye un medio de prueba específicamente previsto por la ley procesal, a diferencia de la denuncia que es una fuente de prueba sin aptitud autónoma para fundar una sentencia definitiva (cfr. esta Corte, Tomo 131:857)._____

_____Además, los aspectos generales del hecho presentado como hipótesis de investigación han sido confirmados por el mencionado testimonio y éste resulta avalado por otros elementos indiciarios; tal el caso de las declaraciones de ICQ y del funcionario policial FR –quienes refieren distintas circunstancias posteriores que se condicen con las manifestaciones de la menor- y del informe psicológico de fs. 74/76.

_____Por ende, en autos se encuentra probado que el 15/3/08, en horas de la madrugada, NCL –quien contaba con catorce años de edad- fue

interceptada por el acusado, que éste la sujetó de la ropa con la intención de llevarla a un descampado y que, en tales circunstancias, mediando resistencia de la víctima y algún tipo de forcejeo, asentó su mano en los senos de aquélla. También se ha acreditado que la víctima propinó una patada al agresor, logrando de ese modo escapar del lugar.

_____

_____2º) 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). _____

_____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”, Ed. Depalma, Bs. As., 1945, Tomo 4, pág. 276, parágrafo 1542, traducido bajo la dirección de Sebastián Soler con la colaboración de Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez). _____

_____3º) Que a partir de esas premisas, si bien no cabe sostener que en el caso concurren los elementos exigidos por los arts. 119, 3er. párrafo 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, mediando uso de fuerza física, 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 –fundamen-talmente la actitud corporal del autor y sus manifestaciones verbales- 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). _____

_____4º) Que de tal modo, la conducta desplegada por OHR 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; resta, entonces, determinar la pena que se estima justo imponer. A esos efectos, de las

constancias de autos surgen distintas circunstancias agravantes de la sanción, como son el momento y lugar de comisión, la edad de la víctima y, principalmente, la calidad de funcionario público que posee el acusado; aspecto, este último, que indudablemente intensifica el reproche penal. Frente a esos factores, se advierten otros de carácter atenuante que, además, justifican prescindir condicionalmente de su efectiva ejecución; entre ellos, se destacan la cualidad de primario, la inexistencia de otros antecedentes y las notas de concepto aludidas por algunos vecinos que depusieron en el debate. Por ende, de conformidad con lo precisado por esta Corte en su precedente de Tomo 127:589, resulta ajustado a derecho aplicarle la pena de dos años de prisión en suspenso. _____

_____5º) Que por consiguiente, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 150/152 y, en su mérito, revocar la absolución dictada a fs. 146, cuyos fundamentos obran a fs. 147/148 vta., y condenar a OHR a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (arts. 119, 1er. párrafo, 26, 40 y 41 del C.P.). Asimismo, se debe ordenar que bajen los autos al juzgado de origen para que determine las reglas de conducta que estime adecuado imponer (art. 27 del C.P.). _____

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

_____1º) Que comparto el voto que antecede, en tanto se resuelve hacer lugar al recurso interpuesto, revocar la absolución dictada, condenar a OHR a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional por resultar auto penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (arts. 119 1er. párrafo, 26, 40 y 41 del C.P.) y ordenar que bajen los autos al juzgado de origen para que determine las reglas de conducta que estime adecuado imponer (art. 27 del C.P.). Sin embargo, estimo oportuno agregar los fundamentos que se exponen a continuación.___

_____2º) 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, porque 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 el bien jurídico que se protege es la reserva sexual de la víctima entendida como el respeto a su incolumidad física y dignidad en tanto persona, especialmente desde la óptica de su pudicia personal-sexual. El tipo básico es el abuso sexual con fuerza o intimidación, esto es, la agresión sexual, que exige en principio una relación corporal directa entre el sujeto activo y pasivo, de modo que son típicos los actos de tocamiento en las partes

pudendas, sin el consentimiento de la víctima, la manipulación sexual sobre su cuerpo, tanto del tercero como la obligación al sujeto pasivo a que lo haga el mismo. También es agresión sexual obligar a la víctima a que realice actos de este tipo sobre el cuerpo de terceros._____

_____Lo que se protege es la libertad, que constituye la reserva sexual de la víctima, que el autor viola atacando su pudor individual.___

_____Es decir, lo que primordialmente se tutela es la voluntad o el consentimiento del sujeto, respecto de aquellos actos de disposición en materia sexual ejecutados sobre su cuerpo. En síntesis se protege la libertad de la persona de consentir actos sexuales. _____

_____Por lo demás, señala el autor citado, que en todos los casos se requiere el dolo o la intención del autor del tocamiento de una de las partes pudendas de la víctima; se trata de actos que objetivamente tienen connotación sexual y que con este sentido deben ser abarcados por el dolo del autor. Además se exige un plus en el sentido de querer involucrar sexualmente a la víctima en los deseos del autor (Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 512 y 520). _____

_____Conforme a ello se ha dicho con acierto que el abuso sexual simple es un delito doloso representado por la finalidad impúdica del actor que cede a un impulso repentino, rápidamente satisfecho sin consumar el acceso carnal ni someter al menor a tratamientos lascivos de otro tipo que pudiesen ser indicativos de que se propuso o hizo factible la corrupción de menores. Para juzgar desviación futura del comportamiento sexual de la víctima y para la estimación de la pena aplicable, es esencial tener en cuenta su grado de madurez a fin de estimar el alcance del daño sufrido. Con ello si el daño sufrido por la menor se ha acreditado mediante el informe que destaca que se encuentra bajo estado de stress traumático compatible con abuso sexual y que no detecta fabulación patológica ni exacerbación imaginativa patológica corresponde confirmar el procesamiento decretado (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala V, 20-3-2003 “Rojas Luis Santiago”). _____

_____En igual sentido se ha dicho que corresponde calificar la conducta del imputado como abuso sexual simple de una menor en los términos del art. 119 del C.P, primer párrafo, si se acreditó que su intención tendía a desahogar sus propias apetencias sexuales._____

_____Por ello es que existe agravio, si según las constancias de la causa, la sentencia no 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 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).

De la evaluación de los hechos surge que la conducta que corresponde atribuirle al causante: es abusar sexualmente de la víctima. Las conclusiones a las que se arriba en la sentencia recurrida en casación no son sólidas, dado que en el caso como el que se dirimió la cuestión existe un examen psicológico profundo sobre la personalidad del agresor sexual, de allí que no se comprende que se haya arribado a una afirmación categórica, cuando la investigación quedó concluida por un veredicto que no posee congruencia en la decisión final, en el análisis entre el hecho denunciado y sus pruebas.

Por lo demás lo que debe ser relevante es si ese comportamiento puede dejarle secuelas o invalidar la inmunología psíquica de una menor, si esa conducta puede causarle una inversión en su sistema axiológico en formación, para según ello, tener por acreditado el delito. Sin duda, no habiéndose desvirtuado que el imputado abusó sexualmente de la menor, parecería hasta pueril absolverlo en virtud del principio “in dubio pro reo”.

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”, Ledener 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).

3º) Que resulta importante destacar, que la Convención de los Derechos del Niño consagra expresamente el principio del interés superior del niño, al que define como la máxima satisfacción integral, simultánea de los derechos y garantías reconocidos en el mencionado instrumento, disponiendo, además, que cuando exista conflicto entre los derechos e interés del niño frente a otro derecho e interés igualmente legítimo prevalecerán los primeros. Asimismo, a través, de numerosos artículos declara, en primer lugar, la condición del niño como sujeto de derecho, su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, su derecho a la dignidad y a la integridad personal, como así también coloca en cabeza del Estado una serie de obligaciones consistentes en adoptar las medidas que fuesen necesarias para proteger a los niños del abuso sexual, entre otros.

4º) 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, lo que no ocurrió en el caso.

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 de 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.

En el presente caso, el modo en que ocurrieron los hechos deriva del relato efectuado por la menor (fs. 1 y vta.), el que fue ratificado en sede judicial, quien manifestó que fue abusada sexualmente por el denunciado, señalando que el hecho tuvo lugar en horas de la noche en las inmediaciones de su domicilio sito en Barrio Democracia, manzana 32 en fecha 15 de marzo de 2008 y describió la práctica sexual a la que fue sometida; todo lo cual ha sido corroborado por otros elementos de convicción. Asimismo la denuncia de fs. 2 efectuada por la madre de la menor ratificada a fs. 141 vta. y 142, y del informe psicológico de fs. 74/76.

5º) Que por otro lado es del caso recordar que la pena es la consecuencia jurídica del delito, y como tal, para su imposición debe ser la conclusión fundada en la certeza de que la culpabilidad del causante fue debidamente acreditada en la causa, pues sin certeza no es posible condenar, y menos aún, si no se evaluaron los motivos en los que se basa la sanción.

Conforme a ello, la motivación es la base del reproche de culpabilidad por el acto: el motivo funda un mayor o menor reproche en razón directa con la intensidad de la conducta ilícita. De allí es que el artículo 41 del Código Penal proporciona las bases utilizables

por el juez para fijar la pena en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias referidas a la conducta delictiva y las relativas a la personalidad del delincuente. _____

_____Sobre el particular, Hilda Marchiori dice que; la importancia del artículo 41 deriva del hecho que, al no haber una pena fija para el delito cometido, tratándose de penas divisibles en razón de tiempo o cantidad, los jueces deben fijar la pena aplicable dentro del mínimo o del máximo legal, establecido en las respectivas escalas penales. Es evidente –continúa– que la determinación de la pena realizada por los jueces implica su individualización al delito y al delincuente de que se trata, es un procedimiento de adaptación de la pena legal al caso concreto (“Las circunstancias para la individualización de la pena”, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1983, pág. 8). _____

_____La individualización judicial –dice García Valdez- es la elección de la pena concreta a imponer al reo que realiza el juez (“Teoría de la pena”, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 17). El principio de la culpa –dice Karl Larenz– señala que sólo se puede castigar donde hay un fundado reproche de culpabilidad y que la gravedad de la pena debe corresponder a la gravedad de la culpa. Aquí entra en juego otro principio del derecho justo –señala el autor– que es el principio de proporcionalidad; la pena justa es la pena adecuada a la culpa (“Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica”, Civitas, Madrid, 1993, pág. 113, 1ra. reimpresión, traducción Luis Díez Picazo). _____

_____

_____Así planteadas las cosas, no puede perderse de vista que la sentencia es la decisión del juez que agota la relación procesal o una fase de ella, que por lo demás debe ser autosuficiente, y bastarse a sí misma mediante su lógica interna, de modo que si se arriba a un pronunciamiento absolutorio carente de motivación, debe prosperar la casación interpuesta, debido a que evidentemente hubo una inobservancia normativa; conforme a ello Clariá Olmedo dice que: la sentencia estará afectada por falta de motivación en grado de nulidad cuando los fundamentos sean insuficientes o contradictorios, de manera tal que no alcancen el mínimo necesario como para justificar la decisión (“Derecho Procesal”, Depalma, Bs. As., 1983, Tomo II, pág. 236), lo que ocurre en el caso. _____

_____6º) Que de lo expuesto, puede concluirse que la sentencia no contiene una fundamentación adecuada respecto de la absolución de los hechos atribuidos al acusado, advirtiéndose una valoración errónea de la prueba. Nada hay en los fundamentos expuestos en el fallo que permitan establecer que no 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 no se haya procedido de manera arbitraria, por lo que corresponde admitir el recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal Correccional Nº 3, revocar la sentencia de fs. 146, 147/148 vta., y en su mérito condenar a OHR a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple conforme a los términos de los artículos 119 primer párrafo, 40 y 41 del C.P.

_____

_____Por lo que resulta de la votación que antecede, _____

_____**LA CORTE DE JUSTICIA**, _____

_____**RESUELVE**: _____

_____I. **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 150/ 152 y, en su mérito, **revocar** la absolución dispuesta en la sentencia de fs. 146 cuyos fundamentos obran a fs. 147/148 vta., **condenar** a OHR y demás condiciones personales, a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple conforme a los términos de los artículos

119 primer párrafo, 26, 40 y 41 del C.P. y **ordenar** que bajen los autos al Juzgado Correccional y de Garantías de Tercera Nominación para que determine las reglas de conducta que estime adecuado imponer._____
_____II. MANDAR que se registre y notifique._____

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