(Tomo 205:91/106)

Salta 03 de mayo de 2016.

Y VISTOS: Estos autos caratulados "**C/C M., R. D. - RECURSO DE CASACIÓN**" (Expte. Nº CJS 34.542/11), y

CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 485 obra fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante el cual declara procedente el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa de R. D. M. y ordena que se remitan las actuaciones a esta Corte para que, en la forma en que se disponga, se asegure respecto del recurrente el derecho consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2º) Que en ocasión de absolver al imputado por el delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por la guarda, la ex Cámara en lo Criminal del Distrito Judicial Tartagal, merituó que es posible que, al momento de mantener relaciones íntimas con la joven, haya existido en el imputado la creencia de que C.M.Z. tenía 15 o 16 años de edad, y que tal vez fue ésta quien desplegó conductas de seducción hacia M.. Tuvo por acreditado, además, que no hubieron indicios ni antecedentes que permitieran al encausado inferir la real edad de la víctima y que tampoco existieron motivos que lo determinaran a averiguarlo.

3º) Que contra dicho pronunciamiento el Fiscal ante la Cámara del Crimen del Distrito Judicial Tartagal interpuso recurso de casación, tras considerar que la resolución cuestionada adolece de vicios en la aplicación de la ley sustantiva e incurre en inobservancia de las pautas de razonabilidad en la formación de convicción.

Afirma que la sentencia es arbitraria y que contiene una valoración inconsistente y superficial de los elementos de prueba, al sustentarse en el posible "error de hecho" que habría experimentado el imputado respecto de la edad de la víctima. Indica que no es posible amparar a M. en ese aspecto, toda vez que, más allá de la contextura física de la menor, el acusado conocía perfectamente su edad, en razón del tiempo prolongado que llevaba conviviendo con su madre.

Califica de incomprensible la postura asumida por los Sres. Jueces de la ex Cámara, que se refieren a una eventual conducta desplegada por la víctima para seducir al imputado. Advierte que con las expresiones vertidas en el fallo se menoscaba a la niña, al no contemplarse las circunstancias desdichadas que la rodearon desde temprana edad. Sostiene que la falta de educación sexual del imputado resulta completamente indiferente a la configuración del hecho delictuoso, y que no corresponde justificarlo por el insuficiente nivel de educación escolar adquirido.

Concluye diciendo que los fundamentos del pronunciamiento cuestionado se encuentran teñidos de prejuicios, que impidieron arribar a una sentencia ajustada a derecho, y que la ley presume "juris et de juris" que el menor de trece años de edad carece de capacidad y discernimiento para comprender el significado del acto sexual y no le acuerda relevancia jurídica a su consentimiento. Solicita se haga lugar al recurso de casación articulado y se condene a R. D. M. por el delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por la guarda.

_____4º) Que a fs. 260/262 la defensa del imputado produce informe final respecto del recurso deducido por el Ministerio Público Fiscal, solicitando el rechazo del mismo. Expresa que los agravios del recurrente se vinculan con cuestiones interpretativas respecto de los elementos probatorios y del derecho aplicable y que no presentan entidad suficiente para conmover la resolución atacada._____

_____Destaca que durante el plenario quedó acreditado el desconocimiento del imputado respecto de la edad real de la víctima, a partir de una presunción elaborada en torno a su apariencia física y a su grado de madurez. Puntualiza que ello, sumado al escaso grado de instrucción alcanzado por su defendido, atribuye verosimilitud a sus dichos respecto a la creencia de que la menor presentaba una edad mayor. Indica que la ausencia de violencia aleja la figura penal pretendida por el órgano acusador, e insiste en que M. incurrió en un error de hecho motivado en la apariencia física de la víctima._____

_____Aduce que los elementos probatorios colectados no resultan suficientes para condenar a su defendido, por lo que –a su criterio- no se advierten en el pronunciamiento cuestionado los vicios referidos por la recurrente._____

_____5º) Que a fs. 264/268 vta. la Asesora de Incapaces Nº 8 se pronuncia por la procedencia del recurso de casación interpuesto. Afirma que la ex Cámara en lo Criminal realizó una interpretación arbitraria e irrazonable de los elementos incorporados al proceso, afectando gravemente el interés superior de la niña. Destaca que el acusado tenía real conciencia de que C.M.Z. era pequeña, y de que jamás pudo discernir la naturaleza del acto que realizaba, por lo que no se puede concluir que haya podido elegir libremente tener relaciones sexuales con aquél._____

_____Advierte que, mientras el sentenciante manifiesta encontrarse con una persona en pie de igualdad con el abusador, a quien prácticamente sedujo y obligó a mantener relaciones, la pericia psicológica realizada a la víctima da cuenta de una niña tímida, desestabilizada, con cierto retraso mental y en absoluto estado de vulnerabilidad._____

_____6º) Que a fs. 273/281 esta Corte resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto, revocar el punto I de la sentencia impugnada y condenar a R.D.M. a la pena de 8 años de prisión efectiva como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda, por considerar que cuando la víctima de abuso deshonesto es una persona que todavía no cumplió los 13 años de edad su inmadurez se presume, resultando irrelevante su consentimiento, y que en nada incide que haya sido la menor quien se acercó al acusado pues éste, como persona mayor, debió controlar su conducta. Merituó que en la especie no se configura el error al que alude el “a quo”, toda vez que el imputado manifestó que cuando se enteró del embarazo, por una parte se sintió contento y por otro lado se sintió mal porque ella era muy “chiquita”, además de llevar conviviendo con la madre de la menor un tiempo prolongado, por lo que debió conocer su edad más allá de que por su contextura física aparentase otra._

_____7º) Que a fs. 312/323 la defensa del encausado deduce recurso extraordinario federal, y sostiene que la resolución

dictada por este Tribunal contradice los principios fundamentales relativos a la potestad represiva del estado y agravia los derechos elementales de su asistido._____

_____Expresa que se advierte un cercenamiento evidente del derecho del imputado a defenderse frente a una sentencia adversa cuando el máximo Tribunal de la Provincia decide revocar la absolución a instancias del órgano requirente, al no existir una instancia ordinaria que pueda conjurar los agravios producidos en la alzada.

_____Indica que la sentencia de condena omitió considerar el grado de desarrollo de la menor, el que, según la certificación efectuada por el Dr. Marcelo Gustavo Cornejo y la constatación "de visu" que tuvo ocasión de concretar el sentenciante, permitía inferir que C.M.Z. tenía una edad cronológica mayor a la consignada en su partida de nacimiento. Manifiesta que el referido elemento objetivo, sumado al escaso grado de instrucción alcanzado por su defendido, atribuyen verosimilitud a sus dichos respecto a la creencia de que la menor presentaba mayor edad._____

_____Afirma que la conclusión a la que arriba este Tribunal en ocasión de condenar a su asistido, según la cual, por su situación de convivencia con la menor debió conocer la edad de la misma, más allá de que su contextura física le hiciera aparentar otra, contrasta con las constancias de autos, colisionando con el estado de inocencia que debe imperar en resguardo del imputado._____

_____Se agravia además, al entender que el fallo cuestionado ostenta una franca arbitrariedad en la individualización de la pena impuesta, toda vez que se omitió considerar las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal. Aduce que no corresponde merituar solamente los resultados del delito y su gravedad, sino que deben valorarse las circunstancias individuales del autor y la realidad que lo rodea._____ Concluye de que la condena impuesta tiene como basamento constancias escritas que no representan las ventajas de la oralidad e inmediatez. Solicita se declare admisible la vía intentada y, en su mérito, se revoque la resolución recurrida._____

_____Denegado a fs. 332/336 el remedio extraordinario articulado, la recurrente acudió en queja por ante la Corte Federal (fs. 476/481). Reeditó las objeciones formuladas en instancias anteriores y propuso, medularmente, que el fallo cuestionado prescinde de efectuar un tratamiento adecuado del asunto de conformidad con las pruebas producidas durante el debate, y que el dictado de un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia cercena la garantía de defensa en juicio y el derecho del encausado a recurrir dicho resolutorio, pues no existe un tribunal superior que pueda avocarse al conocimiento de los agravios producidos en la alzada. Puntualiza, además, que la reiteración de la pretensión acusatoria a partir de una diversa interpretación del plexo probatorio producido durante el debate, implica someter al imputado al doble riesgo de ser condenado por un mismo hecho (primero, durante el plenario, y luego, en circunstancias de resolver el recurso fiscal deducido contra la sentencia absolutoria), en contradicción a la prohibición constitucional, en tal sentido._____

_____8º) Que a fs. 485 la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que resultan aplicables al caso las consideraciones desa-rrolladas en la causa CSJ 429/2012 (48-D/CS1 “Duarte, Felicia s/ Recurso de Casación”), hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario articulado y ordenó que se remita la causa a esta Corte para que, en la forma que se disponga, se asegure respecto del recurrente el derecho consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos._____

_____En el precedente citado, el Máximo Tribunal Federal se refirió a lo expresado por la Corte Interamericana en el caso “Mohamed vs. Argentina” sobre la necesidad de revisión de la primera sentencia adversa, ocasión en que interpretó que el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del estado, y entendió que resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria, y que interpretar lo contrario implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena._____

_____En ese contexto, siendo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó revisar los fundamentos y motivos brindados por la Corte en un fallo que no ha sido revocado ni anulado por un tribunal que –aún en ejercicio de competencia extraordinaria- si es superior a ésta, ello actualiza otras cuestiones de orden constitucional que necesariamente deben ser destacadas._____

_____Lo resuelto por el Máximo Tribunal Argentino, como ya se dijo, persigue que se actúe la doble instancia penal, es decir, se controle la sentencia mediante el ejercicio de una competencia, de ordinario vertical, y mediante un examen amplio, lo que presupone la intervención de un nuevo tribunal o, al resultar ello jurídicamente imposible, de otros jueces llamados a integrar la misma Corte de Justicia local, según parecería desprenderse de las remisiones contenidas en el pronunciamiento que debe aplicarse mediante la presente resolución._____

_____Por ende, para poder dar cumplimiento a lo ordenado por el Máximo Tribunal Federal a fs. 485 y al ser ello un imperativo jurídico que no puede obviarse ni desconocerse en este proceso, no queda otra solución que aceptar que esta Corte “ad hoc”, sin constituir una instancia superior y conformado en su mayoría por jueces de grado, asuma la revisión de un fallo dictado por la cabeza del Poder Judicial local en su conformación natural, amén de los efectos que esa actuación produce respecto al diseño orgánico y la división en grados e instancia que dispone nuestra Constitución Provincial y sus leyes reglamentarias (arts. 150, 153, 154 y cc. de la Const. Prov.; 1º, 3º y 36 y cc. de la Ley 5642 y modificatorias; 34, 38, 554 y cc. de la Ley 7690 y modificatorias; 1º y cc. de la Ley 7716; 4º de la Ley 7797)._____

_____En el marco reseñado, la voluntad recursiva del interesado, que ha sido objeto de específica formulación y habilita la revisión de la sentencia de segunda instancia, fue sometida por aquel tribunal a resolución en la presente, merced al reenvío hasta aquí examinado. Por ello, se debe proceder conforme lo indicado en el precedente de Tomo 199:567, entre otros.

_____9º) Que en base a estas premisas y a la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo "Casal", corresponde realizar un nuevo análisis de las constancias de la causa para examinar todo el material probatorio y verificar si se configura el delito que sustentó la sentencia condenatoria recurrida._____

_____10) Que previo a analizar los agravios de la recurrente, cabe precisar que esta Corte tiene dicho que en nuestro sistema procesal penal rige el principio de libertad probatoria y el sistema de la sana crítica racional, lo cual implica que el juez no debe 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, en definitiva, la facultad de valorarlos conforme a las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directivas o a tasación legal alguna (Tomo 176:77, entre otros)._____

_____También sostuvo que en materia de delitos contra la integridad sexual cometidos respecto de personas menores de edad, normalmente existen serias dificultades para desentrañar lo verdaderamente ocurrido (Tomo 163:319; 176:127, entre otros) y, a la vez, hay que tener en cuenta que difícilmente se pueda contar en estos casos con prueba directa y contundente, por lo que la vía de acceso hacia la verdad será la de la valoración sistemática y abarcativa de todos los indicios, que juntos y coherentemente formarán parte de un todo, revistiendo así suficiente fuerza probatoria (Tomo 163:319)._____

_____En este sentido, resulta importante destacar que la Convención de 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. Asimismo, a través, de numerosos artículos declara, en primer lugar, la condición del niño como sujeto de derecho, su derecho a ser oído y a 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._____

_____11) Que según se desprende del art. 119, primer párrafo, del C.P., abusa sexualmente la persona que realiza actos corporales de tocamiento o acercamiento, de carácter sexual, con persona de uno u otro sexo, menor de trece años, o cuando mediare violencia, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechándose de que la víctima, por cualquier causa, no haya podido consentir libremente la acción (…). Habrá abuso sexual si la víctima fuere menor de trece años, aún con su consentimiento, pues la criminalidad reside en la falta de madurez mental del menor (Donna, Edgardo Alberto, "Delitos contra la Integridad Sexual", Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2005, págs. 20 y 26)._____

_____Por su parte, el tercer párrafo del artículo citado prevé la figura del abuso sexual con acceso carnal como una forma agravada del abuso sexual simple. En ese caso, el hecho se materializa cuando, mediando las circunstancias típicas a que se

refiere el primer párrafo, hubiere acceso carnal por cualquier vía.__

_____12) Que en relación con el agravante previsto en el inciso b) de la norma citada, es preciso señalar que en la guarda se halla implícito el deber de asumir el amparo físico y moral del menor, con la confianza de que habrá de ser resguardado debidamente. El concepto de guardador no es jurídico, dado que sus deberes no son solamente legales sino también sociales o de hecho. Al tener el guardador el cuidado de la persona del menor con el que convive bajo el mismo techo, está obligado a cumplir con el deber de vigilarlo y ampararlo; y el que comete alguno de los delitos contra la integridad sexual, viola gravemente ese deber que lo obliga a velar moralmente por el menor, a favorecer la formación de su personalidad y, por lo tanto, a no atentar contra ella arrasando con su libertad (cfr. esta Corte, Tomo 141:465).__

_____En el caso bajo análisis, la situación fáctica comprobada y, en especial, la relación del acusado con la víctima, avalan la calificante impuesta en la sentencia, ya que el concepto de guardador surge del ejercicio de deberes tanto legales como sociales o de hecho. En efecto, de la prueba incorporada en la causa surge que la víctima consideraba al imputado parte integrante de su familia y depositaba en él su confianza. En este sentido, este Tribunal ha sostenido en el precedente citado que el concubino de la madre de la víctima se encuentra comprendido en la calificante del art. 119, inc. b) cuando actúa como jefe del hogar respecto de los hijos de su concubina.__

_____13) Que en autos no se encuentra controvertido que R.D. M. haya mantenido relaciones sexuales con la víctima en varias oportunidades, circunstancia admitida sin cuestionamientos por el imputado durante toda la investigación.__

_____Lo que se impugna, es la condena impuesta al encartado tras merituar que el consentimiento que pudiera haber prestado C.M.Z. carece por completo de eficacia a los fines de la tipificación del delito en cuestión.__

_____14) Que en relación al agravio tendiente a demostrar que la niña fue quien desplegó conductas de seducción y que consintió la conducta desplegada por el acusado, cabe señalar que la ley supone la falta de madurez de todo menor de trece años para comprender el alcance o significado de esa clase de sucesos, independientemente de que, en el caso puntual, pueda tratarse de un menor experimentado sexualmente. El objeto de protección en este caso va más allá de la libertad sexual, comprendiendo la protección del menor por considerárselo inmaduro para ejercitar esa libertad, de ahí que su consentimiento libre sea absolutamente ineficaz (Código Penal Comentado y Anotado, D´Alessio, Andrés José, La Ley, 2004, pág. 163).__

__

_____Además, es necesario dejar perfectamente aclarado que ni la ex Cámara en lo Criminal ni este Tribunal tienen en esta causa el cometido de juzgar las historias personales de C.M.Z., y que la situación de exposición de la víctima, como resultado de la evolución de su entorno familiar no hizo más que acentuar su vulnerabilidad y conducirla a una circunstancia especialmente propicia para la comisión de un delito en su perjuicio (esta

Corte, Tomo 107:447).

15) Que el imputado incurrido en el error de tipo es un fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando falta o es falso el cocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. El autor del delito debe saber que la víctima, en el caso del abuso sexual o éste con acceso carnal, es menor de trece años, ya que la creencia errónea de que tiene más edad excluye su culpabilidad, pudiendo desplazarse la adecuación al art. 120, siempre que concurran todas las exigencias del tipo mencionado. No obstante ello, la desaprensiva o negligente ignorancia y la duda, no excusan al autor que deberá responder a título de dolo eventual (Figari, Rubén E., “El error en la edad de la víctima en el abuso sexual”).

Esta Corte tiene dicho que si bien en nuestra ley penal se trata al error como aniquilador del dolo, en cuanto el aspecto cognitivo del tipo no abarca al aspecto objetivo en la forma típicamente requerida (cfr. Zaffaroni, "Tratado de Derecho Penal", parte general, Tomo III, pág. 337), ese estado espiritual -"error factis"- ha de incidir sobre circunstancias de tal naturaleza que el inculpable y decisivo desconocimiento del autor haga aparentar a la acción como lícita (Tomo 128:663).

En la especie, los elementos probatorios colectados no habilitan a concluir que el imputado haya desconocido la edad de C.M.Z. En efecto, el propio M. reconoció que cuando tuvo relaciones con la víctima por primera vez llevaba aproximadamente cuatro años conviviendo con su madre, que unos meses antes del primer hecho la menor se fue a vivir con ellos (v. fs. 21 vta.), que cuando comenzó a andar con C.M.Z. ésta tenía doce años (v. fs. 200 vta.) y que ella misma se lo comentó (v. fs. 201), y que cuando supo que la menor estaba embarazada se sintió mal porque ella era “muy chiquita de edad” (v. fs. 22). Por su parte, del informe psicológico agregado a fs. 179/182 surge que se observan en la persona del imputado indicadores de evasión y ocultamiento y que tiene tendencia al disimulo.

En ese marco, ha quedado acreditado que –cuanto menos- el acusado tenía dudas respecto de la edad real de la víctima, que se mostró indiferente y sin ánimo de averiguarla y que, no obstante ello, cometió el hecho que motivara su condena, por lo que no es posible afirmar que hubiera incurrido en el error sobre el que se sustenta su defensa.

Finalmente, es preciso señalar que el nivel de escolaridad alcanzado por el imputado no justifica su accionar delictivo, aunque resulte sensiblemente inferior al de la víctima.

16) Que de la lectura del fallo se advierte que la totalidad del material probatorio ha sido valorado con criterio racional y de forma particularizada, en un contexto integrador que permitió fijar la verdad histórica de lo acontecido, su autoría y calificación típica, otorgando así a la decisión una base suficiente y legal; por consiguiente, corresponde rechazar el recurso interpuesto.

_____17) Que cabe señalar, por último, que la pena impuesta resulta ajustada a los arts. 40 y 41 del C.P., dadas las condiciones personales del justiciable, la falta de antecedentes penales computables a la fecha de la condena y su voluntad de reconocer al hijo concebido. Además, no resulta atendible el agravio respecto al monto de la pena y a la falta de conocimiento directo y "de visu" del imputado -por parte del tribunal que dictó la sentencia condenatoria-, toda vez que se le impuso el mínimo de la escala penal prevista, por lo que el examen de su persona no podría haber determinado la modificación de la pena en su favor._____

_____Por ello, _____

_____**LA CORTE DE JUSTICIA**,_____

_____**RESUELVE**:_____

_____I. **CONFIRMAR** en todos sus términos el punto I de la sentencia de fs. 273/281._____

_____II. MANDAR que se registre y notifique. _____

(Fdo.: Dres. Eduardo A. Barrionuevo, Virginia H. Solórzano, Abel Fleming, Pablo Mariño y Rubén Eduardo Arias Nallar (Jueces Tribunal de Impugnación llamados a integrar). Ante mí: Dra. Mónica Vasile de Alonso –Secretaria de Corte de Actuación-).