(Tomo 189: 553/582)

_____ Salta, 06 de junio de 2014. _____

_____ VISTOS: Estos autos caratulados **"C/C G.M.J – RECURSO DE CASACIÓN"** (Expte. Nº CJS 36.260/13), y_____

_____**CONSIDERANDO**:_____

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

_____ 1º) Que a fs. 740/750, el Dr. Juan A. Medrano de la Serna, en su carácter de querellante conjunto -en representación de los Sres. H.C. y M.M.D.L.S.- interpone recurso de casación contra la sentencia del ex Juzgado Correccional y de Garantías de Primera Nominación de fs. 722 y vta., cuyos fundamentos obran a fs. 723/736, que absuelve a M.J.G. del delito de abuso sexual simple por aplicación del principio de la duda._____

_____ A fs. 751/755 hace lo propio el Sr. Agente Fiscal Penal Nº 1, contra la misma sentencia. _____

_____ 2º) Que frente a la sentencia absolutoria dictada a favor del acusado, el Ministerio Público Fiscal se agravia por considerar que el tribunal "a quo" incurrió en la inobservancia de las pautas de razonabilidad en la valoración del marco probatorio, toda vez que entendió que ninguna de las niñas víctimas pudo describir los hechos objeto de la imputación en sus declaraciones, siendo insuficientes los elementos de cargo que autorizan el dictado de una condena. Afirmó el recurrente que los hechos están demostrados no sólo por los testimonios brindados en cámara Gesell sino también por los informes periciales efectuados con posterioridad. Cita jurisprudencia al respecto._____

_____ Por su parte, el querellante conjunto afirma que la sentencia absolutoria incurrió en inobservancia de las pautas en la formación de convicción, al entender que la absolución dispuesta tiene como fundamento una errónea y parcializada valoración de los elementos de prueba acumulados en la causa. Expresó, además que la sentencia recurrida, entre otras cuestiones, pretendió analogar el relato dado por las niñas en cámara Gesell al de un adulto, sometiéndolo a un examen lógico que no tuvo en cuenta la madurez y afectividad propias de la edad de las menores víctimas lo que llevó a una valoración errónea de los dichos de las niñas. _____

_____ 3º) Que el Sr. Fiscal ante la Corte Nº 1 a fs. 784 y vta., por las razones allí expuestas y tras analizar y advertir la similitud de los fundamentos que integran los agravios esbozados en ambos planteos recursivos, a los efectos formales sostiene el recurso de casación planteado por el Agente Fiscal Penal Nº 1 y se pronuncia por la procedencia del recurso del querellante particular. Hace reserva del recurso extraordinario federal._____

_____ A fs. 791/793, el Dr. Mario López Escotorin defensor del acusado, solicita el rechazo de los recursos y la confirmación del fallo absolutorio por ser una derivación racional y razonable de la legalidad y recta administración de justicia._____

_____ Por su parte, a fs. 797/800 vta., la Sra. Asesora General de Incapaces entiende que existen elementos probatorios suficientes para disponer la sanción penal prevista para el hecho delictivo,

por lo que se pronuncia por la procedencia de los recursos interpuestos y solicita se revoque el fallo recurrido. _____

_____ 4º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto los recursos fueron oportunamente concedidos (v. fs. 756/757), previo a expedirse sobre los motivos invocados por los recurrentes, 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 han sido presentados en término y por partes legitimadas (v. fs. 736 vta., 750 y 755 vta.); además, la resolución resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (arts. 466 inc. 3º, 468 inc. 1º y cc. del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias), razón por la cual, cabe ingresar al examen de las cuestiones planteadas en los recursos._____

_____ 5º) Que antes que nada es dable señalar que, en los delitos contra la integridad sexual, cuando la víctima es una menor de edad, 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, a acotar su conducta en la libido, dado que la integridad sexual no se tutela sólo desde dicha óptica, 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. _____

_____ 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. _____

_____ La misma idea es la que guía el problema de los menores de 13 años, en este caso la protección es el ámbito de la libertad, a lo que se agrega el problema de la inmadurez sexual de la víctima. Por eso en segundo lugar, además de la violación a la autonomía de la libertad, especializada en el ámbito sexual, se puede afirmar que también está en juego la intangibilidad sexual o de indemnidad sexual. La doctrina ha afirmado que se trata de una invasión o el ataque de tal derecho mediante acciones violentas o abusivas que avasallan la libre e íntima decisión por parte del autor. Ello significa que el violador abusa o aprovecha la circunstancia o calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente su consentimiento, o bien que con violencia lo elimina, reemplazado así la voluntad de la víctima –efectiva o presumida por ley- por la suya (Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 567/569). _____

_____ 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, 20/03/2003 “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 las víctimas. 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 las menores, 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”, 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). __

_____ 6º) 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._____

_____ 7º) 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 las víctimas 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 las menores, quienes manifestaron que fueron abusadas sexualmente por el denunciado, señalando que los hechos tuvieron lugar en el Instituto Humanista Santísima Trinidad ubicado en calle Joaquín Castellanos Nº 401 –Vº San Lorenzo- y describieron las prácticas sexuales a las que fueron sometidas; todo lo cual ha sido corroborado por otros elementos de convicción. Así, las denuncias de los progenitores de las víctimas J. M.d.l.S. de fs. 7 y vta. y 28 y vta. ratificada a fs. 97 y 697 vta./698, de M.M.d.l.S. fs. 31 ratificada a fs. 384 y vta. y 698, de R.J.D.V. de fs. 58 y vta. ratificada a fs. 397/398; fueron avaladas por los informes policiales de fs. 1/2 y 4 y vta.; acta de procedimiento de fs. 5; acta de cámara Gesell de las menores

A.M., F.C. y R.D. de fs. 79/80 y 179 y vta, fs. 81 y vta. y 180 y 158/159 respectivamente; informe de allanamiento y secuestro de fs. 49/51; informes psicológicos de las menores F.C. y A.M. de fs. 86/88 y 200/201 y fs. 89 y 103 respectivamente; acta de inspección del dormitorio del imputado de fs. 142 y vta.; informes psicológicos del imputado y de las menores R.D, F.C. y A.M. de fs. 151/153 y 181 y 154/157 respectivamente; croquis ilustrativo con tomas fotográficas de fs. 187; informe social de la familia de la menor A.M. de fs. 288/289 y del imputado de fs. 290/294; declaraciones testimoniales de la maestra D.C.d.F. de fs. 124/125, Sra. M.C.M. de fs. 130/131 y 698 vta./699 vta., Lic. Sonia Liliana Ilizabet Juri de fs. 699 vta./700 vta., Dra. Margarita Cornejo San Millán de fs. 182/vta, de la Lic. Marina Aduriz de fs. 211/212, Lic. Maria Clara Tomasi de fs. 213/vta., Lic. Patricia Alejandra Schwarez de fs. 214/215, Lic. Carina Emilia Salas Machuca de fs. 216, Prof. Cristina Susana Dragone de fs. 395/vta., la maestra María Elena Pereyra Rosas de fs. 396/vta., Lic. Elsa del Carmen Sappia de David de fs. 705 vta./706 vta._____

_____ 8º) 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 art. 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 art. 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.

_____ 9º) 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 los recursos de casación interpuestos, revocar la sentencia de fs. 122 y vta., y en su mérito condenar a M.J.G. a la pena de un año y dos meses de prisión de ejecución condicional por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple conforme a los términos de los arts. 119 primer párrafo, 40 y 41 del C.P.

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

_____ 1º) Que adhiero al voto del señor juez preopinante sin perjuicio de realizar las siguientes consideraciones.

_____ 2º) Que la consideración de la libertad sexual como un bien digno de protección penal resulta de la asunción formal del derecho igual 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 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 ajeno con la sola finalidad de apetecer sus deseos sexuales, sin respetar la integridad sexual del otro, máxime cuando se encuentra en juego el pleno desarrollo de la persona afectada en todos sus aspectos, como es el caso que ocurre en autos al tratarse las damnificadas de dos menores de edad,

prácticas que resultan intolerables 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. ___ _____ 3º) 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.___ _____ 4º) 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 Belem 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".___ _____ 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. _____

_____ 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). _____

_____ 5º) Que resulta indiscutible, en la actualidad, la protección de los derechos de los menores por lo que su superior interés es el que debe regir en todas las decisiones que recaigan cuando las víctimas sean niñas, niños o adolescentes. _____

_____ La jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño y su operatividad, que fuera ratificada por Ley 23489, hace que deba considerarse expresamente su normativa. En este sentido, el art. 34 de la Convención establece en forma expresa que los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. _____

_____ A su vez la Ley 26061 que regla la Protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes asegura -en el segundo párrafo del art. 1º- su máxima exigibilidad y sustento en el principio del interés superior del niño/a por lo que prescribe, en el último párrafo del mismo artículo: "Los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles". Esta normativa prevé -en su art. 9º- que: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral". _____

_____ 6º) Que al encuadrar el caso en examen en las normas reseñadas, a más de lo dicho por el Sr. Juez preopinante, considero que debe hacerse lugar a los recursos de casación y condenar a M.J.G. a la pena de un año y dos meses de prisión de

ejecución condicional por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple conforme el art. 119, en su párrafo primero y arts. 26, 40 y 41 del Código Penal._____

_____ Los Dres. **Ernesto R. Samsón, Guillermo Alberto Catalano, Guillermo Félix Díaz** y **Guillermo Alberto Posadas**, dijeron:_____

_____ 1º) Que a fs. 740/750, el Dr. Juan A. Medrano de la Serna, en representación de los querellantes conjuntos Sres. H.C.y M.M.D.L.S. interpone recurso de casación contra la sentencia del ex Juzgado Correccional y de Garantías de Primera Nominación de fs. 722 y vta., cuyos fundamentos obran a fs. 723/736, que absuelve a M.J.G. por el delito de abuso sexual simple por aplicación del principio de la duda._____

_____ A fs. 751/755 hace lo propio el Sr. Agente Fiscal Penal Nº 1, contra la misma sentencia. _____

_____ 2º) Que el querellante conjunto afirma que el tribunal "a quo" incurrió en inobservancia de las pautas en la formación de convicción, dado que la absolución dispuesta tiene como fundamento una errónea y parcializada valoración de los elementos de prueba acumulados en la causa, especialmente al considerar que los relatos de las niñas en cámara Gesell resultan análogos al de un adulto, sometiéndolo a un examen lógico que no tuvo en cuenta la madurez y afectividad propia de la edad de las menores víctimas lo que lo llevó a una valoración errónea de sus dichos, restando valor probatorio a las pericias psicológicas practicadas tanto a las menores víctimas como al imputado._____

_____ Sostiene que no se efectuó un análisis integral de las restantes pruebas colectadas, habiendo en la causa gran cantidad de indicios concordantes y coincidentes los que, de haber sido analizados en su conjunto, le hubieran permitido al juzgador lograr la convicción necesaria para despejar la duda por la que fue absuelto el imputado. En virtud de ello, solicita se revoque la sentencia impugnada. _____

_____ Por su parte, el Ministerio Público Fiscal se agravia por considerar que el tribunal "a quo" incurrió en la inobservancia de las pautas de razonabilidad en la valoración del marco probatorio, al fundar la absolución en que ninguna de las niñas víctimas pudo describir los hechos objeto de la imputación en sus declaraciones, y en la insuficiencia de los elementos de cargo que autorizan el dictado de una condena. Afirma el recurrente que, por el contrario, los hechos están demostrados no sólo por los testimonios brindados en cámara Gesell sino también por los informes periciales efectuados con posterioridad, citando jurisprudencia al respecto._ _____

_____ 3º) Que el Sr. Fiscal ante la Corte Nº 1 a fs. 784 y vta., tras analizar y advertir la similitud de los fundamentos que integran los agravios esbozados en ambos planteos recursivos, sostiene el recurso de casación planteado por el Agente Fiscal Penal Nº 1 y se pronuncia por la procedencia del recurso del querellante particular. Hace reserva del recurso extraordinario federal. _____

_____ A fs. 791/793, el Dr. Mario López Escotorin, solicita el rechazo de los recursos planteados y la confirmación del fallo

absolutorio por ser una derivación racional y razonable de la legalidad y recta administración de justicia._____

_____ Por su parte, a fs. 797/800 vta., la Sra. Asesora General de Incapaces entiende que existen elementos probatorios suficientes para disponer la sanción penal prevista para el hecho delictivo, por lo que se pronuncia por la procedencia de los recursos interpuestos y solicita se revoque el fallo recurrido._____

_____ 4º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto los recursos fueron oportunamente concedidos (v. fs. 756/757), previo a expedirse sobre los motivos invocados por los recurrentes, 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 han sido presentados en término y por partes legitimadas (v. fs. 736 vta., 750 y 755 vta.); además, la sentencia resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (arts. 466 inc. 3º, 468 inc. 1º y cc. del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias), razón por la cual, cabe ingresar al examen de las cuestiones planteadas en los recursos._____

_____ 5º) Que el tribunal "a quo" absolvió al acusado por considerar que no se acreditó con el grado de certeza necesario la comisión de los hechos materiales atribuidos y sustentó su decisión en las supuestas imprecisiones en las declaraciones de las niñas recibidas en cámara Gesell y en el carácter no vinculante de los informes practicados por los licenciados en psicología. _____

_____ 6º) Que previo a analizar los agravios de los recurrentes, cabe precisar que esta Corte tiene dicho que en nuestro sistema procesal penal rigen 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, 127, 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 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. 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. _____

_____ 7º) Que además, es importante señalar 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 (Cám, Nac. Crim. y Corr., Sala V, 20/03/2003 “Rojas, Luis Santiago”). _____

_____ Como ha apuntado la doctrina, esta acción genérica comprende todo acercamiento o contacto corporal con la víctima, de significación sexual, sin que constituya acceso carnal (Creus, Carlos, “Derecho Penal. Parte Especial”, Astrea, Buenos Aires, 2007, Tomo I, pág. 182). La acción típica puede consistir en actos de tocamientos en las partes pudendas de la víctima sin su consentimiento, la manipulación sexual sobre su cuerpo, tanto del tercero como la obligación al sujeto pasivo a que lo haga él mismo. También es agresión sexual obligar a la víctima a que realice actos de este tipo sobre el cuerpo de terceros. Se trata de actos que –por las circunstancias objetivas- tienen una connotación sexual y con ese sentido deben ser abarcados por el dolo del autor (cfr. Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 513, 520 y 521). _____

_____ Además, debe considerarse 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. 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 o del abuso de la situación en los casos de menores de trece años”. En este sentido, “Cuando se trata de una persona menor de trece años su consentimiento para el acto es irrelevante, bastando el hecho abusivo para consumar la actitud reprochable” (Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 512/513 y 521); “En los abusos sexuales, básicos y agravados, se protege la libertad sexual de las personas mayores de trece años y la intangibilidad sexual de los menores de tal edad y de quienes carecen de capacidad para consentir libremente la acción del autor” (Arocena, Gustavo Alberto, “Ataques a la integridad sexual”, Ed. Astrea, Bs. As., 2012, pág. 10). _____

_____ 8º) Que en base a estas premisas, el hecho presentado como hipótesis de investigación en el “sub judice” ha sido confirmado a partir de su compleja y variada reconstrucción probatoria. De tal

modo, todos los extremos fácticos requeridos por el tipo penal del art. 119, primer párrafo, primer supuesto, del C.P. –tanto objetivos como subjetivos- han quedado debidamente acreditados con el grado de certeza necesario para arribar a un pronunciamiento condenatorio; en efecto, la historicidad de los hechos se corrobora principalmente con las expresiones efectuadas por las menores en cámara Gesell, las que son contestes en indicar una impropia familiaridad con el acusado, como así también los juegos que practicaba, especialmente el de la "mayonesa en el dedo", episodio que, analizado objetivamente en sus circunstancias de persona, modo y lugar, demuestra su contenido impúdico. _____ _____ Los hechos descriptos por las niñas han sido corroborados por otros elementos de convicción, principalmente las declaraciones testimoniales efectuadas en el debate por los progenitores de las menores F.C. y A.M. (ver fs. 697 vta./698 vta.), quienes describieron los juegos a que las sometía el imputado, conforme lo manifestado en privado por sus propias hijas, y los incorporados legítimamente al debate a fs. 714 vta./715 vta., derivando de su valoración en conjunto el estado de certeza positivo que acredita que el imputado, habiéndose ganado previamente la confianza de las dos menores de edad, las sometió a prácticas que, aún bajo la forma de juegos, resultaron abusivas. __ _____ En efecto, de las constancias de fs. 79 vta. la niña A.M. refirió que vio cuando el acusado "le ponía mayonesa en el dedo y se lo pasaba", refiriéndose a otra compañera, aduciendo además que los juegos se reducían a "lo de la mayonesa con el dedo y el del chupetín", ratificado en sus declaraciones posteriores (v. fs. 179 vta.). En igual sentido, conforme acta de fs. 81, la menor F.C.M. en su entrevista con la Lic. Elsa Sapia de David demostró una reticencia palpable para contestar todo aquello que se vinculara con los juegos que practicara el imputado, sin que se observara dicha conducta ante preguntas sobre otros temas ajenos al hecho, sin embargo a fs. 180 se refiere a Gómez como una persona mala, dejando entrever la existencia del "juego del chupetín" y la exhibición de fotografías. _____ _____ 9º) Que el testimonio infantil presenta limitaciones que lo distinguen del brindado por personas adultas, tales como la memoria, los conocimientos fundamentales para relatar sus experiencias y las limitaciones propias de su lenguaje. _____ _____ Al respecto, 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 únicamente 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).

10) Que si bien la materialidad de los juegos en sí misma no denota necesariamente una conducta con connotaciones sexuales, las circunstancias de haber sido inducidos por una persona mayor de edad, a niñas de seis años de edad, y no tener el accionar sugerido por el imputado otra explicación lógica y justificable, adquieren entidad para configurar el tipo penal previsto en el art. 119, primer párrafo, primer supuesto del C.P., por lo que debe responder en calidad de autor por ese delito.

Ello es así, con independencia de los efectos que los hechos pudieren haber producido en la psiquis de las niñas, pues el daño psicológico no es requerido por el mencionado tipo penal.

11) Que sin perjuicio de ello, esta Corte no cuenta en el presente caso con los elementos necesarios para determinar la concreta culpabilidad y peligrosidad del acusado, de conformidad con las circunstancias objetivas y subjetivas que establece el art. 41 del C.P. Razón por la cual, no cabe ejercer la competencia positiva al respecto y debe reenviarse la causa para que el tribunal de origen oportunamente proceda a individualizar la pena, conforme al presente.

12) Que en conclusión, la sentencia no se funda en los principios de la sana crítica y en la correcta apreciación de las pruebas, por lo que corresponde admitir los recursos de casación interpuestos por el representante de los querellantes conjuntos y el Sr. Agente Fiscal Penal Nº 1, revocar la sentencia de fs. 722 y vta., y en su mérito condenar a M.J.G. por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo, primer supuesto del C.P.) en perjuicio de las menores F.C. y A.M.

En consecuencia, se debe ordenar que bajen los autos al juzgado de origen para que, conforme los arts. 40 y 41 del C.P. individualice la pena correspondiente.

Por lo que resulta de la votación que antecede,

LA CORTE DE JUSTICIA,

RESUELVE:

I. **HACER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos a fs. 740/750 y 751/755 y, en su mérito, **revocar** la absolución dispuesta en la sentencia de fs. 722 y vta., cuyos fundamentos obran a fs. 723/736 y **condenar** a M.J.G. como autor del delito de abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo, primer supuesto del C.P.) y **ordenar** al ex Juzgado Correccional y de Garantías de Primera Nominación que oportunamente individualice la pena de conformidad al presente y de acuerdo a los arts. 40 y 41 del C.P.

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

(Fdo.: Dres. Guillermo A. Posadas -Presidente- Guillermo A. Catalano, Abel Cornejo, Guillermo Félix Díaz, Susana G. Kauffman de Martinelli y Ernesto R. Samsón -Jueces de Corte-. Ante mí: Dra. Mónica Vasile de Alonso –Secretaria de Corte de Actuación-).