(Tomo 190: 719/746)

_____ Salta, 24 de julio de 2014. _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados **"C/C A, R I - RECURSO DE CASACIÓN"** (Expte. N° CJS 36.326/13), y _____

_____**CONSIDERANDO**:_____

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

_____ 1°) Que a fs. 443/447 vta. el Dr. Gerardo A. Brandán, en ejercicio de la defensa técnica de R I A, interpone recurso de casación contra la sentencia de fs. 416 y vta., cuyos fundamentos obran a fs. 417/437, mediante la cual el titular del ex Juzgado Correccional y de Garantías de Tercera Nominación resolvió condenar al acusado a la pena de un año y seis meses de prisión efectiva por reputarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple. _____

_____ 2°) Que el recurrente enmarca su impugnación en los términos del art. 542 incs. a) y b) del C.P.P. –texto según Ley 7690-. En tal sentido, señala que la sentencia casada adolece de incongruencia y arbitrariedad, al tiempo que cuestiona la valoración psico-social de la personalidad del acusado. Destaca, también, que el único elemento de cargo existente en contra de su defendido es la declaración acusatoria de la menor pretendidamente víctima. _____

_____ Tras sopesar el contenido del testimonio de la niña M.A.L. y esbozar alguna genérica y superficial caracterización dogmática del delito imputado a R I A, el recurrente cuestiona las conclusiones de los exámenes psicológicos practicados a la menor supuestamente abusada y advierte contradicciones entre los diversos testimonios prestados en la causa, circunstancia que, a su entender, pondría de manifiesto vicios lógicos que atentarían contra los principios racionales que se incardinan en el sistema probatorio de la sana crítica racional. A partir de dichas consideraciones, sostiene que tal situación de contrariedad y equivocidad se traduce -a los fines del conocimiento procesal- en un cuadro general de duda razonable que, como tal, debe resolverse a favor del acusado. _____

_____ Asimismo, se agravia el recurrente de la modalidad de cumplimiento efectivo asignada a la pena impuesta por el tribunal de juicio. Al respecto, aduce que el "a quo" violó los arts. 26 del C.P. y 19 de la C.S. al omitir la debida motivación de la sanción aplicada (un año y seis meses de prisión). Agrega que el cotejo de los antecedentes de su asistido no revela ni reincidencia ni riesgo moral alguno que habilite una determinación de la consecuencia jurídica del delito juzgado bajo un canon de cumplimiento tan gravoso como el establecido y concluye que tal decisión deviene palmariamente arbitraria._____

_____ Seguidamente, efectúa diversas consideraciones acerca del instituto de la condena condicional y se agravia de la condena civil impuesta a su parte por la sentencia recurrida. Amén de renegar del monto de la indemnización dispuesta en el fallo impugnado, señala que el trámite procesal que siguiera la acción civil instaurada por la parte damnificada fue unilateral,

incompleto, defectuoso y, por ende, violatorio de la garantía del debido proceso._____ _____

_____ Por ello, solicita la revocación de la sentencia en todas sus partes. _____

_____ 3º) Que a fs. 478/479 vta. el Fiscal ante la Corte Nº 2 sostiene que el recurso carece de eficacia revocatoria del fallo impugnado, toda vez que la sentencia se sustenta en una motivación razonable y legal. _____

_____ En tal sentido, entiende que el juez de grado efectuó un mérito integral de la prueba producida en la causa que se muestra atinado, ajustado a derecho, a las reglas de la sana crítica racional y al principio de libertad probatoria. Añade que en la sentencia cuestionada no se advierten los atisbos de arbitrariedad denunciados por el recurrente y que la pena individualizada fue justamente motivada, en función de las pautas dimanantes de los arts. 40 y 41 del C.P. _____

_____ Sugiere, por último, que el recurrente incurre en un error de razonamiento al pretender una motivación "especial" para la imposición de pena efectiva, toda vez que, por el contrario, es la condenación condicional la que según el art. 26 del C.P. requiere de una motivación expresa y circunstanciada que explique la inconveniencia de la privación efectiva de la libertad para el caso concreto. _____

_____ En consecuencia, concluye que el recurso debe ser rechazado.

_____ 4º) Que a fs. 482/485 vta. comparece la señora Asesora General de Incapaces y emite dictamen respecto de la procedencia sustancial del recurso interpuesto. _____

_____ Tras memorar los agravios fundamentales expuestos por el recurrente y emitir algunas consideraciones acerca del abuso sexual infantil, efectúa una valoración de las principales declaraciones obrantes en la causa con citas de jurisprudencia y de normativa pertinente. _____

_____ Concluye sosteniendo la incolumidad del fallo y propiciando el rechazo del recurso. _____

_____ 5º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 448 y vta.), previo a expedirse sobre los motivos invocados por el recurrente incumbe a esta Corte en la presente instancia efectuar un nuevo control de los recaudos a los que la ley subordina su admisibilidad formal (art. 36 de la Ley 7716). _____

_____ A ese respecto, se observa que ha sido presentado en término y por parte legitimada (v. fs. 437 vta. y 447 vta.). Además, la resolución atacada resulta objetivamente impugnable (arts. 539 y 542 del C.P.P. –texto según Ley 7690-) y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (art. 539 del citado ordenamiento procesal); razón por la cual cabe ingresar al examen de la cuestión planteada en el recurso. _____

_____ 6º) Que el juez "a quo" reconstruyó la plataforma fáctica del caso a partir de una valoración armónica e integral de las pruebas producidas en el curso del debate, con especial ponderación de la activa defensa material del acusado, de las deposiciones narrativas de los testigos, de los estudios e

informes psicológicos practicados en la causa y de la declaración prestada por la menor víctima en cámara Gesell._____

_____ Sobre la base de tales constancias y con sustento en las alegaciones de las partes, el juez de grado arribó a la convicción en grado de certeza positiva respecto de la existencia histórica del hecho abusador y de la autoría culpable del acusado. En particular, el magistrado sopesó la credibilidad del relato de la niña abusada y destacó la invariable uniformidad de sus sucesivas declaraciones, resaltando el carácter sostenido y lineal del núcleo esencial del hecho (conforme le fuera narrado por la víctima a su madre, a la psicóloga y al médico que la revisó). ____

_____ Previo encuadrar el hecho comprobado en la figura básica del art. 119, 1er. párrafo, 1er. supuesto del C.P., el juez valoró las circunstancias determinativas de la pena, conforme surgen de los arts. 40 y 41 del C.P. En particular, consideró la relevancia del bien jurídico lesionado, las condiciones personales del acusado y el daño psíquico y moral generado en la persona de la víctima. Por ello, el “a quo” le impuso la pena de un año y seis meses de prisión efectiva por reputarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, en los términos precitados. _____

_____ Con sustento en la predicha declaración de responsabilidad penal y en la correspondiente acreditación de los pertinentes extremos atributivos de responsabilidad civil, el juez hizo lugar a la demanda civil, condenando a A a pagar las sumas de $ 25.000 (pesos veinticinco mil) en concepto de daño moral y $ 9.640 (pesos nueve mil seiscientos cuarenta) por daño material, de conformidad con lo normado en los arts. 1068, 1069, 1077, 1078 y concordantes del C.C. _____

_____ 7º) 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. 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 (Tomo 156:697). _____

_____ También sostuvo este Tribunal 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, pues es una característica del ofensor actuar con sigilo, bajo amenazas y a hurtadillas, precisamente, para no ser descubierto (Tomo 145:217); y que es plenamente válida la condena si en la sentencia se ha adquirido certeza a partir de la evaluación de los hechos que fueron objeto de examen por el juzgador y se comprobó la conducta atribuida al acusado, de abusar sexualmente de una niña, teniendo en cuenta el examen psicológico profundo sobre la personalidad del agresor sexual y de la menor y

el examen médico, quedando de este modo concluida la investigación con un veredicto plenamente congruente y razonado (Tomo 140:445). _

_____ Como ha apuntado la doctrina: “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); “De acuerdo a lo que se desprende del art. 119, primer párrafo, del Código Penal, abusa sexualmente la persona que realiza actos corporales de tocamiento o acercamiento, de carácter sexual, con persona de uno u otro sexo, menor de 13 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 13 años, aún con su consentimiento. La criminalidad reside en la falta de madurez mental del menor” (Donna, Edgardo Alberto, “Delitos contra la integridad sexual”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, págs. 20 y 26); “Abusa sexualmente el autor que efectúa contacto corporal que tenga significación sexual entre su cuerpo y el de la víctima o mediante un instrumento, sea o no relevante. Esas acciones pueden ser la de tocar o hacerse tocar los genitales u otras partes del cuerpo que tengan aquella significación...” (Reinaldi, Víctor Félix, “Los Delitos Sexuales en el Código Penal Argentino – Ley 25087”, Ed. Lerner, Córdoba, 1999, pág. 38). _____

_____ 8º) Que en el “sub judice” quedó debidamente comprobado que el acusado, tras ganarse la confianza de la niña ofreciéndole caramelos y regalos, concretó su depravado propósito sexual al sentar a la menor M.A.L. sobre su falda, sujetándola con fuerza, y efectuarle tocamientos impúdicos de indubitable e inequívoco contenido sexual (acariciándole la parte superior de las piernas y los glúteos). _____

_____ La historicidad del hecho aquí juzgado deviene palmaria a partir de su compleja y variada reconstrucción probatoria. De tal modo, todos los extremos fácticos requeridos por el tipo penal “sub examine” (art. 119, 1er. párrafo, 1er. supuesto, del C.P.) –tanto objetivos como subjetivos- han quedado debidamente acreditados. Así, se han probado las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho, a la par que la autoría material y moral de la acción criminosa y su deleznable intencionalidad libidinosa.

_____ Ahora bien, para que proceda una condenación civil por causa de la responsabilidad penal respectiva, “el delito debe haber provocado un daño o lesión que afecte un interés particular digno de tutela –daño privado-, que pueda repercutir en la faz económica o moral de una persona y por el cual sus partícipes deban responder solidariamente, con fundamento en la culpabilidad (arts. 1067, 1077, 1081 y 1109 del C.C. y 31 del C.P.)” (Casas, Margarita D. y Rodríguez Fernández, Gustavo A., “Presupuestos de la Responsabilidad Civil”, trabajo publicado en AA.VV., “Reparación de daños en el proceso penal”, Arocena, Gustavo A. (Director), Ed.

Mediterránea, Córdoba, 2005, págs. 47/48). Dicho “daño” ha quedado evidenciado, en el caso, tanto en su aspecto material cuanto en su faz moral.__ _____

_____ Al respecto, la sentencia recurrida exhibe una motivación lógica, adecuada y congruente con las constancias de la causa. Del mismo modo, los importes resarcitorios fijados por el “a quo” aparecen proporcionados a las condiciones de víctima y victimario y a la entidad objetiva del daño causado, por lo que no merecen reparo alguno en tal sentido. _____

_____ 9º) Que por último, la pena de un año y seis meses de prisión efectiva se muestra razonable y proporcionada a la entidad objetiva y subjetiva del delito juzgado, a la culpabilidad del autor y a sus demás condiciones personales. En consecuencia, y concurriendo en el caso las pautas de mensuración punitiva que se desarrollaran en el precedente de esta Corte registrado en el Tomo 127:589, es que corresponde rechazar el recurso._____

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

_____ Adhiero al voto que antecede y estimo oportuno expresar lo siguiente. _____

_____ 1º) Que respecto del agravio de la defensa técnica en cuanto al cumplimiento efectivo de la pena, esta Corte tiene dicho que en cuanto al deber de fundar la decisión de disponer que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena, bajo pena de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad (art. 26 del C.P.), la exposición de motivos del Poder Ejecutivo Nacional, que adjuntaba el proyecto que luego sería la Ley 23057, expresaba su preocupación porque la automaticidad con que se aplicaba la condena condicional, aseguraba que no se aplicaría pena alguna al delincuente primario que cometiera un delito amenazado con pena mínima de hasta dos años, con lo que se afectaba la función de prevención general de la pena (la pena hasta la cual “alcanzaba” la condicionalidad era hasta ese momento de dos años, y fue elevada a tres por la Ley 23057). Por eso, el texto vigente del artículo establece la obligación, bajo pena de nulidad, de fundar la decisión judicial que deja en suspenso la ejecución de la pena. Si bien todas las decisiones judiciales deben ser fundadas, el legislador ha querido remarcar la obligación para terminar con la aplicación mecánica del instituto (cfr. Breglia Arias, Omar, Gauna, Omar R., “Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, Ed. Astrea, 5ª ed. act. y ampl., Bs. As., 2003, Tomo 1, págs. 195/196; esta Corte, Tomo 169:137). En rigor, depende de la fundamentación de las circunstancias de los arts. 40 y 41 del C.P. (De la Rúa, Jorge, “Código Penal argentino. Parte general”, Ed. Depalma, 2ª ed., Bs. As., 1997, págs. 399/400; esta Corte, Tomo 142:823). _____

_____ 2º) Que la regla es la prisión efectiva y la condicionalidad lo extraordinario (Breglia Arias, Omar, Gauna, Omar R., ob. cit., Tomo 1, pág. 197; esta Corte, Tomo 142:823). Cabe, además advertir que es incorrecto olvidar que la condicionalidad de la pena no es

una obligación del juez en casos de penas menores de tres años, sino una facultad que debe ser mensurada en cada caso (Breglia Arias-Gauna, ob. cit., pág. 197; esta Corte, Tomo 166:1029; 172: 893; 184:923, entre otros). _____

_____ 3º) Que así, resulta evidente que, a diferencia de la libertad condicional, el instituto de la condenación condicional, aunque se sustenta en principios humanitarios que impregnan todas nuestras leyes penales de fondo y de forma, y que hallan su fundamento en la Constitución Nacional, no constituye un derecho del condenado sino que es una atribución judicial de carácter facultativo (Tomo 157:45). _____

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

_____ 1º) Que por razones de brevedad doy por reproducida la reseña de los hechos efectuada en los considerandos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 8º del voto emitido por los distinguidos Señores jueces preopinantes, como así también comparto la solución jurídica a la que arribaron, no obstante lo cual, considero oportuno agregar mis propios fundamentos. _____

_____ 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, a 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. _____

_____ 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, 20/3/2003 “Rojas Luis Santiago”).

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

_____ Como lo enseña Florián: en verdad, la prueba física y material del resultado delictivo, en el cual consiste el delito, será preferible y tal vez la única que tranquiliza plenamente; más las exigencias prácticas de la justicia no permiten ir tan adelante, ni pretender establecerla siempre, inclusive porque a veces es imposible, razón por la cual debe aceptarse, como, por otra parte, se acepta ordinariamente, que el cuerpo del delito puede probarse también por medios indirectos (“De las pruebas penales”, Temis, Bogotá, 1982, Tomo 1, pág. 422, traducción de Jorge Guerrero, tercera edición).

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

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

_____ De la evaluación de los hechos surge que la conducta que corresponde atribuirle al causante: es abusar sexualmente en forma simple de la víctima. Las conclusiones a las que se arriba en la sentencia recurrida en casación son sólidas, dado que en el caso como el que se dirimió la cuestión existe un examen psicológico profundo sobre la personalidad del agresor sexual, de allí que se comprende que se haya arribado a una afirmación categórica, cuando la investigación quedó concluida por un veredicto que 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 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 la menor, quien manifestó que fue abusada sexualmente por el denunciado, señalando que los hechos tuvieron lugar en el negocio del imputado ubicado en la Localidad de Tolar Grande- Dpto. Los Andes y describió las prácticas sexuales a las que fue sometida; todo lo cual ha sido corroborado por otros elementos de convicción. Así, la denuncia de la progenitora de la víctima A E R de fs. 1 ratificada en sede judicial a fs. 22 y 390/392; es avalada por la declaración informativa de la menor de fs. 1/vta., Acta de la cámara Gesell de fs. 316 bis; declaración testimonial del maestro Gabriel Leoncio Espinosa de fs. 14 y 294/295; declaración informativa de la menor S.J.S en presencia de su padre de fs. 14 vta. y 21; declaración

testimonial del Dr. Adolfo Carlos Altuna de fs. 15 y 392/395; declaración testimonial de la maestra Ana Vargas de fs. 16 vta./17; de la directora Rufina Segunda Alancay de fs. 17 vta./18; de la maestra Leonor Beatriz Tolaba de fs. 18 y 293; de Azucena Gladis Torres de fs. 22 y vta.; de Judith Vanesa Puca de fs. 22 vta./23; del progenitor de la menor José Rubén López de fs. 26 y vta.; de la Lic. Sánchez Villagrán de fs. 292/293; de la enfermera Salustiana Mamaní de fs. 395 vta./396; de Aldo Martínez de fs. 396/399; informes psicológicos de la menor M.A.L de fs. 33 y 130 y vta.; informe psicológico del imputado de fs. 127 y vta. e informes ambientales de fs. 131/133._____

_____ 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 contiene una fundamentación adecuada, no advirtiéndose una valoración errónea de la prueba. Nada hay en los fundamentos expuestos en el fallo que permitan establecer que se hubiesen transgredido los límites de las atribuciones discrecionales de apreciación de prueba propias del tribunal de juicio, o para llegar al estado de certeza sobre los hechos en los que se basa la acusación se haya procedido de manera arbitraria, por lo que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 443/447 vta., y confirmar la sentencia de fs. 416 y vta. cuyos fundamentos obran a fs. 417/437. _____

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

_____ 1º) Que adhiero al voto emitido en primer término, con el agregado propuesto por el Dr. Guillermo Catalano en su voto. A su vez, sumo los fundamentos que expreso a continuación, para sostener mi voto en el sentido de rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de R I A a fs. 443/447 vta. _____

_____ 2º) Que como lo señala la Asesora de Incapaces en su dictamen de fs. 482/485 vta., el delito que se le imputa al señor Arjona implica una relación de poder y una situación de incapacidad –por la minoría de edad- para consentir. Así, en el abuso sexual infantil una persona adulta, abusando de la situación de privilegio en la que está colocada por su mayor edad, para su gratificación sexual, ejerce poder sobre niñas y niños, en desmedro de la integridad física, psíquica y sexual de aquellas y aquellos. _____

_____ 3º) Que como he dicho al votar en otras causas de abuso sexual, en el marco de matrices socio-culturales fuertemente patriarcales y sexistas, las diferentes formas que adquiere la violencia sexual, cuyas víctimas principales son mujeres, niñas, niños y adolescentes, han permanecido invisibilizadas, gracias al efectivo proceso de naturalización de la violencia de género, que posibilitó, entre otras cuestiones de igual relevancia, la revictimización de la víctima de violencia sexual, a través de diferentes y eficaces mecanismos de violencia (familiar e institucional), dirigidos a poner en cuestión su voz, su vida, su accionar. El silenciamiento de la víctima de los diferentes tipos atentatorios de la libertad y la integridad sexual de la persona, en ese contexto socio-cultural, también se ha nutrido del temor que el agresor difunde en ella, antes y después de consumado el delito, situación que se agrava en los casos en los que existe un vínculo (laboral, parental) entre éste y aquella. De igual modo, han incidido los proceso de disciplinamiento social más sutiles, que facilitan que la víctima se sienta culpable y avergonzada, bloqueándola, inhibiéndola de denunciar lo padecido, a más de las

dificultades en verbalizar lo sufrido propias de la edad (Marchiori, Hilda, “Víctimas vulnerables: niños víctimas de abuso sexual”, versión digital disponible en http://www.ilanud.or.cr/A119.pdf) (cfr. v. gr. mi voto emitido en la sentencia de esta Corte del 06/05/14, registrada en el Tomo 187:901). _____

_____ Además de lo considerado precedentemente, hay que tener presente que una de las características de la violencia de género en general y del abuso infantil en particular, es que la prueba por excelencia es la declaración de la propia víctima (en relación con la violencia de género, cfr. Documento nº 68/07, Informe sobre “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas” (Documento nº 68/07, OEA/Ser.L/V/II; respecto del abuso infantil, cfr. Rozansky, Carlos Alberto, “Abuso sexual infantil, ¿Denunciar o Silenciar?”, Ed. B Argentina, Buenos Aires, 2003).__ _____

_____ 4º) Que la sentencia casada ha ponderado adecuadamente tal marco conceptual. En efecto, a fs. 430 vta. el “a quo” recuerda que con “los delitos contra la integridad sexual normalmente existen serias dificultades para desentrañar lo verdaderamente ocurrido en el ámbito privado, ya que es por todos conocido que una de las características propias de quien comete este tipo penal es el de actuar con sigilo y de que siempre lo hacen en la medida y alcance de sus posibilidades a escondidas, puesto que su objetivo hacia la sociedad o hacia el resto de la comunidad –tal el caso de autos- es el de no ser descubiertos y seguir manteniendo su buen nombre y honor. Conforme las descripciones efectuadas sistemáticamente por los peritos en psicología este es uno de los rasgos de la personalidad de los transgresores a la integridad sexual que jamás debe perderse de vista, ya que este tipo de sujetos tienen en común, entre otras características, la de actuar cuando nadie puede percatarse de su accionar típico, (...) la de hacer una tarea previa para ganarse la confianza en el caso de los menores, para llegar a concretar y tomar en forma desprevenida a la víctima”. _____

_____

_____ 5º) Que Argentina ha suscrito numerosos instrumentos internacionales y regionales de protección a los Derechos Humanos (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer –CEDAW- y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención de Belém do Pará-), en virtud de los cuales asumió el compromiso de prevenir, investigar, sancionar y erradicar toda forma de discriminación y violencia hacia las mujeres y niñas. En relación con éstas últimas, además tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 19) como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (C.D.N.) demandan al Estado un plus de protección, precisamente requerido en función de la edad de quien aún no ha alcanzado los 18 años de vida, por colocar esta condición etaria, en situación de mayor vulnerabilidad a la persona en desarrollo, respecto de sus posibilidades de autovalimiento, autodeterminación y autoprotección. Además,

concretamente, por imperio del art. 34 de la C.D.N., los Estados "se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales"; y, como consecuencia de lo establecido por el art. 19 de esa Convención, también es un deber estatal adoptar "todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual".

_____ 6º) Que resulta fundamental visualizar que en el marco de la C.D.N. el abuso sexual ejercido contra un niño, niña o adolescente transgrede una serie de derechos, como ser el derecho a la integridad física, psíquica y sexual, al desarrollo armónico de la personalidad, a la propia imagen, a no ser objeto de discriminación, de violencia y de actos inhumanos o degradantes, y a acceder, frente a la violación de alguno de esos derechos, a un sistema de restitución que incluya la rehabilitación y el tratamiento especializado necesario._____

_____ Todos esos derechos, en el plano del derecho interno, además fueron reconocidos por la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. En particular, viene al caso destacar lo dispuesto por el art. 9º de esa ley: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral." Norma que, además, y como consecuencia de ese reconocimiento, en consonancia con los mandatos que Argentina asume por imperativo de la C.D.N., establece que "Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes". _____

_____ 7º) Que en la definición de violencia que brinda la Convención de Belém do Pará queda incluida toda acción o conducta que, basada en el género, produzca un daño o sufrimiento físico, psicológico o sexual a la mujer (art. 1º); de allí que reconozca distintos tipos de violencia, como la física, la sexual y la psicológica, que –obviamente- comprenden la violación, el abuso y el acoso sexual (art. 2º). _____

_____ De conformidad con ese marco regulatorio mínimo, 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, define la violencia contra las mujeres como "toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal" (art. 4º). Y en la tipificación de la violencia de género incluye

la violencia sexual como cualquier “acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres” (art. 5.3). _____

_____ 8º) Que en ese contexto normativo, a más de los derechos enunciados en el considerando 5º) de este voto, el abuso sexual ejercido contra una mujer, niña o adolescente, vulnera sus derechos a vivir una vida libre de violencia, al respeto por su integridad física, psíquica, moral y sexual, a no ser sometidas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, al respeto por su dignidad, libertad y seguridad personal (art. 4º de la Convención de Belém do Pará, y art. 3º de la Ley 26485). _____

_____ Como correlato de tal nutrido reconocimiento, el Estado debe “asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces” y a “programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social” (arts. 7º inc. g) y 8º inc. f)). _____

_____ 9º) Que por todas las razones antes expuestas, considero que el recurso de casación de fs. 443/447 vta. debe rechazarse. _____

_____ Por lo que resulta de la votación que antecede, _____

_____**LA CORTE DE JUSTICIA**, _____

_____**RESUELVE**: _____

_____ I. **NO HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 443/447 vta. _____

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

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