Tomo 190: 767/800)

_____ Salta, 24 de julio de 2014. _____

_____Y VISTOS: Estos autos caratulados **"C/C B, M – RECURSO DE CASACIÓN"** (Expte. Nº CJS 36.562/13), y _____

_____**CONSIDERANDO**: _____

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

_____1º) Que en contra de la sentencia de la ex Cámara Tercera en lo Criminal de fs. 585, cuyos fundamentos obran agregados a fs. 586/613 vta., deduce recurso de casación la defensa técnica de M B, en cuanto lo condena a la pena de catorce años de prisión efectiva, accesorios legales y costas por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, dos hechos en concurso real. _____

_____2º) Que a fs. 618/644 expresa sus agravios en los que, luego de analizar la admisibilidad formal en lo que respecta al término de interposición del recurso, sostiene que el mismo es admisible en virtud de lo que dispone el art. 466 incs. 1º y 3º del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias) por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva e inobservancia de las pautas de razonabilidad en la formación de convicción y señala que en el fallo no se respetó el principio de congruencia desde que le está vedado al juez suplir los hechos, además de no poder pronunciarse en más de lo debatido. _____

_____Pone de resalto las consideraciones que efectuara el tribunal de juicio a fs. 603, cuando hace referencia al tiempo y modo que acontecieron los hechos y que lleva a la conclusión de la presencia del imputado y las menores, omitiendo toda referencia a las variaciones de las declaraciones del personal policial, a cuyos fines -dice- toman solamente partes del relato en los que se manifiestan circunstancias incriminantes para su defendido. Asevera que ninguna salvedad se realiza sobre la falta de veracidad de las declaraciones del personal policial quienes, al momento del debate, reconocieron que cuando viajaban desde Joaquín V. González hacia esta ciudad venían recordando el hecho, lo que no es otra cosa, a su entender, que ponerse de acuerdo sobre la declaración. Resalta que su cliente denunció por golpizas en su contra a los policías actuantes, lo que genera -dice- las declaraciones en contra de B por venganza, por lo que sí existió interés en el resultado de la causa. Señala que primero se dijo que el imputado estaba parado al costado derecho del auto en boxer y a posteriori que se encontraba dentro del auto encima de la menor, ambos desnudos. También menciona discrepancias, en este sentido, entre las declaraciones del Cabo Cuevas y el resto del personal policial en la instrucción, lo que no acontece en la audiencia de debate. También afirma que dijeron que las menores se reían y luego que se encontraban llorando. _____

_____En segundo lugar se agravia de la falta de valoración adecuada de la testimonial del padrastro de la menor M.F. quién reconoce que hizo la denuncia porque la policía le dijo que la hiciera. En la audiencia de debate manifestó que la policía le dijo que su hija estaba desnuda y que por eso puso la denuncia y agregó que la nena le manifestó que el hombre le sacó el pantalón y no le contó nada más. También hace mención a la declaración de la madre de Y.Y.Q. la que afirma que cuando fue a la policía la denuncia ya estaba hecha y que lo único que hizo fue firmar; que denunció lo que la policía le dijo pero que cuando habló con su hija ésta le expresó que no le había hecho nada. Añade que la madre de las menores M. y M. -Sra. M N P- por el contrario expresó que una de las chicas le contó que el hombre le sacó el pantaloncito hasta la rodilla y que justo llegó la policía por lo que no le hizo nada, lo que fue

corroborado por el médico. Concluye que teniendo en cuenta lo manifestado en cámara Gesell y que los propios padres reconocen que nada pasó, no se verifica en la especie el estado de certeza propio de un pronunciamiento condenatorio respecto de la real existencia de lo que se le imputara a B. Asimismo aclara que las supuestas declaraciones de las menores fueron tomadas en ausencia de sus padres por lo que son nulas de nulidad absoluta. Sostiene el recurrente que la valoración que se efectúa no es crítica porque no existe un razonamiento adecuado ya que a pesar que las menores afirman que no fueron abusadas se toman sus declaraciones como prueba del supuesto abuso. _____

_____Se refiere a las declaraciones en cámara Gesell remarcando lo que considera mendacidad, fabulación y ocultamiento de las menores que el propio tribunal reconoció a pesar de lo cual considera que proporcionan datos relevantes, sin tener en cuenta que en el relato afirman que nada les hizo aunque intentó hacerlo. Concluye que no se acreditó el abuso sexual y menos con acceso carnal, según los dichos de las propias menores, lo que genera un grado de incertidumbre insalvable, a pesar de lo cual el tribunal toma los dichos por ciertos para arribar a la conclusión condenatoria.___ _____

_____Afirma que las pericias médicas no dan cuenta que haya desfloración y que las niñas sólo presentaban eritema en el límite del conducto vaginal. Que asimismo se constató que no presentaban en sus prendas íntimas ni espermatozoides ni sangre ni fosfatasa ácida prostática, lo que demuestra que no existió el delito que se le imputa, pretendiendo basarse solamente en la fosfatasa ácida prostática encontrada en la prenda íntima de B para justificar la condena. A continuación analiza las pericias psicológicas del acusado remarcando que se desestimó la pericia de parte, aunque la misma arriba a similares conclusiones a las que llegó la perito oficial en cuanto a que B no presenta ninguna patología mental, que tiene una personalidad bien conformada, un coeficiente intelectual medio, y que no presenta psicosis ni trastorno de la personalidad. Aduce que ambas pericias concluyen que no presenta respecto de la sexualidad indicadores psicopatológicos ni perversos a pesar de lo cual el “a quo” se basa en la neurosis para justificar la condena. _____

_____Se agravia el recurrente de la valoración de la indagatoria del acusado que el tribunal considerara inconsistente tergiversando las apreciaciones y las pruebas para darle valor incriminante, cuando las manifestaciones de las propias menores le dan sustento adecuado y se condicen con la realidad. Pone de resalto que se encuentra probado en la causa que las niñas estaban siendo introducidas en la prostitución dejando entrever que conocen el lenguaje sexual con comprensión de su significado. _____

_____Con relación a la fosfatasa ácida prostática en el calzoncillo de B afirma que ello no logra demostrar el por qué de su ausencia en las ropas íntimas de las niñas; que tampoco cabe el argumento del preservativo encontrado porque en él no se hallaron fluídos corporales. Con ello entiende que cabe aplicar la presunción de inocencia ya que tampoco se hicieron hisopados vaginales ni reconocimiento en rueda de personas. _____

_____Sobre la condena por abuso sexual con acceso carnal sostiene que no quedó acreditado en la causa, no sólo por no mediar desfloración sino principalmente porque las menores dijeron que nada les hizo, lo que se constata con los informes médicos. Respecto de la pena impuesta, además de lo ya dicho, expresa que proclamó su inocencia, es padre de familia, posee estudios terciarios y no tiene antecedentes penales lo que no fue valorado al momento de la imposición de la pena. _____

_____3º) Que a fs. 703/707 emite informe el Sr. Fiscal ante la Corte Nº 1 quién se pronuncia, luego del análisis de los agravios, por la confirmación de la sentencia porque el esquema argumental del resolutorio resulta sólido, razonable y ecuánime al haberse analizado las pruebas de manera integral y de acuerdo a la sana crítica racional. _____

_____A fs. 709/711 vta. dictamina la Sra. Asesora General de Incapaces en idéntico sentido. También pone de resalto la aplicación al caso de la Convención de los Derechos del Niño, de rango constitucional, y la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. _____

_____A fs. 712 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme. _____

_____4º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 689/692), previo a expedirse sobre los motivos invocados por el recurrente incumbe a esta Corte en la presente instancia efectuar un nuevo control de los recaudos de orden formal a los que la ley subordina su admisibilidad (art. 36 de la Ley 7716). _____

_____A ese respecto, se observa que ha sido presentado en término y por parte legitimada (v. fs. 614 y 644 vta.); además, la sentencia atacada resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (arts. 466 incs. 1º y 3º, 469 inc. 1º y cc. del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias). Razón por la cual, cabe ingresar al examen de la cuestión planteada en el recurso. _____

_____5º) Que el tribunal “a quo” condenó a M B por el delito de abuso sexual con acceso carnal (dos hechos) en concurso real al merituar que el acusado procedió a someter sexualmente a las víctimas, accediéndolas carnalmente por vía vaginal, hecho que se materializó de manera incompleta, mediando las circunstancias típicas a que refiere el primer párrafo del art. 119 del C.P., en el caso concreto, dos menores de trece años. _

_____Sobre el hecho refiere que en la madrugada del 27 de enero de 2012, alrededor de hs. 03:00, M B trasladó en su automóvil marca Renault 12, color rojo, a las menores Y.Y.V.Q. y M.S.F., ambas de 11 años de edad a esa fecha, quienes habían ascendido en el pueblo de Joaquín V. González juntamente con M.M.F. de 16 años de edad, ocasión en la que B se dirigió por la ruta 16 hacia la ruta 41 e ingresó por la misma, y luego de transitar aproximadamente 1 1/2 km., detuvo el vehículo, lo estacionó en la banquina y procedió en el asiento trasero a acceder carnalmente a Y.Y.Q., previo a quitarle el pantalón y luego a M.S.F., a quien también le quitó el pantalón sin lograr la penetración total debido al llanto y dolor que manifestaban las víctimas, circunstancias en que arribó un móvil policial, cuyos ocupantes, al advertir el vehículo detenido sobre la banquina, se acercaron y observaron en el interior del rodado a las tres menores, dos sentadas en la parte delantera y una en el asiento trasero (M.S.), la que se hallaba desnuda, al igual que B. _____

_____6º) Que esta Corte ha precisado en numerosos precedentes que en nuestro sistema procesal rigen la libertad probatoria (art. 201 del citado C.P.P.) y la libre convicción del juez o sana crítica indicados por la ley (arts. 230 “in fine”, 252 inc. 4º “in fine” y 403 3º 3er. párrafo del mismo C.P.P.). Ello implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descriptos por la ley y que, sean cuales fueren los que se arrimen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directiva o tasación legal alguna (esta Corte, Tomo 109:1043; 157:231; 161:577; 180: 227, entre otros).__ _____

_____Es dable recordar que el sistema de la sana crítica racional permite construir un determinado acontecer mediante inferencias que descansan en indicios, y éstos sólo tienen valor probatorio cuando no pueden dar lugar a ninguna otra conclusión, es decir, cuando resultan unívocos (esta Corte, Tomo 122:901; 136:179). Ello es así porque si la sumatoria de indicios, que individualmente pueden tener explicaciones compatibles con otras hipótesis fácticas, en su valoración global permite descartar la probabilidad, entonces, la duda que cada uno trae intrínsecamente se transforma en certeza (esta Corte, Tomo 112:353; 115:507). _____

_____Asimismo esta Corte tiene dicho que la prueba de indicios cuando es concordante y permite una conclusión unívoca, es apta para dar sustento a un pronunciamiento condenatorio. El tribunal de juicio, en nuestro sistema, puede perfectamente edificar una versión de la verdad sobre la base de indicios (esta Corte, Tomo 118:43; 122:901). También esta Corte ha sostenido que las reglas de la sana crítica reclaman que las manifestaciones contradictorias de un testigo sean analizadas para determinar cuáles de ellas son relevantes para el esclarecimiento de la verdad, ya que tales contradicciones no permiten, sin más, que la declaración de la víctima, prueba de capital importancia, sea dejada de lado (Tomo 121:351)._ _____

_____En tanto el núcleo del recurso radica en el cuestionamiento de la valoración probatoria que fuera la base del fallo recurrido, la mera discrepancia personal del recurrente no habilita el reexamen del cuadro probatorio, ya que corresponde al tribunal de juicio apreciar el valor de convicción de los distintos elementos probatorios recolectados durante dicha etapa y del grado de convencimiento que aquellos puedan producir, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y queda, en principio, dicho examen excluido de la revisión casatoria, salvo que se constatare una valoración arbitraria, absurda o ilógica de la prueba cuya compulsa debe ser amplia en esa sede, especialmente respecto de aquellos elementos de prueba disponibles para este Tribunal (esta Corte, Tomo 128: 663; 169:829, entre otros). _____

_____7º) Que el tribunal sentenciante realizó una adecuada valoración de las pruebas obrantes en autos de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional para condenar a M B por la comisión de los delitos de abuso sexual (dos hechos) en concurso real, toda vez que de las presentes actuaciones surgen las declaraciones -de manera coincidente- de los efectivos policiales que actuaron el día del hecho, sorprendiendo “in fraganti” al acusado que se encontraba con su torso desnudo y acomodando sus calzoncillos en la parte trasera del automóvil mientras una de las menores (M.S.F.) se hallaba con las piernas abiertas y desnuda en el asiento trasero del automóvil, propiedad de B, mientras las otras dos menores se encontraban llorando. Tal conducta se encuentra corroborada además con las declaraciones informativas de las niñas en sede policial, en presencia del padrastro de dos de las menores, y de la madre de la otra menor, según fs. 12/14, quienes fueron coincidentes en afirmar que el imputado primeramente sometió sexualmente a la menor Y.Y.V.Q. y luego a M.S.F. momentos en que llegó personal policial. En ese sentido es que la menor M.S.F. manifestó (v. fs. 14) que el propietario del rodado fue el único que abusó de ella como de su amiga y, aclara que primero la sacó del vehículo y llevó a su amiga a la parte trasera de donde sólo escuchaba gritos tales como “me duele, me duele”, previo haberle sacado el pantalón, quien luego de finalizar ingresó al rodado quedándose en la parte trasera interna del rodado donde procedió a sacarle el pantalón a ella por lo que comenzó a llorar, momentos en que apareció el móvil policial, y el masculino que manejaba el vehículo se levantó de arriba de

ella. _

_____Se observa entonces que las declaraciones de las víctimas fueron realizadas en presencia de sus progenitores conforme a las previsiones del art. 238 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias) y por disposición del ex Juzgado de Instrucción Formal de Primera Nominación del Distrito Judicial del Sur, Circunscripción Metán, razón por la que resultan válidas y no susceptibles de ser declaradas nulas. _____

_____En efecto aquellas declaraciones también condicen con los certificados médicos de fs. 7/8 de donde surge que Y.Y.V.Q. y M.F. presentan, la primera introito vaginal con eritema e himen complaciente, y la segunda, eritema en introito vaginal. Al respecto el Dr. Manuel Roque Villagra refirió en audiencia de debate (v. 541/ 542) que los eritemas encontrados en las menores Y.Y.V.Q. y M.F. se trataban de una coloración rojiza, hallada casi en el límite del conducto vaginal los que pudieron ser producto de un golpe o rascado, enrojecimiento producido por presión de algo o por infección pero destacó que en este caso no había infección. Adujo además que el eritema también puede ser producido por presión con el pene por ejemplo, es decir por intentar la penetración. Si bien también expresó que la falta de higiene puede provocar el rascado y ello puede producir el enrojecimiento ello no mantiene relación con lo manifestado por las declaraciones informativas de las menores damnificadas, además de resultar una coincidencia absurda que ambas niñas presenten eritemas en al misma zona producto de un rascado. _____

_____Además, sobre las declaraciones informativas de las menores de fs. 12/14, cabe resaltar que fueron realizadas el 27 de enero de 2012, es decir el mismo día de ocurrido el hecho denunciado, distinto a lo que sucedió con las declaraciones brindadas en cámara Gesell tomadas el 9 de febrero de 2012, las que tienen variaciones respecto a las primeras que válidamente cobran fuerza probatoria en atención a la inmediatez que reinó entre lo manifestado y lo sucedido, con escasa posibilidad de ser objeto de incorrectas alteraciones. Las manifestaciones contrarias brindadas en cámara Gesell se explican a causa de las personalidades de las menores, pues del informe de fs. 425 y vta. surge que la menor M.S.F.: “Si bien puede conectarse con el diálogo, la formulación de sus relatos se halla sujeta a las limitaciones de su capacidad intelectual y a sus escasos recursos para transmitir recuerdos. Sus fallos al intentar hacer integraciones entre espacio y tiempo, hacen que también incluya y excluya dichos o personajes del contenido de su relato, de manera continua. Esto favorece a que se produzcan confusiones en el interlocutor y no se llegue a un relato ordenado y estructurado”. Del informe de fs. 426 y vta. emana, respecto de Y.Y.Q.: “En la secuencia del contenido de su relato se advierte un salto temporal, quedando en el ínterin un vacío sin descubrir; el análisis ulterior de sus narraciones sugiere discordancia entre algunos contenidos de la misma”. _____

_____Por su parte, en relación a las denuncias efectuadas por los Sres. Serafín Reynaldo Flores y Nancy del Valle Guzmán surge que fueron realizadas en cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 170 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias), sin que hayan sido cuestionadas por las partes durante el desarrollo del proceso previo a esta instancia, razón por la que en esta etapa del proceso esta Corte no puede valorar situaciones que han sido apreciadas por la propia instancia del juicio oral en el que rige el principio de la inmediación. _____

_____Así esta Corte ha dicho que el tribunal de casación no debe subrogar al de juicio, avasallando los beneficios de la inmediación, en la etapa plenaria del proceso penal y le está vedado asignar o restar crédito a una prueba producida en la audiencia en donde el tribunal sentenciante conoció de manera directa, salvo que su apreciación aparezca

dotada de sustento arbitrario, contrariando las normas de la sana crítica racional, o que no se halle acompañada de fundamento alguno (Tomo 167:947). _____

_____Aquel principio también es el que gobierna respecto a la valoración de las declaraciones testimoniales del personal policial durante la audiencia de debate sin que en esta instancia se verifique arbitrariedad en lo que respecta a su evaluación, pues surge que fueron concordantes en cuanto a la situación del imputado ya que todos coincidieron en afirmar que B se encontraba desnudo encima de la menor M.F. y ésta con las piernas abiertas, desnuda y llorando, aseveraciones que no pueden considerarse que hayan sido narradas en venganza respecto al imputado por haber realizado éste denuncia contra el personal policial, atento que no consta en autos aquel acto procesal. Si bien durante la declaración indagatoria de fs. 56/58 argumentó que fue agredido por personal policial, durante la revisación médica de fs. 9 y 59 no explicó las causas de los golpes constatados, circunstancias ratificadas por los Dres. Manuel Roque Villagra y Alberto Herrando en la audiencia de debate. _____

_____En cuanto a la declaración indagatoria del imputado no resulta concordante con la brindada ante el Dr. Luis E. Vila, médico del Servicio Médico Forense del Poder Judicial, a fs. 502, donde dijo que la noche del hecho, en horas de la madrugada, había bebido y circulaba con su vehículo por el pueblo, se cruzó con un grupo de menores que le pidieron que los acerque a sus domicilios, los llevó y los dejó en distintos lugares, luego se quedó dormido en el auto, presumiblemente aún con menores en el vehículo, y que en esa circunstancia lo detuvieron. Por su parte a fs. 518/524 refirió ante la perito de parte, Lic. Estela Fernández Molina Lávaque que la noche del 27 de enero de 2012 en oportunidad que su esposa viajara a la ciudad de Salta, se alistó para ir a buscar a una señorita de 35 años de edad que trabajaba en una tienda. La buscó, compró dos cervezas, las tomaron mientras daban vueltas en el auto. Luego la señora le dijo que debía ir a su casa porque tenía una hija y tuvo que dejarla. Dijo que no estaba acostumbrado a beber, pero se puso “alegre” y volvió una y otra vez hasta la señora que le vendía cerveza, quien le ofreció estar hasta hs. 02:30 por si necesitaba comprar más, se quedó dando vueltas y pasó por la esquina donde se reúnen varones que se visten de mujer y otras chicas que salen de noche. Dice que apenas recuerda, que la que iba adelante tenía un “pearcing” en la ceja, le pidieron que las dejara en distintos barrios alejados, llegó hasta el barrio Facundo Quiroga, le pedían que entre pero el auto se paró en el barro, le pedían dinero y trataban de sacarle lo que tenía. Expresó también que no podía recordar lo que los abogados le pedían que dijera. Esta última circunstancia no fue expresada durante la declaración indagatoria donde refirió con claridad todo lo sucedido, es decir que si se quedó dormido o estaba alcoholizado al punto de no recordar, mal puede relatar con posterioridad y de manera clara lo sucedido. _____

_____Por otro lado la afirmación relatada por B respecto de que el automóvil marca Renault 12, color rojo, se habría detenido a causa del barro no encuentra compatibilidad con las constancias obrantes en autos, toda vez que el informe técnico de criminalística de fs. 176/177 da cuenta que el hecho habría ocurrido sobre ruta provincial Nº 41, ruta compactada con ripio, con sentido de circulación, norte a sur, y sur a norte, de 6,90 m. de ancho, con banquina de 1,60 m. aproximadamente de ancho, cubierta con pastizales y pedegrales en algunos sectores, y las láminas fotográficas de fs. 178/180 no visualizan un estado barroso de la ruta en la que se detuvo el vehículo propiedad de B. _____

_____8º) Que en relación a si hubo o no acceso carnal por parte del

imputado respecto a las menores Y.Y.V.Q. y M.F. cabe resaltar lo que la doctrina nacional dijo al respecto. Así Soler y Núñez definen el acceso carnal como la introducción, aunque imperfecta, del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima, mientras que Donna lo define como la penetración del órgano masculino en el cuerpo de la víctima, con el propósito de practicar coito, siendo indiferente que la penetración sea total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la eyaculación; y Fontán Balestra lo define como la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, sea por vía normal o anormal, de modo que dé lugar al coito o a un equivalente anormal a él. _____

_____Es decir que en este caso se pudo probar tras los informes médicos de fs. 7/8 que hubo un acceso a la vía vaginal de las menores, sin importar para la calificación de abuso sexual con acceso carnal si hubo penetración completa del miembro viril en el interior de las vaginas, en este caso, de las menores damnificadas, razón por la que la carencia de espermatozoides o fosfatasa ácida prostática en las prendas íntimas de las menores no resultan relevantes para justificar la conducta violatoria de la integridad sexual de las niñas por parte de B. _____

_____En ese contexto es dable remarcar que lo que la norma penal protege es la integridad sexual de las personas, entendida ésta como la libre disposición del cuerpo y abarca el pudor individual de las personas que sufren tales abusos, quienes ven afectadas su integridad sexual o su pudicia individual (esta Corte, Tomo 168: 675).___ _____

_____9º) Que el monto de la pena impuesta a M B resulta acorde con la escala penal prevista para el delito de abuso sexual con acceso carnal y su imposición resulta conforme a las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P. toda vez que el tribunal “a quo” valoró el nivel social, cultural y económico, sus estudios (terciarios), el ardid utilizado para engañar a las menores con la compra de un sándwich, el aprovechamiento de la situación de calle de las niñas, la diferencia de edad entre el victimario y las víctimas, la desigualdad entre el desarrollo de los caracteres sexuales del sujeto activo y de las menores, como circunstancias agravantes para la pena, sin perjuicio de apreciar la falta de antecedentes penales del imputado y las cargas familiares que pesan sobre él para merituarlas como circunstancias atenuantes de la pena. Es decir que la condena es justa y se adecua a los parámetros legales de mensuración y al principio de proporcionalidad toda vez que se encuentra fundada en cercanías al mínimo penal de la figura típica por el que se imputa a M B. _____

_____10) Que en este caso no debe obviarse la aplicación de los tratados internacionales que protegen a las mujeres de la violencia de género.

_____Por violencia de género hay que entender todo acto de violencia física y psicológica, incluida la “agresión a la libertad sexual”, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad. La violencia en contra de 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.

_____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 (CEDAW, 1979) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994). _____

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

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

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

_____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. _____

_____Nuestro ordenamiento jurídico y constitucional no permite distracciones ni excusas frente a la violencia de género, en ningún caso. Si se entiende conceptualmente que la violencia está sostenida en una situación de dominación y desigualdad, alimentada por una matriz socio cultural que legitima tal sujeción, de ninguna manera se puede apelar a una conducta (cualquiera sea) de la víctima para justificar su reproducción, como en este supuesto en el que los agravios hacen referencia a la posibilidad de que las menores estén iniciadas en la prostitución -como justificativo del hecho- circunstancia que nos remite a prejuicios y estereotipos prohibidos por los estándares internacionales vigentes en la materia._____ _____

_____La referencia al inicio de las menores en la prostitución carece, por regla general, de toda relevancia para la evaluación del testimonio de una persona, por lo que de ninguna manera puede ser considerado como

una potencial defensa “eficaz”, recordando que el Estado argentino se ha comprometido a: “abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación” (art. 7.a de la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer -Convención Belém do Pará-). En función de ello, este tipo de argumentaciones deben ser evitadas y no pueden ser consentidas por un tribunal, a fin de evitar una intolerable revictimización susceptible de generar responsabilidad internacional (cfr. Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, “in re” “Nadal, Guillermo Francisco s/recurso de casación”, de fecha 5 de septiembre de 2013).

_____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). _____

_____11) Que asimismo, 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. _____

_____El derecho de menores presenta como su más destacada nota distintiva el carácter tutelar y protectorio que orienta todas sus normas. La particularidad de los menores está dada por no tratarse de seres completamente desarrollados en sus aspectos biológicos, psíquicos y sociales por lo que el derecho que los ampara se debe considerar con una orientación tuitiva que se muestre presente en todo momento y que se convierta, a la vez, en principio interpretativo. _____

_____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”. _____

_____12) Que el fallo tuvo en cuenta los aspectos relevantes de la prueba reunida. De su lectura se advierte que la totalidad del material probatorio ha sido valorado con criterio racional y de forma particularizada, en un contexto integrador que permitió fijar la verdad

histórica de lo acontecido, su autoría y calificación típica, otorgando así al fallo una base suficiente y legal, por lo que los agravios vertidos no resultan atendibles. _____

_____En función de los aspectos antes reseñados puede concluirse que la sentencia, en relación a la plataforma fáctica de la condena, cuenta con una estructura lógica adecuada al método de evaluación de prueba legalmente establecido que es el de la sana crítica racional. Nada hay en los fundamentos expuestos en el fallo que permita establecer que se han transgredido los límites de las atribuciones discrecionales de apreciación de la prueba, propias del tribunal de juicio, o que para llegar al estado de certeza sobre los hechos en los que se basa la acusación, se haya procedido de un modo arbitrario o sólo arraigado en la íntima convicción de los jueces, por lo que, en razón de lo expuesto y habiéndose constatado que la sentencia cuenta con motivación suficiente en cuanto a la determinación certera de los hechos, a partir de una completa valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica racional, se descarta válidamente la aplicación del art. 4º del citado C.P.P. como lo solicitara la defensa técnica a fs. 618/644. _____

_____El Dr. **Ernesto R. Samsón**, dijo: _____

_____Por sus fundamentos, adhiero al voto que antecede. _____

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

_____Adherimos a los fundamentos y solución jurídica propiciada en el primer voto ya que, de conformidad a lo precisado por esta Corte en numerosos precedentes como los de Tomo 130:1073; 136:641; 143:25, 559, entre muchos otros, las pruebas producidas en autos permiten tener por acreditada la existencia de los dos hechos en concurso real imputados y la responsabilidad del acusado en los términos de los arts. 119, 3er. párrafo y 55 del C.P. _____

_____Asimismo, la valoración efectuada en el fallo impugnado es acorde al marco constitucional que regula diversos casos especiales de violencia como el investigado en el presente, en especial “La Convención sobre los Derechos del Niño” y “La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (art. 75 inc. 22 de la C.N.). _

_____Por consiguiente, estimamos que el recurso debe ser rechazado._____

_____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 y 4º 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, los abusadores, los violadores o los ultrajadores tienen en común dos características: operar sobre la víctima desprevenida y elegir el momento del ataque, cuando nadie puede percatarse de su abyecto cometido. _____

_____En la especie, no se advierten motivos para una absolución que desincrimine libremente de culpa y cargo al encartado, sino por el contrario, es fácil advertir que los conceptos vertidos párrafos arriba se reiteran en el “sub judice” por lo que no debe circunscribirse, sin antes exculpar formalmente al causante, es pretender acotar su conducta

en la libido, dado que la integridad sexual no se tutela sólo desde dicha óptica, que por estricta puede generar mayores disturbios, sino en la falta absoluta de libertad de las víctimas, que por su propia condición, no sólo no tenían el discernimiento indispensable, sino que las consecuencias sobre su personalidad y equilibrio psíquico pueden ser determinantes para el resto de su vida, dejándoles secuelas indelebles. _

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

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

_____Conforme a ello, se ha dicho con acierto que: en el supuesto contemplado por el art. 119, párrafo 3º del Código Penal, el acceso carnal, que significa la introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de la otra persona, implícitamente se refiere a penetraciones capaces de posibilitar una cópula sexual o un equivalente de ella, comprendiendo como modalidad comisiva otras formas de penetración diferentes de la vaginal (Cám. Casación Penal de Bs. As., Sala II, 25/10/05, “F., C.A., 15/03/06, J.A. 2006-I-433).___ _____

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

_____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). _____

_____Acorde a lo expresado, podemos afirmar que de la declaración incriminante de las víctimas, sumado a los elementos probatorios surge demostrada la configuración tipificada por el art. 119, tercer párrafo del C.P. _____

_____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 con acceso carnal de las víctimas. 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 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). _____

_____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 esta 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 las víctimas, cuyos dichos fueron pormenorizadamente evaluados, lo que 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 con acceso carnal por el denunciado, señalando que los hechos tuvieron lugar en el vehículo del imputado marca Renault 12 color rojo detenido en la banquita sobre Ruta Prov. Nº 41 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 la progenitora de las víctimas Y.Y.Q. Nancy del Valle Guzmán de fs. 5 ratificada en sede judicial a fs. 267/vta. y 534 vta./535 vta., del padrastro de la menor M.S.F. Serafín Reinaldo Flores ratificadas en sede judicial a fs. 235/vta. y 534 vta./544 y de la progenitora de la menor M. S.F. Nelly Parada de fs. 23 ratificada en sede judicial a fs. 236/vta. y 544/vta., son avaladas por el informe testificado del Agte. Fabio Leonardo Ruiz de fs. 1; examen médico de las menores de fs. 7 y 8; la declaración informativa de las menores de fs. 12, 13 y 14; informe policial de Martín Flores Saravia de fs. 24/25; declaraciones testimoniales del Of. Pablo Darío Cuevas de fs. 95/96 vta. y 537/538, del Agte. Fabio Leonardo Ruiz de fs. 98/ vta. y 536/537, del Agte. Manuel Alberto Alvarado de fs. 99/vta. y 538/539, del Agte. Cristian Enrique Ibarra de fs. 100/101 y 539/ vta., del Sr. Rodrigo Iván Andrada de fs. 105/106 vta. y 543, de la Sra. Gloria Isabel Palacios de fs. 113/vta., del Dr. Manuel Roque Villagra de fs. 262 y 541/542, del Of. Martín Flores Saravia de fs. 263, del Dr. Alberto Herrado de fs. 542/543, de la Agte. Valeria Sánchez Pons de fs. 553/vta., de la Lic. Marta del Milagro Choque de fs. 553 vta./554, Lic. Beatriz Bonotto de fs. 544/vta., Lic. Estela Fernández Molina de fs. 557/560 vta.; informe social de las menores M.S.F. y M.M.F. y de la menor Y.Y.Q. de fs. 157/158 y 159/vta. respectivamente; croquis ilustrativo del lugar del hecho de fs. 175; Inspección Ocular y tomas fotográficas de fs. 176/180; Acta de inspección ocular de fs. 221; acta de nacimiento de la menor M.S.F. y copia de D.N.I. de la menor Y.Y.Q. de fs. 296 y 297 respectivamente; informe psicológico del imputado de fs. 383/384; informe de cámara Gesell de la menores M.S.F. y Y.Y.Q. de fs. 425/426 respectivamente; informe psicológico de las menores M. S.F. y Y.Y.Q. de fs. 480/481 y reproducción de la cámara Gesell de las menores de fs. 561/567. _____

_____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 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).__ _____

_____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. 618/644, y confirmar la sentencia de fs. 585 cuyos fundamentos obran a fs. 586/613 vta. _____

_____ 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. 618/644. _____

_____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-).