Tomo 189: 607/634)
_____ Salta, 06 de junio de 2014. _____
_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados **"C/C R.P.F. – RECURSO DE CASACIÓN"** (Expte. Nº CJS 36.826/13), y_____
_____**CONSIDERANDO**:_____
_____ El Dr. **Abel Cornejo,** dijo: _____
_____ 1º) Que a fs. 431/434 vta., el Dr. Félix Jesús Arancibia, ejerciendo la asistencia técnica de P.F.R., interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Juicio, Sala Tercera de fs. 409, cuyos fundamentos fueron expuestos a fs. 410/422, que condenó al nombrado a la pena de ocho años de prisión efectiva por encontrarlo autor material y penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual simple, todo en concurso real, en los términos de los arts. 119 párrafos 1ro. y 2do., 12, 19, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P._____
_____ 2º) Que el recurrente señaló que se agravia porque el tribunal "a quo" habría incurrido en las causales previstas en el art. 466 incs. 1° y 3º del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias), esto es, en la "inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva e inobservancia de las pautas de razonabilidad en la formación de la convicción" e hizo reserva del caso federal. _____
_____ En abono de su pretensión, señaló que el tribunal de juicio habría omitido que la interpretación realizada del derecho interno vigente se adecue a las exigencias que dimanan del bloque constitucional, dejando de lado de esta manera, el control de convencionalidad que debe aplicarse en toda rama del derecho, fundamentalmente en materia penal donde se encuentra en juego la libertad del imputado o en su defecto, la aplicación de una pena grave como ocurriría en el "sub lite"._____
_____ Agregó, que en el caso de autos, con el argumento de no revictimizar al sujeto pasivo del delito cometido, se habrían restringido al máximo los derechos del imputado, teniendo como soporte probatorio del tipo penal las manifestaciones de la supuesta víctima, que confrontadas con otras de familiares serían en muchas ocasiones contradictorias._____
_____ Destacó al respecto, que la sentencia no fundamenta por qué la subsunción en la norma aplicable serían la correctamente realizada, remitiendo y repitiendo deposiciones incriminatorias de diferentes personas, las cuales serían inidóneas para demostrar el dolo aludido y su realización por el imputado en la modalidad calificada -abuso sexual gravemente ultrajante- (Cita jurisprudencia y doctrina que estima aplicable)._____
_____ Añadió que ante una eventual contradicción o diferencia de alcance de las normas de la plataforma protectora de los derechos humanos, debería realizarse una hermenéutica general e integrativa a guiarse por los principios de la buena fe y "pro homine". _____
_____Señaló por otra parte, que en la sentencia en crisis se habrían lesionado los principios de identidad, de contradicción, del tercero excluido y razón suficiente, toda vez, que se habría dado prevalencia sobre éstos a los dictámenes psicológicos._____
_____ Concluyó diciendo que solicita la nulidad de la sentencia

condenatoria impuesta y la realización de un nuevo juicio, o que el “a quo” se expida sobre el fondo de la cuestión abarcando, por una parte, la declaración de no comisión de los delitos por su defendido absolviéndolo por el beneficio de la duda y, subsidiariamente, se lo declare autor material del delito de abuso sexual simple concursando realmente y se le imponga una pena que no supere los cinco años de prisión._____

_____ 3º) Que en su informe de fs. 449/450 vta. el Sr. Fiscal ante la Corte Nº 2 dictaminó, por los fundamentos allí expuestos, que corresponde rechazar el recurso de casación._____

_____ 4º) Que a fs. 453/456 vta., la Sra. Asesora General de Incapaces considera que analizadas las constancias de autos corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto, toda vez que de los elementos probatorios reunidos en el proceso se adquiere la convicción cierta de que la menor E. y su hermana L. padecieron los abusos por ellas relatados, debiéndose considerar para la evaluación del presente caso como marco integral normativo en contenido de la Convención de los Derechos del Niño, la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y demás normas protectoras._____

_____ 5º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 436/437 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 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. 423 y 434 vta.); además, la resolución resulta objetivamente impugnable y el recurso interpuesto encuentra adecuación legal (arts. 160 de la Ley 7135 y 467 y 483 del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias), razón por la cual cabe ingresar al examen de la cuestión planteada.____ _____

_____ 6º) 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 prefiere actuar a hurtadillas precisamente para no ser descubierto. 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 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, con relación al delito de abuso sexual simple enseña Donna, que el bien jurídico que se protege es la reserva sexual de la víctima entendida como el respeto a su incolumidad física y dignidad en tanto persona, especialmente desde la óptica de su pudicia personal-sexual. El tipo básico es el abuso sexual con fuerza o intimidación, esto es, la agresión sexual, que exige en principio una relación corporal directa entre el sujeto activo y pasivo, de modo que son típicos los actos de tocamiento en las partes pudendas, sin el consentimiento de la víctima, la manipulación sexual sobre su cuerpo, tanto del tercero como la obligación al sujeto pasivo a que lo haga el mismo. También es agresión sexual obligar a la víctima a que realice actos de este tipo sobre el cuerpo de terceros. _____

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

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

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

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

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

_____ Por su parte, respecto al delito de abuso sexual gravemente ultrajante, enseña Donna, que si bien la doctrina ha tratado de enfocar el bien jurídico con distintas palabras, analizando el contenido del art. 119 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 tanto cuando la violación se comete mediante el empleo de fuerza o intimidación como cuando se lleva a cabo un abuso gravemente ultrajante, habida cuenta de que no es necesario ningún requisito esencial en 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 a 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 abusador 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)._____

_____ Conforme a ello, se ha dicho con acierto por un lado que: las conductas gravemente ultrajantes que agravan el delito de abuso sexual son los actos, que objetivamente, tienen una desproporción con el propio tipo básico que produce en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica por el abuso en sí. En el plus objetivo exigido por la agravante del párrafo 2º del art. 119 del Código Penal se permite incluir situaciones de ultraje grave que no lleguen a la penetración (Cám. Nacional de Casación Penal, Sala IV, 23-09-04, “Rosales, Wilder s/ Rec. Casación”, LL 2005–B-199). _____

_____ Sobre el particular, no debe pasarse por alto, que en los últimos tiempos se reclama con insistencia, incluso en proyectos legislativos, la rebaja de imputabilidad en la edad de los menores, conforme la madurez que se observa desde la edad temprana, lo cual se contrapone con el criterio de subirla en los delitos contra la integridad sexual, como si al mismo tiempo alcanzara la madurez para comprender y dirigir a edad más temprana, y se llevara a una edad más alta el reconocimiento de la capacidad para decidir con comprensión acerca de la disposición sexual del cuerpo. _____

_____ En conclusión, podemos afirmar que de las declaraciones incriminantes de las víctimas, sumado a los elementos probatorios surgen demostrada la configuración tipificada por el art. 119 párrafos primero y segundo 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). _____

_____ En la evaluación de los hechos que fueron objeto de examen por el juzgador, no se desvirtuó la conducta que se le atribuye al

causante: abusar sexualmente en forma simple y abusar sexualmente en forma gravemente ultrajante 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 era inexorable no sólo un examen psicológico profundo sobre la personalidad del agresor sexual, sino también un examen médico, lo que sí ocurrió conforme las constancias obrantes en autos; 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. _____

_____ No hace falta que el agresor sexual avance sobre zonas pudendas o alcance la impudicia, 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”, 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). __

_____ Quiere decir entonces, que en la especie se ahondó en la investigación necesaria para descubrir la verdad de lo realmente acontecido; se profundizó en informes psiquiátrico y psicológico del imputado, informe socio-ambiental sobre sus condiciones de vida, ámbito socio cultural, costumbres y prácticas comunes: condiciones en la que mora y grupo sobre el que recibe una interactuación valorativa e informe psicológico de la menor E. ____

_____ 7º) 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 legitimo 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._____

_____ 8º) Que esta Corte tiene dicho en numerosos precedentes (Tomo 119:269, 120:1, 133) que en nuestro sistema procesal rige 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. _____

_____ Las reglas de la experiencia común que deben gobernar la apreciación de la prueba, indican que de ordinario la comparecencia ante la justicia para exponer un ataque a la libertad sexual, supone de parte de la víctima una situación traumática que, en principio, puede ser vencida a partir del

impulso de que se haga justicia, de allí que quien pretenda que son otras las motivaciones con que se conduce quien se dice afectado por el hecho, debe ponerlas de manifiesto._____

_____ En el presente caso, el modo en que ocurrieron los hechos derivan del relato efectuado por la víctima E.L.L quien manifestó ser abusada sexualmente por el denunciado, señalando que el hecho se llevó a cabo en la pieza que alquila el imputado y por la víctima E. quien manifestó que fue abusada sexualmente por el acusado desde que tenía diez años de edad en casa de la menor y describió las prácticas sexuales a las que fue sometida; todo lo cual ha sido corroborado por otros elementos de convicción. Asimismo las denuncias de la víctima E.L.L y de la Sra. G.V.D., progenitora de la menor E.L de fs. 1 y 2 y ratificadas a fs. 23 y 24/25 respectivamente, son avaladas por los informes psiquiátrico y psicológico del imputado de fs. 44 y 52/53 respectivamente, por la declaración de la menor E. en cámara Gesell a fs. 50 vta., informe socio-ambiental del imputado de fs. 61/65, informe psicológico de la menor E.L. de fs. 119/120 y por las declaraciones testimoniales efectuadas en la causa._____

_____ Además en la especie cobra también particular importancia el principio de la inmediación. En tal sentido esta Corte ha dicho en reiterados precedentes que el "Tribunal de casación no debe subrogar al de juicio, avasallando los beneficios de la inmediación que da razón de ser a la etapa plenaria del proceso penal, y le está vedado a la Corte asignar crédito o restárselo a una prueba producida en la audiencia de debate que el tribunal conoció de manera directa, salvo que su apreciación aparezca dotada de un sustento arbitrario por contrarias a las normas de la sana crítica racional, o que no se halle acompañada de fundamento alguno. La sentencia condenatoria sólo sería factible de revocatoria en el marco de un recurso de casación, si aquélla presentara el vicio de arbitrariedad, lo que debe descartarse si los aspectos más importantes del plexo probatorio han sido relacionados con arreglo a las normas de la lógica, de la experiencia común y la psicología, para determinar la autoría del hecho, sus motivos y circunstancias" (Tomo 129:417)._____

_____ 9º) Que de tal modo basándose en pruebas pertinentes y aptas, congruentes entre sí y producidas e incorporadas en la audiencia de debate en presencia del juzgador y de las partes, quienes contaban con amplias facultades para cuestionarlas, indagarlas, controlarlas y argumentar sobre ellas, resultando de allí que la hipótesis delictiva fue debidamente demostrada, cabe concluir que el "a quo" formó su convencimiento conforme la sana crítica racional al encontrar penalmente responsable al acusado por los hechos de abuso sexual sin acceso carnal agravado gravemente ultrajante agravado por el vínculo y la situación de convivencia preexistente y abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda y la convivencia preexistente._____

_____ 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 condenatorio en el cual se ha motivado la sanción a imponer, no debe prosperar la casación interpuesta, debido a que evidentemente no 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 no ocurre en el caso._____

_____ 10) 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 de los causantes 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 que 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 al 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. _____

_____ 11) Que de lo expuesto, puede concluirse que la sentencia contiene una fundamentación adecuada respecto de los hechos atribuidos al acusado, sin que se advierta una valoración errónea de la prueba alegada por el recurrente. 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 pruebas 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 manera arbitraria, por lo que corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto por la defensa de P.F.R., y en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 409/422._____

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

_____ Pedimos se tengan por reproducidos los considerandos 1º a 5º del voto que antecede, y si bien compartimos el resultado al que se arriba, estimamos que corresponde no hacer lugar al recurso de casación impetrado, en virtud de los siguientes fundamentos. _____

_____ 1º) Que el tribunal de juicio tuvo por acreditado que el acusado abusó sexualmente tanto de la menor E.M.L como de E.L.L desde que ésta era menor de edad, y fundó la sentencia en las declaraciones de las víctimas -de la primera prestada en cámara Gesell-, poniendo de resalto lo categórico de los relatos y la sinceridad observada en las mismas fruto de los beneficios de la inmediación. A ello se sumó el aval que surge de los informes psicológicos de la menor víctima que detectara el impacto de los hechos en su integridad psicológica; del llevado a cabo en E.L.L, donde no se advierten signos de mendacidad o tendencia a fabulación, y finalmente sobre el de Romero, del que se desprende que padece de un trastorno psicosexual, lo que torna verosímil que haya sido capaz de llevar a cabo comportamientos como los denunciados. _____

_____ 2º) Que debe descartarse en primer término el agravio esgrimido por el recurrente relativo al error "in procedendo" toda vez que de la lectura del fallo se advierte que la totalidad del material probatorio ha sido valorado con criterio racional y de forma particularizada, en un contexto integrador que permitió fijar la verdad histórica de lo acontecido, su autoría y calificación típica, otorgando así al fallo una base suficiente y legal.

_____ En segundo término y respecto a la inobservancia en la aplicación de la ley sustantiva, el principio "in dubio pro reo" es aplicable cuando el espíritu del juzgador oscila entre la ocurrencia o no del hecho y que se mantiene en grado de incertidumbre (cf. Jorge Clariá Olmedo, "Derecho Procesal Penal, Tomo I, pág. 225, Ed. Rubinzal-Culzoni), lo que no ocurre en el presente caso. _____

_____ En efecto, de los fundamentos de la sentencia se puede establecer que mediante un análisis simple e innegable, el tribunal ha llegado a adecuar los hechos a la verdad de lo sucedido. Ello por cuanto valoró como elementos incriminantes los testimonios de las víctimas, que adecuadamente ponderados, tienen valor probatorio en comportamientos llevados a cabo en la intimidad y fuera de la vista de terceros, revistiendo ello prueba suficiente, ya que tal como lo expresara esta Corte en el precedente registrado en Tomo 114:239, el testimonio de la víctima (en este caso plurales) puede, por sí solo, dar fundamento a un pronunciamiento condenatorio, tanto más cuando los mismos resultan coincidentes en cuanto al autor y a la modalidad de los hechos denunciados, y concordantes con otros elementos reunidos en el debate. _____

_____ El análisis de la prueba realizado por el tribunal se completa con el resultado de las pericias psicológicas practicadas al acusado y a las damnificadas, y el informe socio familiar de los mismos. _____

_____ 3º) Que en particular, también resulta acorde a las probanzas la calificación de uno de los hechos reprochados dentro de la figura del abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119 2do. párrafo del C.P.), desde que se acreditó la desproporción de los actos con el tipo básico, en relación a la edad de la víctima y su desarrollo psicosexual: introducción de dedos, actos fetichistas, simulacros de penetración; adunado a su prolongación en el tiempo, lo que implicó procederes degradantes y humillantes para la menor.

_____ 4º) 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 cumplida conforme a las reglas de la sana crítica racional, se descarta válidamente la aplicación del art. 4º del C.P.P. -texto según Ley 6345 y modificatorias-, por lo que cabe desestimar el recurso de casación deducido por la defensa de P.F.R.. _____

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

_____ 1º) Que adhiero al voto del Dr. Abel Cornejo sin perjuicio de añadir las siguientes consideraciones._____

_____ 2º) Que 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 a las mujeres en el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y de ejercer sobre ellas algún tipo de violencia._____

_____ En esta tarea la responsabilidad del Estado es central para una interpretación expansiva de los derechos humanos que busca incluir los derechos de las mujeres a la vida, libertad, seguridad personal y, por sobre todo, la inclusión de aquellas que son abusadas física o psíquicamente por ser consideradas como un mero objeto del que se puede abusar cuándo, cómo y dónde les plazca. ___

_____ 3º) 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 contra 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 particular, cabe mencionar la Convención de Belém do Pará que desde un abordaje que dimensiona la violencia de género como un problema social, de tipo estructural en nuestras sociedades aún fuertemente sexistas, define la violencia hacia las mujeres y niñas como una violación a los derechos humanos de aquellas, cuya persistencia condiciona el potencial de crecimiento de la sociedad toda. En concreto, en el art. 1º, la Convención entiende que es violencia contra la mujer "cualquier acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico (...), tanto en el ámbito público como en el privado". Y en el art. 2º, entiende que la "violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual...".

El art. 7º de esta Convención hace referencia expresa a la condena de los Estados Parte a todas las formas de violencia contra las mujeres y conviene en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. Entre las políticas que se propone llevar a cabo se encuentra la de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (inc. b).

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular deben contar -dice- con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva en los casos de violencia contra la mujer (Corte IDH, caso "Campo Algodonero", párrafo 258).

Asimismo, y asumiendo las históricas relaciones de poder desiguales entre varones y mujeres, en el marco de las Naciones Unidas, los Estados adoptaron la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer, que en nuestro país goza de la máxima jerarquía conforme lo establecido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Por su parte, la Ley 26485 define la violencia de género en forma más amplia en su art. 4º: "Se entiende por violencia contra las mujeres 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”._____

_____ En su art. 5º se determinan las características de estos tipos de violencia. Al referirse a la violencia sexual se describe como: “cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer a 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”. _____

_____ 4º) Que desde hace algunos años, nuestro país no sólo rechaza en todas sus formas la violencia de género, sino que además (y como consecuencia de asignarle un disvalor a esa expresión de las relaciones sociales) ha asumido el compromiso de trabajar desde cada una de las instancias del Estado para prevenir, investigar, sancionar y erradicar esta cruenta versión de la discriminación. “La violencia es poder y el poder genera sumisión, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento. La violencia presupone, por lo general, posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder. La violencia de género implica todo esto, y mucho más, cuya hiperincriminación se justifica, precisamente, porque germina, se desarrolla y ataca en un contexto específico, el contexto de género” (Buompadre, Jorge Eduardo, “Los delitos de género en la reforma penal. Ley 26791”, pág. 2). _____

_____ El derecho moderno, hijo de una lógica binaria y patriarcal, por años, consideró la violencia doméstica o familiar, el acoso sexual, el abuso y la violación, como cuestiones de simple interés privado. Esta situación ha sido mantenida por la concepción de esferas separadas: la pública y la privada. La división de esferas, ignora el carácter político de la distribución desigual del poder en la vida familiar, no reconoce la naturaleza política de la llamada vida privada y borra el hecho de que la esfera doméstica es, en sí misma, creada por el dominio político donde el Estado se reserva la elección de intervenir._____

_____ Se debe tener presente que esta Corte de Justicia suscribió el Convenio Marco de Colaboración con la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el que se comprometió a incorporar la perspectiva de género, en aras de promover la igualdad de género e incorporar una política institucional transversal en todos los niveles y en todas las áreas de la organización interna y en el servicio de justicia, asumiendo el compromiso de poner de resalto en las sentencias esta problemática para que pueda ser visibilizada. _____

_____ Es una responsabilidad ineludible la del Poder Judicial, como poder del Estado en un sistema republicano como el nuestro, la de propiciar y adoptar una interpretación expansiva de los derechos humanos, que garantice debidamente los derechos de las mujeres, en especial a la vida, libertad, seguridad personal y, por sobre todo, la inclusión de aquéllas que son abusadas, física

o psíquicamente, por aquellos respecto de los cuales se encuentran en una posición de dominación-sometimiento._____

_____ Sólo un análisis que incorpore transversalmente la perspectiva de género permite desbrozar las múltiples circunstancias que han intervenido para que una mujer se encuentre en la situación de sometimiento brutal que implica la violencia de género._____

_____ 5º) Que ese contexto normativo, condiciona en la actualidad el marco conceptual a partir del cual debemos interpretar distintas conductas prohibidas y sancionadas no sólo por el derecho penal, sino también, por caso, por el derecho de familia o laboral. Y esa tarea hermenéutica, propia del Poder Judicial, de cara al objetivo último que es erradicar la violencia de género, no reviste menos valor que el que tienen las políticas de prevención o asistencia que deben desarrollar otros poderes del Estado. Y, por otra parte, su desconocimiento puede llegar a implicar casos de violencia institucional, en los términos del art. 6º inc. b). _____

_____ 6º) Que por lo expuesto voto por el rechazo del recurso de casación interpuesto. _____

_____ 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. 431/434 vta. _____

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

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