

(S. II - Tomo 3: 273/300)

Salta, 05 de julio de 2022.

Y VISTOS: Estos autos caratulados **"RECURSO DE CASACIÓN CON PRESO - C., F. W. POR ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN PERJUICIO DE O.B.G. - MENOR DE EDAD - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PENAL"** (Expte. N° CJS S-II 41.844/21), y

CONSIDERANDO:

1°) Que a fs. 342/351 el Defensor Oficial Penal de la U.D.P. N° 3, en ejercicio de la asistencia técnica de F. W. C., interpone recurso de inconstitucionalidad contra la resolución de la Sala I del Tribunal de Impugnación de fs. 333/336 que, al hacer lugar al recurso de casación deducido por el Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual N° 2, casó parcialmente la sentencia dictada por la Vocalía N° 3 de la Sala III del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial del Centro de fs. 283/292 vta. solo en lo concerniente al delito de abuso sexual simple y, en reemplazo, lo condenó por resultar autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 3er párr. del Código Penal) -manteniendo la condena por lesiones leves agravadas por la relación de pareja previa y por el género, en concurso real- y dispuso, además, la remisión de los autos al tribunal de origen para que proceda a individualizar la pena (arts. 40 y 41).

2°) Que a fs. 353 el tribunal "a quo", de acuerdo a lo resuelto por esta Corte en el precedente "Anavia" (Tomo 231:869), ordenó que, previo a conceder dicho recurso, se cumpla con la determinación de la pena.

3°) Que con arreglo a ello, remitidos los autos al tribunal de mérito, se le impuso la pena de ocho años de prisión (arts. 45, 119 3er párr., 89, 92, 80 incs. 1° y 11, 55, 40 y 41 del Código Penal; v. fs. 368/372 vta.).

4°) Que contra esa decisión, a fs. 400/414 la defensa interpuso recurso de casación requiriendo -en lo esencial- que se disminuya la sanción impuesta al mínimo legal; a su turno, el tribunal "a quo" no hizo lugar a la impugnación instada (v. fs. 437/439 vta.) y esa resolución, en definitiva, fue consentida por el hoy recurrente.

5°) Que en ese estadio procesal, a fs. 445/446, el Tribunal de Impugnación -oportunamente- concedió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 342/351.

6°) Que allí la defensa sostiene que la resolución cuestionada deviene arbitraria por motivación aparente, ya que no expresa razones coordinadas y consecuentes que justifiquen la decisión a la que se arriba y, por el contrario, sus argumentos se contradicen entre sí, afectando -de ese modo- la estructura lógica y legal del fallo.

Señala que, además, el pronunciamiento resulta violatorio del principio "in dubio pro reo" toda vez que, entre dos soluciones legales posibles, se inclina por la que resulta más perjudicial a su asistido, condenándolo por la figura de abuso sexual con acceso carnal, cuando del material probatorio colectado no se advierte que se puedan tener por acreditados los elementos configurativos del tipo penal aplicado.

Destaca la valoración que el tribunal de juicio realizó de las declaraciones testimoniales y reseña que B.L.S. en circuito cerrado de televisión referenció que su asistido "le tocó la colita (...) con el que tiene" y que ese tocamiento sucedió en la cama mientras su mamá dormía; que Romina Tamara Ortega -tía de la

menor que encontró al imputado con su sobrina en la cama- prestó declaración en tres oportunidades distintas y dejó establecido que la niña le dijo "me estaba tocando tía, me estaba manoseando"; que B. G. O. -madre de la víctima- si bien declaró que no puede aportar datos precisos del hecho porque había estado ingiriendo bebidas alcohólicas y no se dio cuenta de nada, reafirmó el testimonio aportado por su hermana, quien le comentó lo ocurrido al otro día, que por esa causa se dirigió a la comisaría a efectuar la denuncia y que su hija expresó que C. "la estaba manoseando, que le metió el dedo en la colita, que pasó otra vez y que él le dijo que no diga nada"; y, por último, que M. G. V. -abuela de la niña- ratificó igualmente lo expresado por R. T. O. y agregó que al momento de la revisión médica, la Dra. Cardozo expresó "que la habían tocado".

_____ Asevera -del mismo modo- que en primera instancia se valoró adecuadamente el estudio psicológico efectuado por la lic. Figueroa y su posterior declaración en audiencia de debate, elementos probatorios de los que se desprende de forma categórica que el hecho ha ocurrido tal como lo relató la menor; al tiempo que resalta que del certificado médico se colige con grado de certeza que la niña no presenta lesiones en la zona de la vulva o vagina y sí una excoriación en la zona del ano, de lo que se concluye -tal como lo hizo el juez de juicio- que existió un rozamiento efectuado por el imputado en el área anal de B.L.S., es decir, un hecho constitutivo del delito de abuso sexual simple (art. 119 1er párr. del Código Penal).

_____ Por otra parte, advierte que el recurso de casación debió ser declarado inadmisibles por cuanto fue presentado vía web el 11 de septiembre de 2020 ante la Sala VII del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial del Centro, aduciendo el fiscal que, como se había dispuesto la feria extraordinaria por Acordada 13175 de esta Corte, ese era el tribunal designado para actuar en causas habilitadas a feria; sin embargo, correspondía que sea interpuesto ante la Sala III, pues se encontraba trabajando de modo remoto, tal como le fue informado al recurrente al rechazársele su presentación por el mismo medio. Añade que, si bien la feria extraordinaria había sido dispuesta desde el 28 de agosto hasta el 11 de septiembre, el debate culminó el 28 de agosto y la lectura de fundamentos se efectuó en esa misma Sala el 4 de septiembre, es decir, durante la vigencia de la feria, por lo que la fiscalía no podía desconocer que debía presentar allí el recurso de casación.

_____ Recuerda, volviendo a la crítica del fondo de la resolución recurrida, que fue el propio acusador quien desistió del testimonio de la médica que practicó la revisión de la menor en la audiencia de debate, declaración que hubiera sido fundamental para aclarar lo ocurrido, ya que su pericia es uno de los elementos sobre los que el fiscal pretende demostrar que hubo acceso carnal.

_____ Reprocha que el tribunal "a quo" admita la hipótesis acusadora frente a la declaración de la víctima y de sus familiares, además del testimonio brindado por la psicóloga y de su informe, que imponen concluir que se trató solo de un tocamiento o rozamiento por el encartado.

_____ Esgrime que el certificado médico resulta determinante para descartar la penetración, ya que la menor no presentaba -al momento de su examen- signos de congestión, edema de tejidos perianales, laceraciones, equimosis o contusiones perianales,

desgarros o fisuras recientes del margen anal o borramiento de pliegues, como sucede normalmente en ese tipo de casos, teniendo en cuenta la contextura física de las partes. Agrega que de las muestras de biología molecular no surgen rastros de semen ni sangre que deberían haber sido hallados como consecuencia lógica de la penetración.

_____ Concluye afirmando que es cierto y se encuentra probado que existió una situación de abuso que ocurrió debajo de las sábanas de la cama que compartían esa noche C. y B.L.S., pero no se ha podido probar que haya existido un acceso carnal, sin perjuicio de lo cual se condenó a su asistido en violación a los principios constitucionales de inocencia e "in dubio pro reo".

_____ 7°) Que a fs. 454/457 la Asesora General de Incapaces emite informe en orden a la protección de los derechos de la víctima.

_____ Entiende que la resolución impugnada contiene una adecuada y razonable ponderación de las pruebas incorporadas a la causa y ha fundamentado adecuadamente su encuadre legal.

_____ Luego de puntualizar las características propias de este tipo de delitos, especialmente la dificultad probatoria a raíz del ámbito de clandestinidad en el que generalmente ocurren, resalta que el testimonio de la niña y los restantes elementos probatorios conducen al rechazo del remedio interpuesto por la defensa.

_____ 8°) Que a fs. 461/462 vta. la Fiscal ante la Corte N° 2 dictamina que el recurso de inconstitucionalidad debe ser declarado mal concedido por cuanto fue deducido contra una sentencia que no reviste el carácter de definitiva, en razón de que no se hallaba integrada con la necesaria sanción fijada a fs. 371/372 vta. y que, sumado a ello, esta última decisión no fue atacada por la defensa, por lo que se halla consentida.

_____ Subsidiariamente, sostiene que la impugnación debe ser rechazada dado que las causales de arbitrariedad que enuncia el recurrente, así como la vulneración de derechos constitucionales que invoca, carecen de sustento y evidencian su sola disconformidad con lo resuelto, en tanto no logra desvirtuar los fundamentos que dan basamento a lo decidido, circunstancias que en modo alguno viabilizan el remedio extraordinario.

_____ Manifiesta que resulta innegable que las pruebas evaluadas, y su correlación entre sí, permitieron llegar a un juicio de certeza apropiado para condenar. En este sentido, refiere a las pruebas colectadas y las razones que conducen a sostener la calificación legal aplicada.

_____ Finalmente considera que la vía extraordinaria es improcedente en los supuestos de discrepancia con la valoración, interpretación y conclusiones efectuadas por los jueces de la causa, ya que el recurso de inconstitucionalidad ha sido instituido para atender a los casos enumerados por los arts. 153 ap. III inc. a) de la Constitución Provincial y 554 del Código Procesal Penal, o descalificar como actos jurisdiccionales válidos a las sentencias que presenten vicios de tal magnitud que conduzcan a catalogarlas de inconstitucionales, en el marco y bajo las estrictas pautas de la doctrina de la arbitrariedad; y no promueve cuestión apta para ser tratada en la instancia excepcional, la tacha de arbitrariedad que solo trasunta una opinión diversa a la sostenida por el juzgador, insuficiente por ende para demostrar que conduzca a un apartamiento palmario de la solución jurídica prevista para el caso, o adolezca de una decisiva carencia de fundamentación.

_____ 9°) Que a fs. 463 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme.

_____ 10) Que esta Corte tiene dicho en reiteradas oportunidades que el recurso de inconstitucionalidad local ampara acabadamente el derecho a la doble instancia (cfr. Tomo 208:425; 210:441; 231:385, entre otros). En efecto, resulta la vía vertical apta para posibilitar un control amplio de la primera condena.

_____ La materia que se suscita en autos resulta extensiva a todos aquellos supuestos en que un tribunal revisor ejerce su competencia para revocar una absolución y condenar al imputado o agravar la pena, lo que es conocido como "casación positiva", en la que evita el juicio de reenvío y autoriza a los jueces a resolver conforme a la ley que declaran aplicable.

_____ Ello es así por cuanto el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho del imputado de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior; a su vez, el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescripto por la ley. Ambos tratados fueron receptados en el derecho interno, en virtud de lo dispuesto en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional y en los estándares emanados de fallos de la Corte Federal, como son los derivados de sus precedentes "Giroidi" (Fallos, 318:514), "Casal" (Fallos, 328:3399) y "Duarte" (Fallos, 337:901), entre muchos otros. Lo que se espera en concreto de la instancia recurrida es que, realizado su máximo esfuerzo, revise todo aquello que de hecho sea posible revisar.

_____ 11) Que en búsqueda de soluciones procesales viables para dotar de efectividad al derecho a la vía recursiva en supuestos de casación positiva contra el acusado, conviene recordar que la Corte Interamericana en el caso "Norín Catrimán" (sent. del 25/05/14, Serie C, N° 279, párrs. 269 y 270) sistematizó los requisitos que, de acuerdo a la jurisprudencia anterior de ese mismo tribunal, tiene que reunir un recurso para garantizar adecuadamente el derecho reconocido por el art. 8.2.h de la CADH: tratarse de un recurso ordinario (lo que implica que debe ser garantizado "antes que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, pues busca proteger el derecho de defensa evitando que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores"); accesible (las formalidades que los ordenamientos procesales exijan para su admisión "deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y revisar los agravios"); eficaz (debe ser "un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea"); que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido ("debe permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada"); que respete las garantías mínimas (que "resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, sin que ello implique la necesidad de realizar un nuevo juicio oral"); y -en lo que aquí interesa- que esté al alcance de toda persona condenada.

_____ En esa misma línea, aquella Corte, en el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" (sent. del 02/04/04, Serie C, N° 107), despejó el camino hacia la búsqueda del concepto del "derecho al recurso" tal

como debe ser entendido hoy en día, al declarar que “la posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio ese derecho” (párr. 164); y añadió, “independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida” (párr. 165).

Restá señalar que la negativa a un control casatorio extenso de la primera condena o del agravamiento de la pena inicialmente impuesta, por la sola circunstancia de ser decidida por el Tribunal de Impugnación, reflejaría una violación del principio de igualdad ante la ley (arts. 16 de la Constitución Nacional y 13 de la Constitución Provincial) toda vez que el condenado por un juez o tribunal de juicio -en primera instancia- se encontraría en una mejor posición, al asegurársele el derecho al recurso en términos más amplios que a aquél. Asimismo, el titular de la acción penal gozaría de mejores herramientas procesales para revertir una absolución del imputado, a la par de que se le negaría a éste la posibilidad de cuestionar -por primera vez- un pronunciamiento condenatorio, arribando a la paradójica conclusión de que un remedio legal -inicialmente previsto a su favor- terminaría perjudicándolo.

Por último, cabe advertir que ambos dispositivos convencionales analizados (arts. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP) requieren que el control sea realizado por un tribunal superior (esta Corte, 236:807; S-II Tomo 1:297, entre otros).

12) Que en base a lo expresado, en situaciones como la que se presenta en el “sub lite”, el bloque convencional y constitucional, así como la jurisprudencia citada, impelen a esta Corte a constituirse como tribunal de revisión, flexibilizando las reglas del recurso de inconstitucionalidad a fin de efectuar “una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas”, en los términos de la doctrina emanada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado precedente “Casal”.

13) Que por estas razones, no resulta posible -como lo pretende la Fiscal ante la Corte- que este Tribunal declare -en las condiciones descriptas- mal concedido el recurso de inconstitucionalidad instado ni se limite al análisis de las causales de arbitrariedad propias del remedio extraordinario, toda vez que lo primordial es asegurar la garantía del doble conforme de la forma más amplia posible, pues -de lo contrario- la actividad jurisdiccional de esta Corte resultaría violatoria de un derecho humano básico e, incluso, podría eventualmente generar responsabilidad al Estado argentino en sede internacional.

Por idénticos fundamentos, en los casos en que el Tribunal de Impugnación, luego de ejercer casación positiva y revocar una absolución o agravar la pena inicialmente impuesta, concedió el recurso de inconstitucionalidad sin la necesaria individualización previa de la pena, esta Corte expresamente aclaró que, cumplida esa determinación con arreglo al postulado de pronta administración de justicia, resolvería la cuestión a fin de garantizar el mentado derecho convencional (cfr. Tomo 231:869; 232:341, entre otros), tal como acontece en autos. Igualmente, en

hipótesis de defensa ineficaz en la que estaba en juego la garantía analizada, este Tribunal ha adoptado las medidas pertinentes a fin de efectivizar su observancia (cfr. Tomo 226:685, entre otros).

14) Que corresponde ahora, entonces, expedirse sobre los motivos de agravio expresados por la defensa y, por una razón de orden lógico, en primer lugar debe analizarse la discutida admisibilidad del recurso de casación.

Al respecto, deviene necesario señalar que su invocación aparece como una reflexión tardía de la asistencia técnica de C., pues fue introducida recién al interponer el recurso de inconstitucionalidad, omitiendo su planteo oportuno (v. fs. 306 vta., 313, 317 y 318/320) y, en consecuencia, no puede ser tratada en esta instancia (cfr. CSJN, Fallos, 330:1228; 340:1940; 342:988; S. 181. XLIX; S. 273. XLV. ROR, entre otros; esta Corte, Tomo 225:559, entre otros).

Sin perjuicio de ello, cabe advertir que el tribunal de juicio oportunamente examinó la cuestión al momento de decidir fundadamente la concesión del recurso de casación (art. 545 del C.P.P.; v. consid. 3° del auto de fs. 305/306 vta.) y lo propio hizo el Tribunal de Impugnación al efectuar el análisis de admisibilidad del remedio (arts. 527 y 549 del C.P.P.; v. consid. 5° de la resolución de fs. 333/336).

15) Que el segundo motivo de agravio del recurrente radica en cuestionar la condena de su asistido a través de una motivación que considera meramente aparente y contradictoria.

Para abordar este tópico, resulta necesario escudriñar los fundamentos esgrimidos por el Tribunal de Impugnación para resolver como lo hizo.

En esa tarea, es del caso señalar que el tribunal, de manera liminar, circunscribió la materia a decidir como un reexamen de los hechos probados en la sentencia a los efectos de su subsunción en el ordenamiento jurídico penal. Dicho proceder resulta incuestionable, desde que el remedio que excitó su jurisdicción justamente estaba dirigido -en esencia- a criticar la calificación jurídica otorgada por el tribunal de juicio a los hechos juzgados.

A continuación, destacó que de la revisión médica de B.L.S. efectuada por la Dra. Cardozo se desprende "región anal con dilatación moderada del esfínter anal con eritema e irritación peri anal. Lesiones recientes, producidas por elemento tipo pene, dedo o similar..." (v. fs. 20 del legajo de investigación fiscal N° 88/19). En relación con ello, advirtió que de la declaración testimonial de la niña surge que el acusado le tocó sus partes íntimas, le bajó los pantalones en la cama de su mamá mientras dormía y "le hizo doler adelante y atrás en la colita". Asimismo, ponderó que la menor respondió de manera afirmativa cuando se le preguntó si le había bajado la bombacha y precisó que "le hizo doler con el que tiene" para luego indicar "con el pitito", señalando mediante los muñecos facilitadores la zona genital (v. circuito cerrado de televisión en el CD de fs. 65 del legajo fiscal).

Por su parte, recordó -con cita de doctrina y jurisprudencia especializada- que, para que haya abuso sexual simple, no debe haber penetración ni en grado de tentativa, como así también que el acceso carnal no requiere para su consumación que aquella sea total o que se produzca eyaculación ni que el acto sexual alcance la perfección fisiológica.

_____ En base a tales consideraciones, censuró la aplicación del tipo de abuso sexual simple por el tribunal de juicio y calificó tal decisión como arbitraria, por una parte, al no constituir una razonada derivación del material probatorio incorporado y, por otra parte, por resultar contradictorio asignarle crédito al testimonio de la niña y sopesar las lesiones que presenta, para luego concluir que el acceso carnal no existió. _____

_____ 16) Que así sintetizados los argumentos desarrollados por el Tribunal de Impugnación, cabe adelantar que no se aprecia que resulten meramente aparentes o contradictorios. _____

_____ Respecto al razonamiento explicitado, a fin de arribar a la calificación jurídica seleccionada, Sebastián Soler enseña que "la subordinación de un hecho a determinada figura delictiva no es siempre una operación sencilla que resulte del examen somero y mecánico de la ley, porque las figuras y los tipos no son ni valores numéricos ni puros conceptos lógicos, sino normas dotadas de un contenido que crea un complejo sistema de relaciones entre un tipo y otro. Para llegar al encuadramiento correcto, siempre es necesario saber a qué tipo atenderemos de los varios que a veces reclaman aplicación sobre un hecho". Y agrega que "con frecuencia, ello importa una operación compleja de interpretación, ya sea porque un mismo hecho puede, a veces, ser considerado desde distintos puntos de vista legales, ya sea porque, otras veces, varias leyes pueden tener pretensión de funcionamiento simultáneo. En ciertos casos, la aplicación de varias leyes será correcta; pero en otros casos no lo será: ello depende de la relación que medie entre las distintas figuras delictivas. El objeto de la subordinación de un hecho a una figura no es el de que ese hecho tenga una pena cualquiera, sino precisa y justamente la pena que le corresponde, pues ya sabemos que un hecho no es delictivo en general sino tan solo y en la medida en que es delito en particular" ("Derecho Penal Argentino", 5ta ed., 11va reimpr., act. por Guillermo J. Fierro, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 2000, Tomo II, pág. 204). _____

_____ En autos, la estructura lógica de la decisión recurrida exhibe una correcta adecuación jurídica concreta del hecho a través de una explícita fundamentación, con precisa indicación de las razones que condujeron al tribunal a arribar a la conclusión impugnada por la defensa. _____

_____ En efecto, la fundamentación no deviene meramente aparente toda vez que el tribunal "a quo" ha destacado las pruebas que -a su juicio- resultan trascendentes para la solución del caso, permitiendo -de ese modo- la comprensión del razonamiento que sustenta la decisión adoptada y la elección de la norma jurídica aplicada. _____

_____ Al respecto, se ha sostenido con acierto que si bien el art. 119 del Código Penal ha sido estructurado como una forma delictiva que va de menor a mayor en cuanto a su intensidad criminal y gravedad de la ofensa al bien jurídicamente tutelado, no deja de contener tipos perfectamente determinados y especiales en cada uno de los tres primeros párrafos, que exigen diversas resoluciones criminales, diversos grados de vulneración al bien jurídicamente amparado y diversos medios comisivos (Jorge Luis Villada, "Delitos sexuales y trata de personas: concordado con legislación latinoamericana y europea", 4ta ed. act. y amp., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, pág. 233). _____

_____ Por lo demás, tampoco resulta contradictoria, en tanto no

afirma y niega -al mismo tiempo- una misma circunstancia fáctica o una posición jurídica, ni el presupuesto de hecho del que parte es inconsecuente con la norma penal escogida.

17) Que siendo ello así, resta el tratamiento del tercer motivo de agravio planteado, consistente en sostener que el tribunal "a quo" condenó a C. por el delito de abuso sexual con acceso carnal, en vez de observar la garantía del "in dubio pro reo" que conduce, en el caso, a aplicar el tipo penal de abuso sexual simple.

Sobre el particular, corresponde recordar que el principio "in dubio pro reo" -previsto en el art. 1° inc. f) del Código Procesal Penal- tiene fundamento en la garantía de presunción de inocencia consagrada en los arts. 18 de la Constitución Nacional, 20 de la Carta Magna provincial y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dispone que ninguna persona puede ser tratada como culpable hasta que no se pruebe el hecho que se le atribuye, y el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y lo someta a una pena (cfr. Julio B. J. Maier, "Derecho Procesal Penal. Fundamentos", ed. Del Puerto, Bs. As., 1996, Tomo I, pág. 498). Dicho principio rige principalmente en el momento de la sentencia definitiva, porque es en este último estadio del proceso cuando se evidencia con toda su amplitud, en tanto el ordenamiento jurídico vigente requiere que el tribunal, para poder condenar, logre obtener de la prueba reunida en el juicio la certeza acerca de la culpabilidad del acusado.

En su aspecto negativo, esta garantía prohíbe al tribunal condenar si no obtiene certeza sobre la verdad de la imputación; y en el positivo exige al órgano judicial absolver al no obtener certeza. De esta manera, este principio no regula estrictamente la prueba como tal, sino que funciona en el ámbito de su valoración, operando cuando aquella es insuficiente para condenar, a pesar del agotamiento de los medios probatorios. La duda ha sido definida genéricamente como una real situación de equilibrio entre las pruebas de cargo y de descargo, mas no es sólo este estado, pues también la mera probabilidad de que, con base en las comprobaciones de las actuaciones, se ha cometido un hecho delictuoso y que el imputado es culpable como partícipe del mismo, impide que se dicte una sentencia condenatoria (cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Lerner Editora Córdoba, 1986, Tomo I, pág. 345).

Pero, como lo ha señalado el Máximo Tribunal Nacional, ese "estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso" (Fallos, 308:640).

A su vez, esta Corte ha destacado que no se trata en realidad de una certeza absoluta, ya que en el caso del conocimiento judicial sobre los hechos -como especie del conocimiento empírico- la dificultad de obtener esa convicción se ve restringida por diversos factores tales como la imposibilidad del tribunal para acceder de modo directo a los hechos del pasado sobre los que debe decidir, en virtud de las limitaciones epistémicas propias del ser humano y de que los sentidos, en definitiva, son falibles y están permanentemente condicionados por los numerosos conceptos y preconceptos sociales, culturales, afectivos, etc. Así, la verdad absoluta no resulta alcanzable para

el juez por razones de orden lógico, en la medida en que debe recurrir a inferencias inductivas para justificar su conclusión fáctica y, como es sabido, en aquellas la verdad de las premisas no garantiza la verdad de la conclusión. El juez, entonces, debe justificar racionalmente su fallo expresando las razones que lo han llevado a la certeza final sobre la verdad del hecho atribuido al imputado, exponiendo los motivos por los cuales, de los elementos probatorios legítimamente incorporados al juicio y que resultaron dirimentes, sólo esa conclusión puede extraer al aplicar las reglas de la sana crítica racional (Tomo 232:5).

Por su parte, "la sana crítica racional implica respetar los principios de la recta razón que no son más que las reglas de la lógica que se estructuran sobre la acabada idea de coherencia y derivación, con más las bases cardinales de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Esto debe verse abonado por los principios incontrastables epistemológicos que vienen de la psicología, en cuanto a la percepción, personalidad, emoción, volición, ideación, como así también los elementos empíricos que llegan de la experiencia de vida, conocimientos vulgares, del plano emotivo, de la observación" (Carlos Parma, "Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria", Hammurabi, Bs. As., 2011, págs. 46/47). O sea que el juez debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano (Eduardo Jauchen, "Proceso penal. Sistema acusatorio adversarial", 1ra ed. rev., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 304).

18) Que en otro orden de consideraciones, es del caso señalar que la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes constituye una prioridad en nuestro ordenamiento normativo. Prueba de ello es la incorporación de sendos tratados internacionales sobre derechos humanos que progresivamente el Estado argentino fue ratificando y, desde la reforma constitucional operada en el año 1994, su reconocimiento como integrantes del bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

En este sentido, dada la importancia que en la materia detenta, conviene recordar que el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -aprobada por Ley 23054 en 1984- establece que "todo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". De ello se colige que gozan de la totalidad de los derechos y garantías que la citada Convención les reconoce a todas las personas, más un "plus" de protección por su condición de niños. Asimismo, al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño mediante la Ley 23849 en 1990, el Estado se comprometió a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos allí reconocidos (art. 4°).

De esta manera, es dable afirmar que nuestro Estado asumió internacionalmente el compromiso -entre otros- de protección de los niños contra todas las formas de explotación y abuso sexual (art. 34 de la CDN). Este deber implica la asunción de acciones positivas para alcanzar el efectivo goce de los derechos acordados.

En tal entendimiento, el Congreso Nacional sancionó la Ley

26061 que dispone que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral y, por lo tanto, prohíbe su sometimiento a cualquier trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio, como así también a cualquier forma de abuso o explotación sexual (art. 9°). Dicha ley prescribe, además, que los derechos y las garantías que reconoce son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles (art. 2°).

19) Que a ello debe añadirse que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belem do Pará" -aprobada por Ley 24632 en 1996- establece que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, incluida la sexual (arts. 2 y 3) e insta al Estado a adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, especialmente a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inc. b).

En esa dirección, el Congreso dictó la Ley 26485 de protección integral a las mujeres que establece, entre otros objetivos, garantizar su derecho a vivir una vida sin violencia y su acceso a la justicia (arts. 2° incs. b y f, y 3° incs. a e i). Además, la mencionada ley reconoce a las mujeres un derecho a la amplitud probatoria (art. 16 inc. i). Coincidentemente, la Ley provincial 7888 dispone que la garantía de acceso a la justicia incluye el derecho de toda mujer a contar con la mayor libertad para probar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia (art. 4° inc. h).

20) Que teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde examinar el testimonio de la víctima y, a partir de allí, confrontarlo con los restantes elementos probatorios disponibles para arribar a la solución jurídica correcta.

En efecto, este Tribunal ha dicho que resulta plenamente válido reconstruir un determinado acontecer mediante inferencias que descansan en indicios pues, en el método de la libre convicción, no puede negarse que los jueces se basen en esa prueba para obtener una decisión que exija certeza, siendo extremo el rigor empírico al que tal decisión se somete (Tomo 122:669; 136:179; 217:333, entre otros).

En un mismo sentido y en relación directa a los delitos de índole sexual también precisó su dificultad probatoria, con lo cual dejó sentada la validez de los datos que, conjuntamente, indican la existencia de un suceso con relevancia penal que, de ordinario, es cometido en clandestinidad (cfr. Tomo 145:217, entre otros). Es que los delitos de contenido sexual se cometen generalmente sin la presencia de testigos, y por ello adquieren fundamental relevancia los dichos de la víctima, al extremo de que nada impide que un pronunciamiento condenatorio se sustente solo en su relato, siempre y cuando sea objeto de un riguroso análisis y se expongan los aspectos que determinan que le sea asignada credibilidad, convirtiéndola en un elemento preponderante por sobre la negativa del acusado (Tomo 119:269; 138:771; 140:445, entre otros).

En ese orden, cabe advertir que de la declaración testimonial filmada de la niña se colige que, luego de cerciorarse acerca del conocimiento de la menor sobre las partes íntimas del

cuerpo, la psicóloga indagó si alguien, alguna vez, le tocó sus partes íntimas, a lo que respondió afirmativamente e indicó que lo hizo el imputado.

Concretamente, cuando le preguntó sobre el hecho investigado, se puede observar que la menor prefirió evadir la respuesta. Sin embargo, la lic. Figueroa -a través de un adecuado abordaje- logró que respondiera y señaló que el acusado le bajó sus pantalones en la cama de su mamá mientras dormía, le produjo dolor en "su colita... con el que tiene... con el pitito", indicando el órgano genital masculino en el muñeco anatómico utilizado por la forense.

Al momento de valorar este testimonio no es posible dejar de considerar que se trata de una niña de cinco años de edad, visiblemente incómoda y angustiada al referirse al hecho; sus dichos, además, aparecen condicionados por el silencio enmarcado en una relación asimétrica de poder entre ella y un adulto que -en ese momento- era el novio de su madre.

Sobre el punto, resulta sumamente ilustrativo traer a colación uno de los pasajes de "El Principito" de Antoine de Saint-Exupéry: "A los adultos les gustan los números. Cuando uno les habla de un nuevo amigo, nunca preguntan sobre lo esencial. Nunca te dicen: '¿Cómo es el sonido de su voz? ¿Cuáles son los juegos que prefiere? ¿Coleciona mariposas?' Te preguntan: '¿Qué edad tiene? ¿Cuántos hermanos tiene? ¿Cuánto pesa? ¿Cuánto gana su padre?' Sólo entonces creen conocerlo". Este extracto da cuenta magníficamente de algunas de las diferencias entre el razonamiento de los niños y de los adultos; en otras palabras, muchas veces lo "importante" o, mejor dicho, "lo esencial" para los adultos -trátase de jueces, fiscales, defensores, etc.- es sustancialmente distinto a lo que los niños consideran importante o esencial, y eso hace que resulte dificultoso que un niño informe durante el desarrollo de la investigación propia de una causa penal, con la certeza que los "adultos" consideramos admisible, cuestiones a las que generalmente no les presta atención (v. gr. qué días fueron abusados, cuántos hechos fueron, en qué lugar se produjeron, en qué posición se encontraba el agresor, etc.) (cfr. esta Corte, 225:637, voto de la Dra. Bonari y del Dr. Catalano).

Luego, una correcta valoración de la exposición brindada por la víctima en circuito cerrado de televisión que considere las particularidades referidas, junto con las restantes constancias de la causa, conduce a concluir que el hecho existió y se trató de un abuso sexual con acceso carnal consumado que fue interrumpido por la intervención de R. T. O.

En efecto, tal como fue apreciado por el Tribunal de Impugnación, el examen médico practicado a la víctima respalda firmemente sus dichos; y si bien la defensa se agravia de que el acusador haya desistido del testimonio de la Dra. Elizabeth Cardozo en la audiencia de debate, lo cierto es que, más allá de cuál de las partes haya ofrecido la prueba, una vez admitida en el auto respectivo (v. fs. 228/229 vta.), por el principio de comunidad o adquisición procesal, si el recurrente consideraba trascendente su producción debió haberse opuesto en esa oportunidad (cfr. José I. Cafferata Nores, "La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la ley 23.984", 3ra ed. act. y amp., Depalma, Buenos Aires, 1998, págs. 40 y 41), siendo que -por el contrario- no manifestó objeción (v. fs. 270 vta.).

Por su parte, la valoración integral de los restantes

elementos probatorios refuerza la conclusión de que el hecho existió tal como le fue imputado a C.. Particularmente, se destaca la declaración testimonial prestada por la lic. Figueroa en audiencia de debate, en la que expresó que una nena de esa edad no puede sostener un guión a lo largo del tiempo de un proceso de una entrevista y que la niña fue consistente (v. fs. 273).

Finalmente cabe aclarar que a pesar de que el informe del CIF sobre indicios biológicos concluye que las muestras ofrecidas e identificadas no contienen sangre ni semen (v. fs. 70/71 del legajo fiscal), ello no logra derribar la contundencia de las restantes pruebas analizadas, máxime cuando la víctima jamás refirió que el acusado haya eyaculado sino que, antes bien, de acuerdo a la valoración integral de los elementos colectados, se colige que se trató -como se dijo- de un abuso sexual rápidamente interrumpido ("no pasaron ni cinco minutos") por la tía de la menor al llamarle la atención que la habitación estuviera oscura, siendo que su sobrina siempre duerme con la televisión prendida (v. fs. 38 y vta. del legajo fiscal y 269 vta./270 vta. de autos).

21) Que si bien el tipo aplicado exige un resultado vulnerante efectivo del bien jurídicamente amparado, el grado de penetración -parcial o total- o su perfección no son relevantes para la consumación delictiva (cfr. Soler, ob. cit., Tomo III, pág. 306; Carlos Fontán Balestra, "Tratado de derecho penal", 2da ed. act. por Guillermo A. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, Tomo V, pág. 63; Edgardo A. Donna, "Derecho penal. Parte especial", 4ta ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, Tomo I, pág. 573; Rubén E. Figari, "Delitos sexuales", Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pág. 128; esta Corte, Tomo 158:389, entre otros). Es más, puede ocurrir que el abusador, penetrando a medias a la víctima, se vea distraído o impedido por cualquier circunstancia ajena a su voluntad, por la resistencia tenaz del sujeto pasivo, la aparición de un tercero -como sucedió en el caso bajo examen- o hasta por propia impotencia "coeundi", con lo cual abandone el abuso ya comenzado, a mitad de camino (Villada, ob. cit., pág. 228). De igual modo, resulta irrelevante el tiempo de duración del acto sexual y, por supuesto, no es necesario que se produzca el orgasmo (Javier E. de la Fuente, "Abusos sexuales", Hammurabi, Buenos Aires, 2021, pág. 151).

22) Que puede afirmarse, entonces, que la construcción racional a la que arribó el Tribunal de Impugnación resulta perfectamente acorde a los principios de la sana crítica racional, puesto que la certeza adquirida se sustenta en la ponderación del testimonio de la víctima respaldado por otros elementos de convicción que corroboran su relato y ante la inexistencia de razones objetivas que invaliden sus afirmaciones.

23) Que deviene oportuno señalar, además, que la certeza necesaria para condenar no debe insoslayablemente surgir de un panorama totalmente desprovisto de elementos favorables a la posición del acusado; es claro que una exigencia de tal naturaleza determinaría que prácticamente cualquier movimiento defensivo en el plano de la prueba o cualquier debilidad de la evidencia frustraran la posibilidad de una condena. Sin embargo, la viabilidad de un pronunciamiento contrario al acusado requiere un convencimiento razonablemente alcanzado mediante el triunfo racional de los factores incriminantes por sobre los que revisten carácter neutro o favorable al encausado (cfr. esta Corte, Tomo 184:53, entre otros).

_____ 24) Que, asimismo, tal como lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos, 311:571; 339:276), como tampoco están compelidos a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (Fallos, 301:970; 311:1191, entre muchos otros).

_____ En ese sentido, este Tribunal precisó que la sentencia es válida si, como en el caso, en sus fundamentos se ha cumplido con una ponderación completa de las pruebas y, además, cuenta con un análisis razonado de las constancias de la causa, delimitando con precisión la significación que cabe asignar a los hechos, sus circunstancias y su autoría (Tomo 141:465; 222:415; 227:579, entre muchos otros).

_____ 25) Que en definitiva, se concluye que el pronunciamiento cuestionado se halla suficientemente fundado y las críticas solo evidencian un desacuerdo con el resultado al que se arribó, por lo que corresponde desestimar el recurso deducido por la asistencia técnica de F. W. C..

_____ Por ello,

_____ **LA SALA II DE LA CORTE DE JUSTICIA,** _____

_____ **RESUELVE:** _____

_____ I. **NO HACER LUGAR** al recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 342/351 y, en su mérito, **confirmar** la sentencia de fs. 333/336, integrada con la de fs. 371/372 vta. _____

_____ II. MANDAR que se registre y notifique. _____

(Fdo.: Dras. Sandra Bonari, Adriana Rodríguez Faraldo, Dres. Guillermo Alberto Catalano y Sergio Fabián Vittar -Juezas y Jueces de Corte, Sala II-. Ante mí: Dra. María Jimena Loutayf -Secretaria de Corte de Actuación-).