

(Tomo 213: 77/116)

_____ Salta, 28 de julio de 2017.

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados **"CHAILE, OSVALDO FEDERICO POR ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL GRÁVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA GUARDA EN PERJUICIO DE A.V. - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PENAL"** (Expte. N° CJS 38.342/16), y _____

CONSIDERANO: _____

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

_____ 1º) Que a fs. 356/361 la Defensora General de la Provincia, Dra. María Inés Diez, interpone recurso de inconstitucionalidad en contra de la sentencia de la Sala III del Tribunal de Impugnación, agregada a fs. 350/354 vta., que no hace lugar al recurso de casación deducido por la defensa y confirma la condena impuesta a Osvaldo Federico Chaile. _____

_____ Sostiene que el "a quo" resolvió expedirse sin considerar acabadamente los agravios del recurso de casación interpuesto, los que fueron reforzados por su parte en la instancia del trámite prevista en el art. 546 del C.P.P. (Ley 7690 y modificatorias). _____

_____ Afirma que el presente no se trata de una mera reiteración de agravios por el simple hecho de estar en disconformidad con el resultado, pues ocurre que ante una sentencia de segunda instancia que responde livianamente a los planteos de la defensa y omite expedirse sobre otros, no puede decirse que su parte haya agotado su pretensión revisora; y que de no admitirse la impugnación, se estaría vedando al imputado la posibilidad de que algún tribunal revise su condena. Cita doctrina al respecto. _____

_____ Argumenta que la mayoría de los agravios puestos a consideración del Tribunal de Impugnación están relacionados con la actividad probatoria y confluyen en sostener que no existe certeza alguna para afirmar que en éste proceso se ha logrado demostrar el hecho delictivo que se le atribuye al imputado; y que además se ha referido a la pena impuesta, la que aun ante el supuesto de considerarse cierto el hecho, no sólo resulta desproporcionada sino también absolutamente infundada. _____

_____ Reseña que la sentencia de condena sólo cuenta con el relato de los hechos por parte de las docentes Inés Azucena Cardozo y Salomé Furi, a quienes supuestamente la menor A.V. les habría contado lo ocurrido; lo que vale decir que lo que se sabe sobre el evento juzgado se conoció por la versión de dos personas que no fueron testigos presenciales; que también existe contradicción entre los dichos de N.A.Q. (hermana de A.V.) en la cámara Gesell y en la audiencia de debate, declaración aquella llevada a cabo por un profesional y en un contexto adecuado para su producción, con lo que se podría haber advertido si la niña se encontraba presionada o si faltaba a la verdad; y bien puede pensarse que en la segunda oportunidad de declarar N.A.Q. recibió influencia externa, ya que en ese momento vivía con su tía, quien antes había denunciado al imputado. _____

_____ Arguye que el tribunal "a quo" se limitó a afirmar que es sabida la dificultad probatoria que presentan los casos donde se investiga un abuso sexual, pero consideran que de la lectura de autos surge debidamente acreditado el hecho por los testimonios de

Cardozo y Furi, quienes escucharon el relato de la propia niña, lo que entiende reforzado por lo declarado en el debate por N.A.Q. (fs. 352 vta.); pero sostiene que tal respuesta no satisface los parámetros de razonabilidad, pues no justifica por qué razón se le otorga semejante relevancia a esos elementos de prueba por sobre el resto del material convictivo. Cita doctrina y jurisprudencia que entiende aplicables al caso concreto.

_____ Recuerda que se expuso en el recurso de casación de fs. 322/326, que en estos casos ocurridos en la intimidad son de vital importancia el resultado de los exámenes médicos y la audiencia en cámara Gesell. En ésta, la niña A.V. dijo que "papá está preso porque mi tía Soledad vino con doña Carmen a denunciarlo, porque ellas no lo quieren... él nunca me ha hecho nada, ni tampoco me tocó ni nada..."; en tanto que la profesional que llevó a cabo dicho acto no señaló que la menor se mostró presionada o que haya mentido, como tampoco concluyó de forma contundente que se advierta que haya sido abusada sexualmente.

_____ Señala que, por su parte, en el informe de fs. 342/345 criticó la conclusión efectuada por el "a quo" que para restarle mérito al hecho de que la supuesta víctima nunca afirmó haber padecido un abuso, se debía a un proceso de retractación que suele ocurrir en las abusadas con el paso del tiempo, ya que tal conclusión no tiene anclaje científico ni, por lo tanto, posibilidad de demostración alguna; es decir, resulta tan probable que haya ocurrido un proceso de retractación como que efectivamente nunca se hayan producido los abusos; adoptando el Tribunal de Juicio la opción más perjudicial para el imputado; y, además, resaltó que las apreciaciones vertidas por la Lic. Abraham, a fs. 112, no podían ser consideradas ahora, puesto que se refieren a una audiencia tomada en otro expediente y por otros hechos.

_____ Agrega que, en cambio, en la audiencia de cámara Gesell de estos obrados no se advierte una conducta esquiva por parte de la entrevistada A.V., quien es contundente al decir que su tía Susana, con quien vive desde que falleció su madre, le dijo que mientras, ya que tal tía no quiere a su papá porque ella quería ser su novia y él no quiso; y que el Tribunal de Impugnación se expidió transcribiendo el informe de la Lic. Abraham de fs. 113/114, y luego reiteró lo manifestado por esa profesional en la instrucción (fs. 173/174), respecto de la teoría de la retractación y negación del hecho investigado (fs. 353), por lo que, en definitiva, no se dijo nada nuevo y, por tanto, no se contestaron los agravios vertidos en aquella oportunidad.

_____ Recalca que no puede decirse que transcribir las constancias de la causa sea valorar la prueba, puesto que no se hace ninguna consideración crítica sobre éstas ni se expone cuál sería su fuerza probatoria, sobre todo teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la defensa para restarles valor convictivo.

_____ Respecto a la pericia psicológica efectuada al imputado, recuerda que afirmó que en ella nada se concluye que pueda ser en su perjuicio y, sin embargo, los sentenciantes sostuvieron que ello no significa que sea totalmente ajeno al hecho investigado, dado que no existe una topología psiquiátrica ni psicológica de los abusadores (fs. 318), a lo que replica que es cierto que la ausencia de indicadores concretos de abuso sexual en un examen psicológico no demuestra por sí mismo que no existió tal hecho, pero tampoco puede utilizarse esa afirmación en contra del imputado, por lo que resulta evidente que la lógica seguida por el tribunal es

totalmente contraria al principio "in dubio pro reo", punto sobre el cual el Tribunal de Impugnación no emitió valoración alguna. _____

_____ Añade que en el recurso interpuesto por el Defensor de Juicio y Ejecución del Distrito Judicial Orán se aludió que los certificados médicos son contundentes, y que de ellos surge que la menor no presenta ninguna lesión vaginal, anal o en otra parte del cuerpo, por lo que el hecho investigado no pudo haber existido, ya que si los abusos eran constantes (supuestamente desde el año 2011), las lesiones se hubieran vuelto evidentes, lo que no se comprobó, sorprendiendo por ello la simpleza del argumento del Tribunal de Impugnación, pues una vez más no hace otra cosa que repetir las constancias de la causa, sin detenerse a analizar lo planteado por su parte y, peor aún, haciendo un recorte de la información que al respecto ingresó en el juicio, sin aclararse los grandes interrogantes que dejó la actividad probatoria en este proceso. _____

_____ Señala que fue particularmente incisiva a fs. 342/245 sobre el resultado negativo de los exámenes médicos aludidos, pero el escrito no fue ponderado ni tampoco siquiera mencionado en la sentencia de segunda instancia, insistiendo en que debe considerarse que el elemento objetivo del tipo penal más importante a probar para demostrar la materialidad del delito reprochado, y sin el cual los hechos no pueden encuadrarse en la figura de acceso carnal prevista en el 3er. párr. del art. 119 del C.P., es la introducción del miembro viril masculino en los genitales o en el recto del sujeto pasivo, extremo fáctico tan trascendente para sustentar la condena recaída en autos y que en definitiva no fue constatado; y es éste el punto más flaco en ambas sentencias, que se han limitado a reproducir lo declarado por la Dra. Guerrero en la audiencia, sin explicar racionalmente cómo es posible que un hombre de 41 años viole reiteradamente a una niña de 12 años sin dejar secuela física alguna en las zonas vaginal y/o anal; mientras que el informe de fs. 13, practicado por la nombrada profesional y el Dr. Mario Moukarzel, refiere que en el examen médico realizado sobre el cuerpo de A.V. "no se evidencian signos externos de violencia. El himen se encuentra escotado (examinada virgen). Se inspecciona zona anal, donde no se constata presencia de lesiones". _____

_____ Relata que con posterioridad, 23 días después, se volvió a realizar un análisis similar, esta vez por parte de la Dra. Claudia Mariel Álvarez, quien deja constancia que del examen ginecológico no se evidenciaron "desgarros, hematomas o lesiones similares"; y que en la audiencia de debate la Dra. Guerrero expresó que existe la posibilidad de que "una persona haya sufrido abuso sexual anal y no queden lesiones", aclarando que el ano está formado por una serie de músculos que tienen capacidad de estirarse y retraerse y que es posible relajar el esfínter con una maniobra previa (fs. 304 vta.), pero que se trata de una simple opinión, no expresada siquiera de manera categórica sino hipotética y, hasta podría decirse, del rubro de la menos probable. _____

_____ Afirma que el sentenciante no se detuvo a pensar por qué motivo, en este caso, esa hipótesis era la única válida, ya que debió preguntarse cómo tendría que haber ocurrido el coito para que Chaile no desgarre a A.V. en el acto -tratándose de la introducción del pene de un adulto-; no refiriendo en ningún momento la sentencia a la forma en que habrían ocurrido los abusos, mencionando solamente que fueron por vía vaginal, anal y oral; y que es la misma facultativa, cuyo testimonio -a su modo de ver- fue toma-

do de forma parcial y tendencioso, la que sostuvo en la audiencia de debate que "si es la penetración de un adulto tiene que dejar lesiones en una nena de doce años" (fs. 304 vta.); además que la afirmación que se toma para dictar condena es recortada, pues Guerrero previamente dijo que es posible que no queden lesiones en un abuso sexual, refiriéndose a un caso hipotético y no al presente, pero concluye que tal cosa depende "del elemento", siendo que de ninguno de los informes médicos practicados se menciona que la examinada posea un himen complaciente o escotaduras que contribuyan al mantenimiento de la integridad del himen; así como la intangibilidad del esfínter anal no es tan fácil de justificar, dado que las posibilidades de que con penetraciones reiteradas no se produzcan desgarros o escoriaciones, son muy escasas.

Opina que debe descartarse el alcance que se dio a la idea exployada por la Dra. Guerrero y enarbolada como argumento en contra del imputado, según la cual cuanto más tiempo pase desde el hecho abusivo hasta el examen físico, más difícil es encontrar lesiones, refiriéndose la médica -obviamente- a las lesiones que normalmente se producen para quebrantar la voluntad y las defensas de la víctima, tales como moretones, esquimosis, rasguños, etc., generalmente ubicadas en muslos, piernas, brazos o cuello.

Expone que no se desconoce que una vez rota la membrana himenal, es imposible hablar de una recuperación tal que la vuelva a su estado original, y que lo mismo ocurre con el esfínter anal o la mucosa rectal, los que al desgarrarse con la tensión que produce la introducción del pene o de otro elemento, se pueden luego cicatrizar, pero no reintegrar el tejido dañado.

Señala que, aun cuando pudiera ser posible que haya habido un abuso sin lesiones, cabe preguntarse cómo repercute esa conclusión en la credibilidad del testimonio de N.A.Q., cuando refiere que su hermana le contó que tenía un papel lleno de sangre producto de los abusos sufridos; por lo que una de las dos versiones necesariamente es falsa: o la supuesta víctima fue desgarrada por los abusos y por tanto sangró, o no le produjo lesión alguna como dicen los informes y, por consiguiente, no es cierto que la menor tuviera un papel con sangre producto de esa actividad; advirtiéndose así otra contradicción en los argumentos de la sentencia, pues toma por ciertas dos premisas que se rechazan mutuamente.

Argumenta que son tantas las dudas que se generan que, sostener livianamente que existió abuso sexual con acceso carnal por el simple hecho de que un médico haya dicho hipotéticamente que podría darse el caso de penetración sin lesiones, es un atentado a la lógica y al sentido común, tratándose de una posibilidad muy aislada y debiendo demostrarse adecuadamente, pues de otra forma hay que descartarla por ser de todas la menos probable; por ello, el fallo del Tribunal de Impugnación resulta arbitrario al omitir todas las consideraciones de un serio análisis de los elementos probatorios del caso.

Esgrime, también como agravio, la ausencia de motivación en la pena seleccionada, que impide conocer las razones por las cuales el tribunal de origen escogió tan elevado monto y las que llevaron al tribunal "a quo" a confirmarla, aplicando el fallo de primera instancia una penalidad muy cercana al máximo legal previsto en abstracto y sosteniendo que debía considerar diversas pautas, ya que no se trataba de un mero cálculo matemático o estimación dogmática, para a continuación autocontradecirse en las consideraciones, haciendo lo que antes dijo que no debía hacerse y

mencionando algunas de las circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 del C.P., sin explicar en qué medida operan para arribar a la pena impuesta.

_____ Añade que el derecho a revisión de la condena, canalizado por vía de casación, no puede verse satisfecho con un fallo que simplemente reedita lo dicho por el primer tribunal, sosteniendo que una resolución cuenta con fundamentos porque está fundada, lo que es una tautología inaceptable y no da explicaciones sobre lo ajustado de la decisión. Expresa que las sinrazones se multiplican al analizar cada uno de los elementos que el Tribunal de Impugnación tuvo en cuenta para la individualización de la pena, ya que el dolo en sí mismo no es un factor válido que pueda influir para agravar la pena en un caso concreto, pues eso ya fue considerado por el legislador como un elemento necesario del tipo subjetivo, no concibiéndose un abuso sexual sin dolo del sujeto activo, por lo que mal puede incidir para individualizar el reproche concreto; el supuesto daño psicofísico a la niña no ha sido demostrado en autos, y la alusión al "daño ocasionado a la familia" implica encriptar de tal modo la sentencia que sólo sus autores, en lo más íntimo de su conciencia, guardan la clave que permite el acceso a su razonamiento, no expresándose cuál sería tal daño; además, que la mención al peligro generado por el ataque a una menor indefensa estaría vedada a la hora de la individualización judicial de la pena, pues integra el tipo básico del hecho atribuido, habiendo ya tenido en cuenta el legislador la temprana edad de la víctima, su imposibilidad de consentir válidamente el acto y su mayor indefensión, como un factor estructurante del tipo, por lo que no puede volverse a considerar por el juzgador para elevar la penalidad. A todo lo dicho suma, además, que no se explica si cada una de las circunstancias mencionadas sirvió para agravar o atenuar la pena a individualizar.

_____ Concluye que la carencia de sustrato legal y de fundamentación arroja como resultado una decisión arbitraria, en los términos en los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación define tal doctrina, ya que no se advierte una elaboración jurídica ni lógica que otorgue validez a lo resuelto, apareciendo entonces la resultante "determinada por la sola voluntad del juez", al carecer de fundamentos o los que presenta son tan sólo aparentes. Solicita, por lo tanto, que se revoque el fallo de la Sala III del Tribunal de Impugnación y se disponga la absolución del imputado por el beneficio de la duda.

_____ A fs. 365/367, el recurso de inconstitucionalidad fue concedido por el tribunal "a quo", surgiendo de las constancias de fs. 355 vta. y 361 que fue interpuesto en forma tempestiva.

_____ A fs. 375/376, la Defensora Oficial Penal, Dra. Mercedes Hortensia Molina, actuando por la Defensoría General de la Provincia, presenta informe en el que se expone respecto de los alcances del derecho que tiene todo imputado a recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior.

_____ 2º) Que el Fiscal ante la Corte N° 1, en su dictamen de fs. 377/379, se pronuncia por el rechazo del recurso de inconstitucionalidad planteado en tanto, a su entender, ninguno de los defectos señalados está presente en la decisión objetada.

_____ A fs. 381/385, la Asesora General de Incapaces emite informe respecto del recurso de inconstitucionalidad presentado, sosteniendo que debe ser rechazado al entender que la valoración de los hechos y las pruebas colectadas atiende a las características es-

peciales que presentan los casos de delitos contra la integridad sexual en general y en forma especial cuando las víctimas son niños o adolescentes.

3°) Que en virtud de la competencia recursiva de esta Corte (art. 153 ap. III inc. b de la Constitución Provincial), en materia penal, le compete conocer y decidir del recurso de inconstitucionalidad (arts. 38 inc. a y 554 del C.P.P., Ley 7690 y modificatorias), así como la queja por su denegación, siempre que concurren los requisitos exigidos para ello; esto es, que se interponga el recurso de inconstitucionalidad contra las resoluciones del Tribunal de Impugnación, si se hubiere cuestionado la constitucionalidad de una ley, ordenanza, decreto o reglamento que estatuya sobre materia regida por la Constitución, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente, o cuando la sentencia fuere arbitraria, siendo este último el supuesto de autos.

Es decir, ahora existe otra instancia en el orden local que, como tal, es de carácter extraordinario y de competencia de esta Corte. Por eso, dicho medio impugnativo ha sido ampliado a las causales de arbitrariedad, en absoluta conformidad al art. 153, ap. III, inc. a) de la Constitución Provincial (art. 554 del C.P.P.; esta Corte, Tomo 194:407; 208:631, entre otros).

4°) Que la doctrina de la arbitrariedad invocada es el medio para resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (esta Corte, Tomo 203:655; 208:513, entre muchos otros).

5°) Que ciertamente, en materia penal, el recurso de inconstitucionalidad local es el medio para impugnar las sentencias u otros pronunciamientos jurisdiccionales con carácter de definitivos, invocando un motivo especialísimo de derecho consistente en una cuestión de inconstitucionalidad (cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., "Tratado de derecho procesal penal", Ed. Ediar, Bs. As., 1966, T. V: La Actividad Procesal, pág. 529; cfr. esta Corte, Tomo 203:655; 208:425, entre otros).

6°) Que el tribunal "a quo" no debe limitarse a denegar o conceder mecánicamente el recurso de inconstitucionalidad sino que debe apreciar los agravios desde la óptica del apelante y efectuar un juicio de probabilidad sobre la afectación de principios constitucionales. A la luz de dicho criterio, los agravios expuestos por el impugnante han de ser valorados en abstracto, sin perder de vista los derechos de jerarquía constitucional que se dicen infringidos (esta Corte, Tomo 199:713; 208:513, entre otros).

7°) Que el art. 31 declara la supremacía de la Constitución Nacional por sobre todo el orden jurídico argentino. Éste debe subordinarse a aquélla y no debe modificarla si no es por el procedimiento establecido en el art. 30 de la Ley Suprema, disposición que crea el poder constituyente derivado y el modo y alcance de su ejercicio (Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", 4ª ed. ampl. y act., Ed. La Ley, Bs. As., 2008, T. I: Artículos 1 a 43, comentario al art. 31, pág. 467). Todas las normas y actos -tanto estatales como privados- que forman el amplio universo del orden jurídico positivo, deben adecuarse a la Constitución en su fondo y en su forma; es decir, deben concordar con ella, ser compatibles con ella, tanto formal como materialmente (Ekmejdjian, Miguel Ángel, "Tratado de

derecho constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina”, Ediciones Depalma, Bs. As., 1995, T. III, arts. 28 a 41, comentario al art. 31, págs. 269/270).

La supremacía constitucional supone una graduación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la Constitución. Cuando esa relación de coherencia se rompe, hay un vicio o defecto, que llamamos “inconstitucionalidad” o “anti-constitucionalidad” (Bidart Campos, Germán J., “Manual de la Constitución reformada”, 1ª reimp., Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Bs. As., 1998, T. I, pág. 334).

Nuestra Carta Magna es inagotable manantial de seguridad jurídica para el individuo y para la sociedad. Como fuente primaria de la realización del derecho, ubíquese en la cúspide legislativa, de la cual descienden todas las normas realizadoras destinadas a garantizar la satisfacción de los intereses públicos y privados, evitando su encuentro irreconciliable y la destrucción de unos por otros. Cuando esos intereses aparecen comprometidos por causa de la necesaria actividad penal tendiente a reconstruir el orden jurídico y poniendo en juego la libertad individual y la justicia, los principios constitucionales muéstrense como enérgicos resortes reguladores de la función pública represiva; son bases firmes e irrenunciables, cuya vulneración o desconocimiento por la ley, por la autoridad o por el individuo, destruirían más el orden so pretexto de componerlo. La ley o la sentencia que no se acomode a esas bases, las contradiga o desconozca, no debe ser aplicada o debe ser revocada, cualesquiera sean las normas particulares que prevean la situación concreta (cfr. CSJN, Fallos, 241:291; Clariá Olmedo, Jorge A., “Tratado de derecho procesal penal”, Ediar S.A. Editores, Bs. As., 1960, T. I: Nociones Fundamentales, pág. 213; esta Corte, Tomo 208:425, entre otros).

En ese orden de cosas, el primer fundamento político del derecho penal argentino es que éste no puede realizarse libremente. Su establecimiento y aplicación se encuentra limitado por determinadas garantías para todos los habitantes de la Nación, que el órgano judicial debe hacer plenamente efectivas en virtud de que son seguridades que la Constitución les da a los habitantes del país. Las garantías constitucionales penales en un sentido amplio se clasifican en cuatro grandes grupos, a saber: legalidad, reserva (principio de libertad), judicialidad y humanidad. Estas garantías (arts. 18, 19, 75 inc. 22 de la C.N.), complementándose armónicamente, le dan al derecho penal argentino las bases necesarias para que en su realización democrática pueda lograr un alto sentido de justicia (esta Corte, Tomo 199:863, 969; 208:425, entre otros).

Como se ha sostenido, “El nivel de justicia alcanzado por el derecho penal objetivo se manifiesta en todas las normas determinantes del orden jurídico en su enfoque social, como custodio de los valores jurídicos fundamentales de la colectividad. A esto llamamos justicia penal que... hemos de concebirla como encerrada dentro de un sistema legislativo (normativo) determinado en el tiempo y en el espacio. Pero esta progresiva cristalización de la justicia; esta justicia real, diremos, alcanzada o percibida por el orden, y declarada e impuesta por las leyes penales, debe ser aplicada en su verdadera significación, sin desmedro de la libertad individual y cuidando de no tiranizar al pueblo. El interés

social debe enfrentarse al interés individual, no en son de lucha sino de armonía; el individual debe tener privilegio cuando haya duda sobre cuál deba declinar" (Clariá Olmedo, Jorge A., "Tratado de derecho procesal penal", Ediar S.A. Editores, Bs. As., 1960, T. I: Nociones Fundamentales, pág. 4).

8°) Que tradicionalmente se ha distinguido entre garantías penales y garantías procesales, aunque en la actualidad crece la tendencia a considerarlas como un todo, agrupadas por su común finalidad de limitar el poder penal del Estado. Es que ambas clases funcionan como directivas y prohibiciones hacia el Estado, indicándole cuándo y cómo podrá condenar a una persona a cumplir pena, y cuándo y cómo no podrá (esta Corte, Tomo 143:643).

Como necesario correlato del Estado liberal de derecho, ninguna norma ajena a la Ley Fundamental, que emane de un poder constituido y no constituyente, puede abrogar, alterar, modificar o reglamentar irrazonablemente las garantías penales y procesales, instauradas precisamente como límite infranqueable a la arbitrariedad y que se encuentran especialmente reconocidas por los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional, 8°, 9°, 11 y cc. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7°, 8° y cc. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9°, 14 y cc. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; XXVI y cc. de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 16, 18, 19, 20 y 22 de la Constitución Provincial.

Como lo tiene dicho con extrema claridad la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las garantías que en materia criminal asegura y consagra el art. 18 de la Carta Fundamental, consisten en la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos, 125:10; 127:36; 272:188). Esto último -el ejercicio concreto de la jurisdicción-, a su vez, impone al juez expedirse sobre el objeto procesal llevado a su conocimiento y motivar sus decisiones, de un modo que éstas impliquen, verdaderamente, una concreta aplicación del derecho vigente.

9°) Que en la especie, el análisis de los argumentos expuestos por la impugnante y las constancias del caso llevan a concluir que sí se ha materializado una cuestión constitucional (esta Corte, Tomo 114:1061, entre otros), como se verá.

El deber de motivación impone a los jueces que para establecer la existencia del hecho imputado se evalúen todos los elementos probatorios incorporados a la causa (cfr. esta Corte, Tomo 116:387; 183:05, entre otros).

En ese orden, el principio de libertad probatoria imperante en el proceso penal, salvo en supuestos taxativamente aludidos por la ley, da un margen amplio para que la convicción se alcance a través del análisis de cualquier elemento razonablemente apto para establecer la verdad (CSJN, Fallos, 311:2548; esta Corte, Tomo 98:508; 186:305, entre otros), toda vez que el objeto sometido a valoración puede ser probado por cualquier medio (esta Corte, Tomo 154:201; 182:817, entre otros).

10) Que en el sistema republicano, la fuente de legitimidad de la que deriva la fuerza obligatoria de los pronunciamientos judiciales se encuentra en los dictados de la razonabilidad en el marco de las normas vigentes (esta Corte, Tomo 84:15; 197:489, entre otros).

En definitiva, no es posible actualmente llevar adelante la investigación de cualquier manera; el conflicto entre seguridad y

libertad ha llegado a un punto en que se busca un equilibrio, sin hacer prevalecer la potestad estatal de castigar sobre los derechos individuales (Chaia, Rubén, "Capítulo primero. Concepto y fundamento del derecho procesal penal", en Chiara Díaz, Carlos Alberto [dir.] - La Rosa, Mariano [coord.], "Derecho procesal penal", 1ª ed., Ed. Astrea, Bs. As., 2013, t. 1, pág. 26).

_____ Sin duda la tensión entre derechos de los individuos -o de la dignidad humana- y Estado -o poder político- se potencia en razón de la persecución penal. Esa actividad estatal amenaza no sólo bienes primarios de todo ser humano, como la vida, la libertad ambulatoria y la integridad física y moral del individuo, absolutamente imprescindibles para pensar en otros derechos cuyo ejercicio garantiza el mismo estatuto fundamental, sino que, además, el procedimiento penal actual sólo es comprensible como una tensión entre el interés individual por el uso y goce pleno de esos bienes, y el interés estatal por reaccionar frente al quebrantamiento, por parte de una persona, de la ley penal del Estado, de las prohibiciones y demás mandatos creados por ese poder político (Maier, Julio B. J., "Derecho procesal penal", T. II. Parte general. Sujetos procesales, 1ª ed., 1ª reimp., Editores del Puerto, Bs. As., 2004, pág. 422).

_____ 11) Que el bien jurídico protegido en estos delitos es la libertad sexual, entendida como el derecho de las personas a tener voluntario y consentido trato erótico, a determinar libremente sus conductas íntimas y a que no se ataque su reserva sexual, concebida 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. En este tipo de delitos es casi imposible conseguir testigos directos del hecho, debiendo basarse el magistrado en las declaraciones de la víctima, de las personas que tomaron conocimiento de lo acontecido a través de sus dichos y en las conclusiones a las que arriban los expertos en las respectivas pericias, debiendo reconstruirse el hecho a través de todo resto, vestigio o indicio (esta Corte, Tomo 141:465; 200:241, entre otros).

_____ Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico impone que, para establecer la existencia del hecho imputado, se evalúen todos los elementos probatorios incorporados a la causa. Asimismo, el tribunal debe exponer por qué la correlación de tales elementos lo conduce a una determinada conclusión y explicar el motivo por el que esa labor asigna prevalencia a determinadas pruebas sobre otras (Tomo 124:219).

_____ 12) Que esta Corte ha dejado establecido que son sentencias arbitrarias aquellas que se dictan sin considerar constancias o pruebas disponibles que asuman la condición de decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso, y cuya valoración puede ser significativa para alterar el resultado de la causa, y que la motivación no se halla completa si sólo se enuncian, aun describiéndolas, todas las pruebas arrimadas al debate, pues la operación lógica exigida al juez comprende, también, la evaluación pormenorizada de los elementos mencionados y de la incidencia que razonablemente tiene en el contexto de las restantes evidencias, agregándose que únicamente si se satisfacen tales recaudos, la sentencia se torna explícita y sus fundamentos adquieren una autoridad suficiente (Tomo 124:219; 197:489, entre otros).

_____ En efecto, sentencia arbitraria es aquella insostenible, o irregular, o anómala, o carente de fundamentos suficientes para

sustentarla, o desprovista de todo apoyo legal y fundada tan sólo en la voluntad de los jueces que la suscriben (cfr. Carrió, Genaro R. - Carrió, Alejandro D., "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema", Ed. Abeledo-Perrot, 3ª ed. act., Bs. As., 1983, pág. 25). La Corte Suprema de Justicia de la Nación incorpora al catálogo de sentencias arbitrarias aquellas que se dictan sin considerar constancias o pruebas disponibles que asumen la condición de decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso, y cuya valoración puede ser significativa para alterar el resultado del pleito (cfr. Fallos, 284:115; 306:441, 1095; 308:1882).

_____ 13) Que en ese orden, corresponde priorizar el examen de la posible nulidad respecto de la sentencia impugnada por adolecer de vicios en la concreción de la voluntad del tribunal, al omitir la consideración de cuestiones que hacen a su regularidad y que afectan la debida fundamentación, tornándola arbitraria (cfr. esta Corte, Tomo 162:771; 197:489, entre otros).

_____ Tal comportamiento jurisdiccional ocurrió sin dar razones valederas de la imposibilidad de considerar los extremos esgrimidos en el recurso de casación (fs. 322/326), así como en la ampliación de fundamentos realizada por la Defensora General de la Provincia (fs. 342/345), y no cabe duda que el tribunal "a quo" estaba obligado a expedirse respecto de ellas empleando un razonable arbitrio. Al no hacerlo, se ha incurrido en una causal de arbitrariedad del fallo por omisión de pronunciarse sobre un punto concretamente propuesto por la parte, lo que necesariamente debe traducirse en la nulidad de la sentencia (cfr. esta Corte, Tomo 96:663; 102:797; 145:635, entre otros).

_____ Al haber obviado el "a quo" la consideración y pronunciamiento sobre la procedencia o no de cuestiones relevantes para la resolución de la causa, y soslayar toda consideración al respecto, configura un caso de sentencia arbitraria por omisión de cuestiones articuladas que reviste el carácter de sustanciales, por lo que su tratamiento era inexcusable.

_____ 14) Que los principios aludidos -que por cierto resultan categóricos- encuentran correlato en el sistema de la sana crítica racional o libre convicción adoptado por la legislación procesal, y ello es irrefragable ante la naturaleza de la materia. En efecto, el derecho penal es eminentemente público, normativo, sancionador y finalista; por lo tanto, su regulación persigue proteger los bienes jurídicos que interesan a la sociedad y esos asuntos no pueden ser privatizados por el acuerdo de los intervinientes ni, mucho menos, soslayados por la actuación del juzgador (esta Corte, Tomo 162:771; 197:489, entre otros).

_____ 15) Que en ese orden, esta Corte ha precisado que al dictar sus sentencias los jueces deben cumplir con una crítica externa en el desarrollo de la reconstrucción histórica destinada a descubrir la verdad en el proceso penal, siendo su deber sopesar y explicar las circunstancias que inciden en su decisión (Tomo 162:771, entre otros); ello es así porque nuestro sistema procesal penal exige que la convicción alcanzada -y con ello la resolución del caso concreto- sea el resultado racional de los elementos de juicio valorados (Tomo 119:761, entre otros), lo cual sólo encuentra realización mediante una debida fundamentación del acto jurisdiccional (Tomo 162:771; 208:425, entre otros).

_____ Sobre el particular, enseña Alfredo Vélez Mariconde que la sentencia debe ser fruto de un "convencimiento lógico y motivado,

racional y controlable”, a lo que agrega que “si motivar significa, como es obvio, expresar las razones que se tienen para llegar a una decisión determinada -y no tan sólo afirmar el resultado de la operación lógica, después de un mero resumen descriptivo de las probanzas- la imposición del camino lógico es evidente”; la motivación de la sentencia concluye, “surge así como un ligamen psicológico de extraordinaria importancia, que une al juez con la ley que aplica, como si fuera un cordón umbilical que no puede cortarse sin decretar la muerte del acto jurisdiccional” (“Derecho procesal penal”, Marcos Lerner Editora Córdoba, 3ª ed. act. por Manuel Nicolás Ayán y José Ignacio Cafferata Nores, 2ª reimp., Cba., 1986, T. II, págs. 361 y 362; esta Corte, Tomo 162:771; 176:069; 197:489, entre otros).

En idéntico sentido y en referencia directa a las disposiciones procesales que específicamente regulan la cuestión, se ha puntualizado que la sana crítica racional no implica “absoluta libertad de convencimiento, pues significa exclusión de convencimiento arbitrario” y que, como corolario de ello, el conocimiento de la realidad fáctica estructurada por el tribunal de juicio, sólo es viable mediante el cumplimiento de la “exigencia legal de motivación y no contradicción en los fundamentos de la sentencia; es decir, que toda sentencia y todo auto sin motivación o con motivación contradictoria es pasible de la severa sanción de nulidad” (Martínez, Víctor René, “Derecho Procesal Penal. Parte Especial. Libro II”, 1ª ed., Virtudes Ed. Universitaria, Salta, 2010, pág. 82; esta Corte, Tomo 162:771; 197:489, entre otros).

16) Que de esta suerte, la sentencia cuestionada es arbitraria toda vez que se sostiene en afirmaciones dogmáticas, vinculadas a elementos de convicción que carecen de toda aptitud técnica para arrojar luz sobre la responsabilidad o no del imputado en los hechos endilgados, así como también sobre la naturaleza de los actos de contenido sexual que se habrían cometido en contra de la menor y, en su caso, las vías de acceso (oral, vaginal o anal). El escueto análisis que se efectuara a fs. 352 vta./354 contrasta notablemente con el meduloso y detallado planteo de la asistencia oficial.

La omisión de valorar los elementos que puedan permitir establecer, con cierto grado de rigor, la existencia o no del delito juzgado, genera un cuadro de orfandad probatoria que no puede subsanarse mediante inconsistentes impresiones personales del juzgador (esta Corte, Tomo 197:489, entre otros, y cfr. Tomo 81:815).

El “a quo” debió acudir, entonces, al examen de las pruebas más adecuadas para descubrir la verdad sobre la imputación, y no fundamentar su decisión en valoraciones o impresiones que ofrecen mucho menor garantía de eficacia a tales efectos, lo que configura un caso de arbitrariedad. Es que la libertad probatoria, como cualquier otra facultad procesal que se acuerde a los jueces, tiene como condición de su existencia la responsabilidad de su ejercicio (cfr. Tomo 197:489, entre otros).

En todo caso, la labor del tribunal debe traducirse en un esfuerzo intelectual tendiente a derivar de las probanzas arrimadas una consecuencia acorde con las reglas de la sana crítica racional, a cuyo fin han de tomarse en cuenta todos y cada uno de los elementos que puedan reputarse decisivos para establecer la verdad de lo acontecido (esta Corte, Tomo 197:489; 208:425, entre otros, y cfr. Tomo 84:15).

_____ El ordenamiento procesal penal de la Provincia adoptó como sistema de valuación de la prueba el de la libre convicción o sana crítica racional; por tal motivo, el juez no está sometido a limitaciones o reglas del régimen de la prueba legal, sino simplemente a las de esa sana crítica racional, es decir de la lógica, la psicología y la experiencia común. De allí que, en resguardo de los particulares y de la sociedad contra las decisiones arbitrarias, los jueces tienen el deber de motivar sus decisiones, lo que importa exponer los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución.

_____ Ello implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descriptos en 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; 208:425, entre otros). Este método prescribe la libertad de convencimiento de los jueces, pero les exige que sus conclusiones sean el producto razonado de las pruebas en que se basen y así puedan ser explicadas. Esta libertad implica facultades de seleccionar y descartar, y de conceder o restar eficacia conviccional a las pruebas en que fundan la sentencia (Tomo 186:99; 208:425, entre otros).

_____ La valoración de la prueba, integrante del deber de fundamentación de la sentencia, constituye un complejo mecanismo en función del cual deben enumerarse y justipreciarse todos los elementos probatorios legalmente incorporados al proceso, con el fin de extraer de ellos, por medio de las normas de la sana crítica, las correspondientes conclusiones sobre la verdad histórica del hecho a dilucidar. Se trata de un procedimiento exhaustivo, en el que debe abarcarse a todos y cada uno de los elementos de convicción idóneos para arrojar luz sobre el hecho atribuido al acusado, y no cabe dejar de lado ningún tipo de evidencia susceptible de rotularse como esencial (esta Corte, Tomo 197:489; 208:425, entre otros, y cfr. Tomo 81:587; 82:439; 84:15).

_____ Si el tribunal ha omitido el desarrollo de la operación lógica de valoración de prueba, evadiendo la dilucidación precisa de aspectos cruciales para atribuir o no responsabilidad penal, adopta una postura acerca de esa cuestión basada en una afirmación dogmática, se produce un vicio de motivación que resulta suficiente para declarar la nulidad de la sentencia (esta Corte, Tomo 197:489, entre otros, y cfr. Tomo 84:15).

_____ 17) Que la misión del Poder Judicial consiste en asegurar la supremacía de la Constitución y, como eventual consecuencia, invalidar las disposiciones que se encuentren en clara y abierta pugna con ese texto fundamental, para lo cual debe tenerse en cuenta que la cuestión traída a examen se encuentra regida por un orden normativo de jerarquía superior que no puede ser objeto de conculcación (cfr. esta Corte, Tomo 116:1005; 189:997, entre otros).

_____ 18) Que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que constituye una exigencia previa emanada de la función jurisdiccional, el control, aún de oficio, del desarrollo del proceso cuando están comprometidos aspectos que atañen al orden público, siendo que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional, no podría convalidarse (Fallos, 320:854; 329:4248).

_____ Por ende, esta Corte, en su calidad de garante constitucional, está facultada para declarar nulidades absolutas, aún al margen de los planteos concretamente formulados por los impugnantes (Tomo 143:643; 197:489, entre otros), máxime cuando el condenado goza del derecho a una revisión de su condena (cfr. Tomo 116:855, entre otros), garantía puesta de relieve especialmente en el caso "Casal" (CSJN, Fallos, 328:3399).

_____ 19) Que en definitiva, de acuerdo a la doctrina desarrollada por esta Corte en numerosos precedentes, los vicios de motivación en que incurre la sentencia bajo examen la afectan "in totum" e irrefragablemente conducen a su nulidad, según lo establecen los arts. 174 y 488 inc. c) del C.P.P., Ley 7690 y modificatorias (cfr. esta Corte, Tomo 162:771, entre otros). Por lo que corresponde acoger favorablemente el recurso de inconstitucionalidad incoado por la Defensora General de la Provincia a fs. 356/361, atento a las razones apuntadas, que tornan en innecesario el tratamiento de los demás agravios esgrimidos y, en consecuencia, declarar la nulidad de la sentencia de fs. 350/354 vta. de la Sala III del Tribunal de Impugnación en mérito a los conceptos dados precedentemente y en tanto implica violación de normas constitucionales (art. 222 del C.P.P., Ley 7690 y modificatorias), y ordenar que bajen los autos a dicho tribunal para el dictado de un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente.

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

_____ Por razones de brevedad doy por reproducida la reseña efectuada en los considerandos 1° y 2° del voto que abre el presente acuerdo; ocurre, empero, que no comparto la solución jurídica a la que se arriba por los fundamentos que se exponen a continuación.

_____ 1°) Que en virtud de la competencia recursiva de esta Corte (art. 153 ap. III inc. b de la Constitución Provincial), en materia penal, le compete conocer y decidir del recurso de inconstitucionalidad (arts. 38 inc. a y 554 del C.P.P., Ley 7690 y modificatorias). Ciertamente, el recurso de inconstitucionalidad local es el medio para impugnar las sentencias u otros pronunciamientos jurisdiccionales con carácter de definitivos dictados por el tribunal de juicio, invocando un motivo especialísimo de derecho consistente en una cuestión de inconstitucionalidad (cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., "Tratado de derecho procesal penal", Ed. Ediar, Bs. As., 1966, T. V: La Actividad Procesal, pág. 529; esta Corte, Tomo 203:655, 981; 205:821, entre otros).

_____ 2°) Que en ese orden, el recurso de inconstitucionalidad resulta de carácter excepcional y de interpretación restrictiva. Su admisión se circunscribe a los supuestos en que una cuestión constitucional, oportunamente introducida, deviene esencial para la resolución de la causa (esta Corte, Tomo 198:437; 208:513, entre otros).

_____ Por ello, lejos de constituir la apertura de una tercera instancia, sirve para el cumplimiento del estricto control de constitucionalidad, razón esta que impone que su admisión no puede importar en modo alguno la habilitación de una etapa revisora de sentencias pronunciadas por los respectivos tribunales de apelación, en tanto en ellas no se evidencien vicios de entidad grave como para implicar, o una lesión a un principio constitucional, o su descalificación como actos jurisdiccionales válidos en el ámbito de la doctrina de la arbitrariedad (esta Corte, Tomo 198:437; 208:513, entre otros).

3°) Que dada la excepcionalidad de la vía elegida, resulta inadmisibles en supuestos de discrepancias con la valoración, interpretación y conclusiones efectuadas en las sentencias por los jueces, por cuanto el recurso de inconstitucionalidad local sólo opera en casos de sentencias arbitrarias en el sentido interpretado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de corregir desaciertos de gravedad extrema en los que se compruebe un apartamiento palmario de la solución legal prevista para el caso o una manifiesta falta de fundamentación (esta Corte, Tomo 64:811 y sus citas; 71:547; 78:849, entre otros).

4°) Que la doctrina de la arbitrariedad invocada es el medio para resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (esta Corte, Tomo 203:655; 208:513, entre muchos otros).

La aplicación de la doctrina de la arbitrariedad resulta excepcional y sólo reservada para aquellos supuestos en los que se verifique un apartamiento evidente de la solución legal prevista para el caso o una decisiva carencia de fundamentación en el pronunciamiento impugnado (CSJN, Fallos, 276:132; 297:558; 302:175, entre otros), en tanto no basta para demostrar la existencia de una situación de inconstitucionalidad, sostener la vulneración de derechos constitucionales si no se prueba la afectación puntual de los derechos invocados (esta Corte, Tomo 203:655; 208:1083, entre otros).

En tal sentido se ha señalado que el recurso de inconstitucionalidad no tiene por objeto corregir pronunciamientos que se estimen equivocados o erróneos, ya que sólo comprende aquellos casos de omisiones o desaciertos de gravedad extrema que determinen la descalificación de una sentencia como acto judicial válido, vulnerándose así la exigencia de que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. Ello es así en virtud de la naturaleza excepcional de este recurso (esta Corte, Tomo 199:713; 208:513, entre otros).

5°) Que, además, se ha cumplido con la necesaria revisión de la resolución cuestionada, en razón de haber intervenido el tribunal de casación al que accedió el impugnante haciendo uso del recurso previsto en los arts. 539 a 553 del C.P.P. (Ley 7690 y modificatorias), en función de lo preceptuado en el art. 39 de dicho código. Tal recurso de casación resuelto por la Sala III del Tribunal de Impugnación permitió discutir cuestiones de hecho y de derecho, y en su resolución explicitó suficientemente las razones de la denegatoria.

6°) Que corresponde verificar, ahora, la recreación histórica, lógica y jurídica empleada por la Sala III del Tribunal de Impugnación al emitir el fallo cuestionado por la defensa técnica.

En ese orden, esta Corte ha precisado que al dictar sus sentencias los jueces deben cumplir con una crítica externa en el desarrollo de la reconstrucción histórica destinada a descubrir la verdad en el proceso penal, siendo su deber sopesar y explicar las circunstancias que inciden en su decisión (Tomo 162:771, entre otros); ello es así porque nuestro sistema procesal penal exige que la convicción alcanzada -y con ello la resolución del caso concreto- sea el resultado racional de los elementos de juicio valorados (Tomo 119:761, entre otros), lo cual sólo encuentra reali-

zación mediante una debida fundamentación del acto jurisdiccional (Tomo 162:771; 197:489, entre otros).

____ Sobre el particular, enseña Alfredo Vélez Mariconde que la sentencia debe ser fruto de un "convencimiento lógico y motivado, racional y controlable", a lo que agrega que "si motivar significa, como es obvio, expresar las razones que se tienen para llegar a una decisión determinada -y no tan sólo afirmar el resultado de la operación lógica, después de un mero resumen descriptivo de las probanzas- la imposición del camino lógico es evidente"; la motivación de la sentencia concluye, "surge así como un ligamen psicológico de extraordinaria importancia, que une al juez con la ley que aplica, como si fuera un cordón umbilical que no puede cortarse sin decretar la muerte del acto jurisdiccional" ("Derecho procesal penal", Marcos Lerner Editora Córdoba, 3ª ed. act. por Manuel Nicolás Ayán y José Ignacio Cafferata Nores, 2ª reimp., Cba., 1986, T. II, págs. 361 y 362; esta Corte, Tomo 162:771; 176:69; 197:489, entre otros).

____ En todo caso, la labor del tribunal debe traducirse en un esfuerzo intelectual tendiente a derivar de las probanzas arrimadas una consecuencia acorde con las reglas de la sana crítica racional, a cuyo fin han de tomarse en cuenta todos y cada uno de los elementos que puedan reputarse decisivos para establecer la verdad de lo acontecido (esta Corte, Tomo 197:489, entre otros).

____ La valoración de la prueba, integrante del deber de fundamentación de la sentencia, constituye un complejo mecanismo en función del cual deben enumerarse y justipreciarse todos los elementos probatorios legalmente incorporados al proceso, con el fin de extraer de ellos, por medio de las normas de la sana crítica, las correspondientes conclusiones sobre la verdad histórica del hecho a dilucidar. Se trata de un procedimiento exhaustivo, en el que debe abarcarse a todos y cada uno de los elementos de convicción idóneos para arrojar luz sobre el hecho atribuido al acusado, y no cabe dejar de lado ningún tipo de evidencia susceptible de rotularse como esencial (cfr. esta Corte, Tomo 81:587; 82:439; 84:15; 197:489, entre otros).

____ 7º) Que a partir de lo expuesto, el pronunciamiento cuestionado se halla suficientemente fundado, y las críticas efectuadas sólo evidencian un desacuerdo con el resultado al que se arribó, lo que impide su descalificación como acto jurisdiccional válido, al no encontrarse justificada la tacha de arbitrariedad, por lo que corresponde desestimar el recurso de inconstitucionalidad deducido por la defensa a fs. 356/361 y, en su mérito, confirmar la resolución de fs. 350/354 vta.

____ La Dra. **Susana Graciela Kauffman**, dijo:

____ Adhiero al voto del Dr. Abel Cornejo en sus fundamentos y solución a la que arriba, sin perjuicio de añadir las siguientes consideraciones.

____ 1º) Que esta Corte ha precisado en numerosos precedentes que en nuestro sistema procesal rige la libertad probatoria (art. 282 del C.P.P., Ley 7690 y modificatorias) y el de libre convicción del juez o sana crítica indicados por la ley (arts. 286 del mismo ordenamiento). 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 hu-

mano, sin sujeción a directiva o tasación legal alguna (esta Corte, Tomo 109:1043; 157: 231; 161:577, 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. Empero, tal juicio requiere un extremo rigor empírico en la fundamentación de la decisión (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 (Tomo 118:43; 122:901).

A partir de estos principios, con suficiente claridad y ajustados razonamientos, ha expuesto el tribunal en grado los motivos por los cuales arribó a la certeza de la forma en que ocurrieron los hechos, sin que se vislumbren errores en la formulación de su juicio.

2º) Que el abuso sexual infantil supone la existencia de una relación de poder sobre los niños y niñas ejercido por un adulto para su gratificación sexual; relación en la cual la abusada no tiene posibilidades efectivas de manifestar su consentimiento. Es por tal razón que cuando se aborda un supuesto de abuso sexual infantil es necesario tener en cuenta, al momento de valorar los hechos y la prueba rendida, que nos encontramos frente a un fenómeno delictivo de características especiales porque son hechos que acontecen en la esfera privada, en la intimidad y sin testigos. De allí que las declaraciones de la víctima, unidas a los informes psicológicos de la misma y del imputado, adquieran particular relevancia.

En relación con las niñas, además, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 19) como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño demandan al Estado un plus de protección, precisamente requerido en función de la edad de quien aún no ha alcanzado los 18 años de vida (en el caso en examen la menor contaba con 12 años de edad al momento del hecho), por colocar esta condición etaria, en situación de mayor vulnerabilidad a la persona en desarrollo, respecto de sus posibilidades de autovalimiento, autodeterminación y autoprotección. Protección que, asimismo, se proyecta concretamente y especialmente frente a situaciones de explotación o abuso sexual contra niños y niñas, por imperio del art. 34 de la CDN. En tal sentido, además, el art. 19 de esa Convención obliga a los Estados a adoptar "...todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual...".

3º) Que la jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño y su operatividad, ratificada por Ley 23849, hace que deba considerarse expresamente su normativa. En este sen-

tido, el art. 34 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".

_____ El abuso sexual infantil agravado por la guarda supone la existencia de una relación de poder sobre los niños y niñas ejercido por un adulto para su gratificación sexual, relación en la cual la abusada no tiene posibilidades efectivas de manifestar su consentimiento. Es por tal razón que cuando se aborda un supuesto de abuso sexual infantil es necesario tener en cuenta, al momento de valorar los hechos y la prueba rendida, que nos encontramos frente a un fenómeno delictivo de características especiales porque estos hechos no son normalmente públicos sino que acontecen en la esfera privada, en la intimidad y sin testigos.

_____ De allí que las declaraciones de la docente y la directora de la institución educativa que tomaron conocimiento del hecho, coincidentes con lo manifestado por la hermana de A.V. en audiencia de debate, unidas a los informes psicológicos de la víctima y del imputado, adquirieran particular relevancia para el tribunal sentenciante a los fines de lograr la certeza positiva necesaria para condenar al abusador, como asimismo para el Tribunal de Impugnación a la hora de confirmar lo decidido por el inferior.

_____ 4º) Que en ese contexto jurídico, condiciona en la actualidad el marco conceptual a partir del cual debemos interpretar distintas conductas prohibidas y sancionadas, entre otros, por el derecho penal. 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 principalmente 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) de la ya citada Ley 26485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

_____ El Estado se encuentra obligado a considerar los casos en los que se presume que existe algún tipo de violencia contra la mujer como de naturaleza trascendental, evaluando en cada situación el riesgo que corre la víctima. Y ello, so pena de desatender el compromiso asumido mediante la Convención de Belém do Pará que estatuye el deber de prevenir, sancionar, reparar y erradicar toda violencia contra la mujer.

_____ 5º) Que las dificultades que enfrentan los sectores sociales en situación de vulnerabilidad para acceder a la justicia fueron expuestas y especialmente atendidas en las Reglas de Brasilia, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, a las que adhirió la Corte Suprema mediante la Acordada 5/2009. Esas reglas procuran conformar un sistema judicial orientado a la defensa efectiva y adecuada de los

derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, entre las cuales se encuentran las niñas, en función de su edad y género. _____

_____ 6°) Que a los fines del rechazo del recurso interpuesto es preciso valorar la prueba producida sin perder de vista que la víctima es una niña que, al momento de los hechos, contaba con tan solo doce años de edad, que formaba parte de una familia numerosa en clara situación de vulnerabilidad, que fue abusada sexualmente en reiteradas oportunidades por su padrastro, que era tratada de mentirosa por su propia madre y obligada a mentir en sus declaraciones para evitar la situación de hambre que podía sobrevenir en el ámbito familiar ante la privación de la libertad de quien era el único sostén económico del grupo. _____

_____ 7°) 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). _____

_____ 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.

_____ 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" (art. 7 inc. e). _____

_____ 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. _____

____ Nuestra ordenamiento jurídico y constitucional no permite, en ningún caso, distracciones ni excusas frente a la violencia de género.

____ En el informe sobre "Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", la Comisión Interamericana sostuvo que: "la CIDH 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).

____ 8°) Que en base a lo expuesto el recurso de inconstitucionalidad articulado debe rechazarse.

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

LA CORTE DE JUSTICA, _____

RESUELVE: _____

____ I. **HACER LUGAR** al recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 356/361 y, en su mérito, **declarar** la nulidad de la sentencia de fs. 350/354 vta. de la Sala III del Tribunal de Impugnación, y **ordenar** que bajen allí los autos, para que proceda con arreglo a la presente.

____ II. MANDAR que se registre y notifique. _____

(Fdo.: Dres. Guillermo Alberto Catalano, Guillermo Félix Díaz, Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Alberto Posadas, Abel Cornejo y Susana Graciela Kauffman -Jueces de Corte-. Ante mí: Dra. María Jimena Loutayf -Secretaria de Corte de Actuación-).