

Corte de Justicia de Catamarca

SENTENCIA NÚMERO: VEINTICUATRO

En la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, a los treinta días del mes de mayo de dos mil veinticuatro, la Sala Penal de la Corte de Justicia de Catamarca, integrada por los señores Ministros doctores Néstor Hernán Martel -Presidente-, María Fernanda Rosales Andreotti y Rita Verónica Saldaño; se reúne en acuerdo para entender en el Recurso de Casación deducido en autos, expte. Corte n° 041/23, caratulados: **“Correa, Luis Miguel -abuso sexual, etc.-s/ rec. de casación c/Sent. n° 06/23 de expte. n° 124/22”**.

Por Sentencia n° 06 de fecha 28 de marzo de 2023, la Cámara Penal de Tercera Nominación, en lo que aquí concierne, resolvió: “(I) Declarar culpable a Luis Miguel Correa, de condiciones personales ya mencionadas en la causa, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, previsto y penado por los arts. 119, 3° párrafo y 45 del CP, imponiéndose para su tratamiento penitenciario, la pena de nueve años de prisión de cumplimiento efectivo, con más accesorias de ley (arts. 5,12, 40 y 41 del CP), debiendo continuar alojado en el Servicio Penitenciario Provincial. Con costas (arts. 407, 536 del CPP y 29, inc. 3° del CP). (...)”.

Contra esta resolución, el Dr. Arturo Alejandro Herrera Basualdo, en su carácter de abogado defensor del imputado Correa, interpone el presente recurso. Expone sus agravios de conformidad a lo previsto en los incs. 1°, 2° y 3° del art. 454 del CPP, esto es, inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva e inobservancia, de las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas y de las normas previstas para la individualización de la pena.

Primer motivo de agravio:

En primer término, el recurrente señala que el fallo que impugna ha inobservado las disposiciones constitucionales que consagran el principio de inocencia y la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

También dice que el tribunal soslayó de manera arbitraria las circunstancias que son susceptibles de poner en tela de juicio la existencia del hecho, tales como: a) La motivación del menor D.F.P y su entorno familiar, para salvarlo de responsabilidad por los ultrajes que éste menor le habría ocasionado a una prima menor de edad, la cual es hermana de su defendido Correa; b) La inexistencia de constancias científicas que acrediten la existencia de un acceso carnal vía anal; c) La versión del menor en Cámara Gesell que le sirvió al Fiscal de instrucción para formular la determinación de los hechos y el requerimiento de elevación de la causa a juicio.

Refiere que, de la prueba incorporada al debate, surge que a raíz de la reprimenda aplicada a D.F.P. por parte de sus progenitores al ser sorprendido abusando sexualmente de su prima menor de edad, aquel, decidió dar a conocer los supuestos hechos perpetrados por su asistido; lo que denota su clara motivación para efectuar una falsa acusación.

Le ocasiona agravio que el tribunal soslayó de manera arbitraria el tratamiento de las cuestiones trascendentes planteadas por las partes y falló desconociendo la existencia de una duda razonable.

Dice que los jueces no advirtieron la compatibilidad de lo manifestado por el Dr. Gallo Canciani en el debate, con la doctrina citada en el fallo y la jurisprudencia de la Corte con relación a las secuelas del acceso anal.

Señala que el tribunal debió considerar todas las circunstancias para tener por acreditada la existencia de una duda razonable que habría determinado la absolución de su pupilo procesal.

Segundo motivo de agravio:

En este punto, indica que el tribunal se limitó a transcribir las declaraciones de los testigos y los informes periciales sin efectuar una valoración de ellos y limitándose a realizar afirmaciones lacónicas sobre qué prueba acreditaría el hecho.

Corte de Justicia de Catamarca

Que el fallo concluyó con que el relato de la denunciante y del menor víctima -en Cámara Gesell-, resultaron creíbles, más allá de las graves contradicciones existentes en sus deposiciones, sumado a la existencia de motivos (que tampoco fueron valorados) en el menor para fabular y que surgió del plexo probatorio.

Por otra parte, tampoco se acreditó la existencia del supuesto abuso sexual vía anal y, más allá de la inexistencia de constancias médicas en el protocolo de abuso, se debe estar a la existencia del hecho, atento a que es coherente con el relato del menor y de la madre.

Respecto a la declaración D.F.P. dice que sorprende el relato de otros hechos de abuso, los que no fueron ponderados por el fiscal de instrucción ni por el fiscal de cámara a los fines de ampliar la acusación.

Otra circunstancia que le ocasiona agravio es que tanto los testimonios rendidos en audiencia, como los agregados por su lectura, acreditaron que el menor D.F.P tenía acceso en su hogar al contenido pornográfico contratado por su progenitor, pero estos dichos fueron descalificados por el tribunal.

También se agravia ante la crítica del tribunal de no haber realizado observación alguna en oportunidad de la declaración del menor en Cámara Gesell, ya que conforme lo previsto en el art. 311 del CPP, en ese momento, no contaba con acceso íntegro al sumario.

Tampoco se ponderó la declaración del testigo Gauna, introducida por su lectura al debate, en donde manifestó que fue compelido por la familia de D.F.P. a radicar una falsa denuncia por el supuesto abuso de su hijo menor de edad. Esto, demuestra la motivación de la familia y del menor para fabular.

Otra circunstancia agravante es la falta de meritación de las contradicciones incurridas por la denunciante, que varió su versión tanto con

los profesionales que practicaron el protocolo de abuso como cuando prestó declaración en el debate.

El tribunal otorgó valor concluyente a la pericia psicológica, toda vez que en su conclusión no consta que D.F.P. fue sorprendido abusando de su prima y que en ese momento decidió relatar un hecho previo de abuso que fue considerado falso por ser de imposible realización.

Critica la liviana valoración efectuada por el tribunal de la declaración en la Cámara Gesell, ya que dicho acto se llevó a cabo sin respetar los protocolos de tiempos e instancias.

Sostiene en que el razonamiento del tribunal se construyó en la violación al principio de inocencia y de la sana crítica racional. Asimismo, adolece del vicio de arbitrariedad, ya que no se basa en las pruebas de autos sino en conjeturas y prejuicios sin sustento fáctico y acredita circunstancias no probadas.

Tercer motivo de agravio:

Dice el impugnante que el fallo violó lo dispuesto en los arts. 40 y 41 del CP, al efectuar una fundamentación aparente de las circunstancias agravantes, para decidir imponer una pena grave (de 9 años, cuando el fiscal solicitó 7 años) que lejos está del fin de resocializar. Cita jurisprudencia de la CNCasPen y del TSJCba.

Solicita la absolución de su defendido por el beneficio de la duda. En subsidio, se morigere la pena y aplique el mínimo legal.

Efectúa reserva del Caso Federal.

De acuerdo con el resultado del sorteo efectuado para determinar el orden de votación (f. ...), nos pronunciaremos de la siguiente manera: en primer término, 1° Dra. Saldaño, 2° Dr. Martel y 3° Dra. Rosales.

Corte de Justicia de Catamarca

Así las cosas, el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones:

1º) ¿Es admisible el recurso?

2º) ¿La resolución cuestionada ha incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva, de las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas y las normas previstas para la individualización de la pena? ¿Qué resolución corresponde dictar?

A la Primera Cuestión, la Dra. Saldaño dijo:

El presente recurso de casación reúne los requisitos de admisibilidad formal establecidos en el art. 460 del C.P.P debido a que es interpuesto en forma y en tiempo oportuno, por parte legitimada, y se dirige contra una resolución que, por ser condenatoria, pone fin al proceso y es definitiva. Por ende, es formalmente admisible. Así voto.

A la Primera cuestión, el Dr. Martel dijo:

Adhiero a la solución propugnada por la Sra. Ministra preopinante y voto en igual sentido.

A la Primera cuestión, la Dra. Rosales, dijo:

La Dra. Saldaño, a mi juicio, da las razones necesarias que deciden correctamente la admisibilidad del recurso. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Segunda Cuestión, la Dra. Saldaño dijo:

El hecho que el Tribunal sentenciante consideró acreditado, es el siguiente: Que en fecha y horario que no podría determinarse con exactitud, pero que estaría comprendido aproximadamente en los meses de diciembre del año dos mil dieciocho y enero del año dos mil diecinueve, en horario de la tarde (entre las 18:00 y 19:00 horas), en circunstancias que el niño D.P.F., de 11 años de edad, lo hacía en soledad en el interior de una de las dependencias del inmueble sito en Bº La Florida, casa s/nº de la localidad de

Manantiales, Dpto. Santa Rosa, vivienda donde convivía con su madre Y.D.V.Z. y su grupo familiar, más precisamente acostado en la habitación de su madre viendo dibujos animados en la televisión, cuando se apersonó Luis Miguel Correa (primo del niño P.), quien residía en una vivienda situada al lado de tal locación, el cual procedió a abusar sexualmente de aquel niño, al efectuarle tocamiento por debajo de la ropa de D.F. (quien lo hacía vestido de short y remera) en sus partes pudendas como ser la cola y su pene, para luego ponerlo boca abajo y accederlo carnalmente vía anal, propinándole un golpe en la cabeza (tipo chirlo), todo ello, previo sintonizar en la televisión una película de contenido pornográfico”.

1-Previo ingresar al tratamiento de los agravios cuyo examen propone el recurrente, atento a las constancias glosadas en autos y a la delicada situación que llega a conocimiento de esta Corte, entiendo que, a las pautas de revisión y control de la prueba que surge de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal” (*Fallos*: 328:3399), deben sumarse los postulados derivados de las obligaciones asumidas por los Estados de "proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales" al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (art. 34).

Asimismo, cabe consignar aquí, que las consideraciones referidas en relación al relato de un niño, lo son en plena sintonía con las directrices que emanan de documentos internacionales. Como derivación de la obligación asumida por los Estados de “proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales” al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (art. 34), brindando un marco práctico para el trabajo con niños víctimas y testigos de delitos dentro del proceso de justicia bajo el prisma de la Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (O.N.U.), se proclama que “cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y a que su testimonio se

Corte de Justicia de Catamarca

presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia”.

Es que, semejante abordaje olvida que si a la valoración de toda prueba obtenida en el proceso ha de aplicarse la sana crítica racional (art. 201 C.P.P.), ésta se integra con la lógica, pero también, y en igual medida, por las reglas de la experiencia común y la psicología.

Es una regla de la experiencia común -en cuanto constituye un hecho notorio, aprehensible espontáneamente por el intelecto como verdad indiscutible-, que el relato de un niño no puede ser objeto de un estricto control de logicidad.

La psicología, también ofrece un inestimable aporte para la valoración del relato infantil, en tanto explica los mecanismos e interacciones inherentes a la psiquis del niño que subyacen a esta peculiaridad arriba referida y constatada por la experiencia común.

Por dicho motivo, se ha sostenido que resulta aconsejable -aunque no imprescindible, atento al principio de libertad probatoria receptado en el artículo 200 del código ritual- validar sus dichos con un abordaje experto. Las pericias psicológicas, en este sentido, ofician casi a modo de intérpretes del relato del niño y cuando se agregan al proceso no es posible separarlas de aquél, por su capacidad explicativa de los defectos u omisiones que puedan encontrarse en la narración del menor.

Cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato del niño, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada -cual sombra al cuerpo- de la explicación experta, en tanto aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el juzgador y que, por ende, no pueden motivar su decisión (“Correa”, S. n° 11/2019).

Pues bien, uno de los ámbitos en los cuales se verifica esta protección reforzada es el de la victimización infantil. Es que cuando los derechos del niño se ven amenazados por la comisión de un delito, su vulnerabilidad e indefensión se acentúan y llaman a activar -desde los distintos ángulos de la intervención estatal- todos los mecanismos tendientes a eliminar o al menos minimizar el impacto ilícito en la esfera de su personalidad, de su vida e integridad física de su patrimonio, etc. ...”. (Sentencia n° 62 de fecha 13/12/2018).

Sentadas las bases por las que habrá de transitar la revisión solicitada, corresponde ingresar al tratamiento del motivo formal de casación invocado, a fin de establecer si la entidad de las irregularidades denunciadas, comprometen la validez de la sentencia recurrida como pretende el agraviado.

2-Formulada la pertinente aclaración, a los fines del análisis de la presente causa voy a invertir el orden en que fueron propuestos los agravios. En primer lugar me adentraré a la achacada falta de aplicación de las reglas de la sana crítica racional por parte del tribunal sentenciante, para formar la decisión recurrida, por entender que ésta solo fue una transcripción de la prueba sin valoración de las mismas, basada en conjeturas y prejuicios sin sustento fáctico.

En esa tarea, entiendo útil examinar el fallo recurrido, el tribunal dio por ciertos los dichos del menor de edad D., al valorar las evaluaciones psicológicas que acreditan las lesiones a la integridad sexual del niño, lo que surge del informe psicológico llevado a cabo por la psicóloga oficial Lic. María del Mar Pereto. Resalta lo manifestado por ésta en el informe, al decir que: *“...señaló en forma fundada que el niño D.F.P. presentaba problemas psicológicos típicos de menores abusados sexualmente y, también, resalto que presentaba un daño psíquico...”*; para luego concluir de manera categórica diciendo que: *“... da cuenta de la ausencia de fabulación y*

Corte de Justicia de Catamarca

mendacidad en sus dichos, presenta un juicio crítico acorde a la realidad y que presenta indicadores de haber sido abusado sexualmente”. Valorado éste, en contraposición al informe del perito de control de la defensa de imputado Lic. María de los Ángeles Sánchez al cual lo considera carente de fundamentos (fs. 515).

Por otro lado a los fines de tener por acaecido el hecho, valoró el testimonio de Y.D.V.Z. progenitora de D., la cual bajo juramento de decir verdad agregó que, el menor tuvo un cambio en su conducta, que no quería comer, se defecaba encima y que le manifestaba que se quería morir (fs. 516).

También tuvo en cuenta los rasgos de personalidad de Correa, al valorar el informe psiquiátrico practicado por la Lic. Silvina A. Gallardo dependiente del Cuerpo Interdisciplinario Forense en relación al hecho (fs. 486/vta.) el que da cuenta que: *“el caballero no mostró angustia, ansiedad, que son síntomas que en realidad son defensas psíquicas de cualquier ser humano en respuesta a una situación estresante sea de cualquier tipo en este caso...al relatar el hecho había un discurso con muestras de risas ante el discurso, goce al contar el acontecimiento...”*.

Además, de la pericial psicológica practicada por la Lic. Gisell Herrera Aguirre sobre Correa, surge que éste presenta *“una estructura manipulativa y con tendencia al ocultamiento, en donde tiende a depositar en el exterior y en los otros, las razones o casusas de lo que concurre en su vida, sin posibilidad reflexiva y de implicación, con tendencia a minimizar la magnitud de los actos que se le imputa, atribuyendo a terceras personas las razones de sus propios actos, ...se observa en su persona un sistema de esquema cognitivo compatible con naturalización de prácticas con características sexualizadas entre personas menores a las cuales define como ‘cosas de niños’”*.

En esa línea de argumentación el Tribunal siguiendo la doctrina de medicina legal entiende que la falta de lesiones genitales no es determinante para tener por ocurrido el hecho, al sostener ésta que, *el tiempo de cicatrización del coito anal es de cinco días como mínimo y de diez días como máximo en cuanto a los rastros que puede dejar el coito anal y que la ausencia de signos de violación en la región anal, no excluye el atentado pederástico, la corriente es que el coito anal no deja huellas traumáticas*, la que es coincidente con lo manifestado por la Dra. Fabiana Edith Chiappero quien llevó a cabo el protocolo de abuso al sostener que no observó lesiones anales, siendo probable que con el paso del tiempo éstas desaparezcan.

Ello es coincidente con lo expresado a su turno por la Dra. Daniela A. Rebello, médica ginecóloga perteneciente al Cuerpo Interdisciplinario Forense, que da cuenta que ninguno de los signos anales son patognómicos de abuso sexual y que, su ausencia carece de valor médico-legal para descartar o afirmar la existencia de maniobras abusivas y con los antecedentes jurisprudenciales de ésta Corte de Justicia en los cuales resolvió en éste sentido; aunque esta sea una postura contraria a la sostenida por el Dr. Edgar Gallo Canciani, que en oportunidad de prestar declaración testimonial dijo que el acto sexual con acceso carnal vía anal deja lesiones con el tiempo. Por lo que concluyó el tribunal, que resulta factible que una víctima de penetración por la vía anal no presente lesiones algunas (fs. 518).

3- Sentado ello, lo que debemos abordar seguidamente es la postulación que efectúa el recurrente en cuanto se agravia al entender que el Tribunal concluyó de manera certera, que los dichos del menor víctima y la denunciante son creíbles, otorgando valor determinante a las pericias psicológicas, más allá de las graves contradicciones existentes en sus deposiciones, sumado a la existencia de motivos en el menor para fabular y que surgió del plexo probatorio. Dice el recurrente que no fue tenido en cuenta al

Corte de Justicia de Catamarca

tiempo de fallar, que el menor D. omitió contar sobre que lo encontraron intentando abusar de su prima. Por otro lado, el tribunal tampoco tuvo en cuenta el otro hecho de abuso sexual con acceso carnal que habría ocurrido cuando, según denunció el menor, andaba a caballo en el campo, cuando Correa también lo habría abusado. Pero resulta que este supuesto hecho relatado en oportunidad de llevarse a cabo la declaración en Cámara Gesell, no fue investigado por considerarlo de imposible realización.

a-En ese orden de críticas al fallo, el recurrente en primer lugar achaca falta de meritación de las contradicciones incurridas por la denunciante, que varió su versión tanto con los profesionales que practicaron el protocolo de abuso como cuando prestó declaración en el debate; así como las contradicciones entre lo declarado por ésta y lo declarado por el menor D..

Entiendo que, más allá de la discordancia en cuanto a la edad de D. al tiempo del hecho, éste en oportunidad de prestar declaración en cámara gesell, el 17 de diciembre de 2020 (fs. 59/62bis) fue contundente al señalar que “... *El ante año pasado...creo que estábamos en verano...me acuerdo que tenía un short y una remera ... creo que tenía 11...*”.

De las actuaciones surge que, el menor de edad D. a la primera persona que cuenta sus padecimientos sexuales, luego de la reprimenda por el hecho acontecido con su prima, es a su madre, tan es así, que la madre del acusado Correa, declara que las tres horas del suceso de su hija acusan a su hijo Luis Miguel. La progenitora de D. mantiene su relato en las distintas áreas en las que tuvo que transitar, reproduciendo los dichos de su hijo, al punto tal que no cambia la edad referenciada por éste.

Cabe recordar que en los delitos contra la integridad sexual, los que se eligen por la vulnerabilidad de las víctimas, resulta difícil conocer lo verdaderamente acontecido, pues es una característica del ofensor actuar con sigilo y a escondidas, precisamente, para no ser descubierto. Sin

embargo, siendo los hechos cometidos en perjuicio de personas menores de edad, resulta necesario ser extremadamente cuidadoso en la valoración de la prueba, pues se encuentra en juego la protección de los derechos del niño.

Por ello, numerosa jurisprudencia ha destacado que su testimonio no puede ser analógico en su tratamiento al de un adulto, no debiendo someterlos a un minucioso examen lógico, en desmedro de los rasgos distintivos que le confieren la madurez y afectividad propias de su edad.

En el presente caso, no puede pretenderse que el testimonio del menor de edad D., que se vio sometido a tipos de prácticas abusivas a temprana edad y luego de haber transcurrido más de dos años de ocurrido el hecho de tipo violento e incluso denigrante, producido por un familiar en quien confiaba, vecino, pueda reestructurar datos precisos de circunstancias y fechas exactas, a los fines de brindar una declaración provista de las máximas precisiones.

Por otro lado, de adverso a lo que postula, las diferencias que señala no son suficientes para descalificar las declaraciones del menor D y su progenitora como contradictorias, ni como mendaces.

b- Se agravia que el tribunal le dio valor concluyente a la pericia psicológica, sin hacer referencia a que D. fue sorprendido abusando de su prima y que este fue el motivo por el que decide relatar los hechos de abusos. Que el tribunal soslayó el tratamiento de los motivos que tuvo el menor D. y su familia para incriminar a su defendido, esto es el haber sido encontrado por su tía al intentar realizar actos de índole sexual a su prima –hermana del acusado- lo que quedó plasmado de la entrevista psicológica.

Si bien es cierto que el tribunal no se manifestó al respecto, no es menos cierto que habiendo analizado las actuaciones surge que fue éste hecho, el que sirvió como disparador para que D. contará lo que le había sucedido, lo cual no implica necesariamente que para exculparse lo haya

Corte de Justicia de Catamarca

achacado especialmente a su primo Correa con quien según los dichos de la progenitora de D. era como un hijo para ella, no veo cual era el interés de perjudicar directamente a quien los sendos testimonios señalan que siempre andaban juntos y no a otra persona, por ello entiendo que ésta cuestión remite a las conclusiones a la que llega el Tribunal.

c- Se agravia porque el tribunal no ponderó que D.F.P. en Cámara Gesell refirió sufrir otro hecho de abuso mientras montaba un caballo, que no fue ponderado por el fiscal de instrucción ni por el fiscal de cámara a los fines de ampliar la acusación, siendo un hecho previo declarado falso, por ser de imposible realización.

Entiendo que el Tribunal no está obligado a tratar estas cuestiones por no haber sido objeto de investigación en autos por parte del Fiscal de Instrucción y ésta decisión no puede ser interpretada en contra del menor, que haga presumir que éste fabule en su relato.

Tampoco la defensa observó lo dispuesto por el fiscal, y de éste modo no podemos atribuirle falsedad al testimonio del menor, por una decisión del órgano judicial que dispuso no investigar.

Más aún, si a ello le sumamos lo informado por la Lic. Peretto (fs. 85/86) al realizar la pericia psicológica de su especialidad en el menor de edad D, la que da cuenta que: *“su nivel imaginario no reviste características psicóticas, su criterio de realidad es conservado al momento del examen”*, pericia que no fue impugnada por la defensa del recurrente.

d) Se agravia también el recurrente porque el tribunal no valoró la existencia del canal de películas pornográficas en la casa del menor D., a los fines de tener por acreditado el despertar hipersexualizado de éste. Pero ello no resulta suficiente para desacreditar la versión del menor sobre la ocurrencia del hecho de la condena y no dice el recurrente de qué manera habría incidido en el menor para tener por desacreditado la existencia del hecho

por el que fue condenado su asistido. Entiendo que no es un hecho relevante en cuanto a la figura penal aplicable al caso, si tenemos en cuenta la edad de la víctima.

Cuestiona también el recurrente que, el tribunal no valoro el testimonio de Gauna, que había dicho que fue compelido por la familia de D.F.P. a radicar una falsa denuncia por el supuesto abuso de su hijo menor de edad. Dice que esto, demuestra la motivación de la familia y del menor para fabular, si bien surge del acta de debate que las partes desistieron de dicho testimonio, incorporándose el brindado en la instrucción solo por escrito. Pero esta cuestión no fue incorporada por el recurrente en el debate al tiempo de exponer sus alegatos, introduciéndolo recién en esta instancia, cuestión no planteada en el juico. De tal modo, el agravio expresa una reflexión tardía del recurrente que, por ello, no puede ser admitida; en tanto no cabe tolerar de las partes que se pongan en contradicción con su propia conducta discrecional anterior en la causa.

4-En segundo lugar, entraré a examinar si en el fallo cuestionado, se ha inobservado o aplicado erróneamente la ley sustantiva, en clara contradicción con las disposiciones constitucionales que consagran el principio de inocencia y la aplicación del principio *in dubio pro reo*, achacada por el recurrente.

Habiendo dado respuestas en párrafo anteriores, a los diversos motivos que fundamentan el presente agravio, solo me resta decir que en cuanto a las cuestiones relacionadas a la forma en que se recepcionó la declaración de D, en Cámara Gesell, el mismo es una réplica de los agravios alegados en el debate, y que el tribunal ya resolviera en forma contrariamente a su pretensión.

Al respecto, la declaración del menor D. en Cámara Gesell al decir "...por qué situación crees que hoy tuvimos que venir acá? (M) para

Corte de Justicia de Catamarca

contar lo que pasó ¿y qué fue lo que te pasó? ¿me podés contar? (M) Estem...no me acuerdo que día era, estábamos en mi casa, mis papás no estaban, estaba viendo tele, había llegado mi primo que había cumplido 18 años, E) y más o menos cuándo cumple años tu primo? para saber el tiempo.(M) Mmm..., no sé..., vive a la par de casa... a la par más adelante la casa de mi mama..." (fs. 59/62 bis); no denota que se tratara de un guión preestablecido, manteniéndose incólumes los dichos del menor en la primera oportunidad de llevarse a cabo el protocolo a la Lic. Fernández (fs. 14).

Por lo que el tribunal del juicio, ponderó en contra de Correa, el detallado y minucioso testimonio brindado por el menor D., dando detalles de cada acto realizado por Correa y las sensaciones padecidas durante la realización del hecho sexual al que fue sometido, así en parte de su relato en Cámara Gesell dijo textualmente, "*...sí me acuerdo que había puesto una película atrevida... me acuerdo que, y yo no sabía que estaba por hacer y... me empieza abusar de la misma manera que lo hacían en la película... primero penetraba y le digo me dolía mucho y él decía que no... se había bajado los pantalones... y él me había puesto boca abajo...*"(fs. 59/62 bis).

Por ello, la valoración del testimonio del damnificado como creíble satisface la obligación estatal de protección integral, asumida al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (art. 34), considerando que "cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario (...)", dado que esa excepción no fue verificada en el caso; toda vez que la defensa a su turno, no se hizo cargo de desvirtuar los resultados de los sendos informes psicológicos.

Por último reproduce como agravios lo ya planteado en los alegatos del juicio, referido a la ausencia de lesiones o cicatrices en el menor D. a los fines de desacreditar el hecho atribuido a su asistido, lo cual que fue

debidamente valorado y ya resuelto por la Cámara en los fundamentos del fallo (517).

Sin embargo, me resta agregar a lo dicho por el tribunal, que el recurrente se desentiende de los dichos del menor, cuando en la cámara gesell refiere “*me empezó a tocar... por debajo de la ropa... las partes de la cola y la parte de adelante...*”.

Por todo ello entiendo que, el principio *in dubio pro reo* no puede sustentarse en una pura subjetividad ya que, si bien es cierto que éste presupone un especial ánimo del juez según el cual, en este estadio procesal está obligado a descartar la hipótesis acusatoria si es que no tiene certeza sobre los hechos materia de imputación, no lo es menos que dicho estado debe derivar racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso. El estado de duda (art. 13 del Código de Procedimientos en Materia Penal) no puede reposar en una pura subjetividad, sino que aquel especial estado de ánimo debe derivarse de la racional y objetiva valoración de las constancias del proceso, la que no puede ser reemplazada por la invocación de supuestas exigencias del sistema probatorio que rige en el orden nacional (*Fallo: 312:2507*). Circunstancia que, a la luz de los argumentos puestos de manifiesto en los párrafos precedentes, estimo que el estado de duda requerido para la aplicación del principio *in dubio pro reo*, no concurre en el pronunciamiento impugnado (*Fallos 311:948*).

El tribunal dio suficientes razones para tener por acreditado el hecho y la participación punible de Correa.

5- De lo anterior se colige, que la sentencia se apoya en una interpretación integral, armónica y coherente del contexto probatorio y de las constancias de la causa, lo que permitió al Tribunal concluir que la conducta desplegada por Correa vulneró la integridad sexual de la víctima, la que no

Corte de Justicia de Catamarca

pudo consentir la acción desplegada por el acusado, quien se aprovechó del estado de vulnerabilidad del menor.

En este orden de ideas entiendo que el Tribunal ponderó las conclusiones periciales y los motivos invocados en sustento, correlacionándolos con los demás elementos de juicio obrantes en la causa, analizados por el juzgador. Lo decisivo es que el relato de D. sobre la real ocurrencia de los hechos de la causa no fue desvirtuado y la fé que merece tiene base suficiente en el informe psicológico el cual no fue impugnado.

Por su parte, el recurrente no demuestra el error de ese juicio y los argumentos que propone a tal efecto sólo dejan en evidencia su discrepancia con lo resuelto, la que no basta para descalificar a la sentencia impugnada.

Se desentiende también, indebidamente, de la cuestión de infancia involucrada en el caso; de la exigencia del derecho internacional de apreciar los hechos y la prueba con perspectiva de infancia.

Así las cosas, en tanto los argumentos propuestos en el recurso no demuestran la violación en la sentencia impugnada de las reglas de la sana crítica racional que rigen la valoración de la prueba en el proceso penal, mi respuesta a la cuestión planteada sobre el punto es negativa. Así voto.

6- Por último me adentraré al tratamiento en cuanto a la inobservancia y/o errónea aplicación de las normas previstas para la individualización de la pena.

Dice el impugnante que el fallo violó lo dispuesto en los arts. 40 y 41 del CP, al efectuar una fundamentación aparente de las circunstancias agravantes, para decidir imponer una pena grave (de 9 años, cuando el fiscal solicitó 7 años) que lejos está del fin de resocializar. Cita jurisprudencia de la CNCasPen y del TSJCba.

En lo que al punto se refiere, esta Corte, ya se ha expedido en numerosos precedentes en donde se dijo que la facultad discrecional de fijar la pena es en principio exclusiva del Tribunal de Juicio, y sólo puede ser controlada por el recurso de casación en los supuestos de arbitrariedad de la sentencia, criterio que se mantiene en la actualidad (S. n° 5/2021, S. n° 11/19, S. n° 55/18, S. n° 17/18, S. n° 39/17, S. n° 25/17, S. n° 4/17, entre muchas otras).

El ejercicio de esta facultad discrecional se encuentra condicionado a que la prudencia pueda ser objetivamente verificable, y que la conclusión que se estime como razonable no aparezca absurda respecto de las circunstancias de la causa, extremo éste demostrativo de un ejercicio arbitrario de aquellas potestades. La exigencia de fundamentación de la pena impone al juez el examen de las condiciones mencionadas en los arts. 40 y 41 del C.P., de manera que pueda apreciarse de qué modo ellas trascienden al juicio tomando en cuenta la gravedad del hecho y la personalidad del autor, inciden en la medida de la pena. Cuando ello no ocurre, el ejercicio de aquellas facultades resulta arbitrario y genera la nulidad de la sentencia, porque impide su control.

Asimismo, debe recordarse al respecto que la potestad discrecional del tribunal para determinar la pena incluye la facultad de seleccionar, entre todas las circunstancias del caso, aquellas que se entienden jurídicamente más relevantes a estos fines, lo que implica, lógicamente, la posibilidad de dejar de lado aquellas otras que, a criterio del juzgador, no gozan de entidad suficiente para ser destacadas. Así, mientras la selección de circunstancias agravantes y atenuantes luzca razonable, desde que las circunstancias omitidas no gozan de una relevancia evidentemente mayor que aquellas otras tenidas en cuenta, el ejercicio discrecional de esta potestad no resulta arbitrario.

Corte de Justicia de Catamarca

De ello se colige que el tribunal se encuentra autorizado para considerar -dentro de un margen de razonabilidad- que una circunstancia determinada no tiene entidad suficiente o tiene escasa entidad, ya sea como atenuante o como agravante.

Y es que, las circunstancias de mensuración de la pena no computan por sí mismos de manera agravante o atenuante, ni se encuentran preestablecidas como tales, sino que la previsión del artículo 41 CP es abierta y por ello permite que sea el Juzgador quien oriente su sentido según el caso concreto (ZIFFER, Patricia, “Lineamientos de la determinación de la pena”, Ad-Hoc, 2º ed., Bs. As., 2005, ps. 100/101; DE LA RÚA, Jorge, “Código Penal Argentino - Parte General”, Depalma, Bs.As., 1997, ps. 698 y 705/706; TSJ).

Considero que las circunstancias agravantes valoradas por el Tribunal de juicio son de suficiente peso para justificar la selección del monto de pena que se impuso como sanción a Correa, la cámara valoró que el acusado se valiera de ser familiar para concurrir al lugar sabiendo que no había ningún adulto o persona que pudiese auxiliar al niño, y la modalidad del hecho que por su edad era vulnerable y con cierto rasgo de perversión a los fines de obtener un placer libidinoso, lo indujo a ver películas pornográficas para despertarlo precozmente en la sexualidad *—entiendo que el tribunal hace referencia a éste hecho puntual —modus operandi- y para agravar la pena-* y así lograr su cometido, lesionando la libertad sexual del niño para satisfacer sus deseos sexuales retorcidos, sin importarle el dolor y el daño que causara y su comportamiento antisocial. Así también valoró la conducta desplegada por Correa como peligrosa para relacionarse con niños y el daño psicológico producido en D.

Por otro lado, a favor del acusado el tribunal de juicio valoró el informe socio ambiental y la planilla de antecedentes que da cuenta que no registra antecedentes policiales.

En tanto al *quantum* de la pena, habiendo solicitado el fiscal de Cámara 7 años de prisión, mientras el querellante particular conforme las facultes otorgadas en la normativa aplicable solicito la prisión de 11 años, es que el juez de cámara, fijó la misma en 9 años, morigerando entre el justo medio entre el máximo y el mínimo solicitado y siempre dentro de la escala penal prevista para el delito en abstracto.

Dicho ello, cabe señalar que, analizadas las constancias de la causa, no se advierte, ni el recurrente ha logrado acreditar, la existencia de alguna otra circunstancia atenuante que pueda considerarse arbitrariamente omitida, y tampoco que la defensa haya solicitado oportunamente –al momento de alegar- su concreta ponderación.

En esa dirección, tampoco constato la existencia de un ejercicio arbitrario de las potestades discrecionales del Tribunal de juicio, ni que, la pena atribuida resulte desproporcionada respecto del contenido del injusto de los hechos, en tanto la misma ha sido impuesta dentro de los márgenes de la escala penal aplicable; además, contiene fundamento suficiente con base en las constancias de la causa, razones que no privan al fallo de validez.

Consecuentemente con ello, la pena decidida no se exhibe como un desajuste de las reglas de los arts. 40 y 41 en relación con la escala penal de los delitos atribuidos, a tenor de la gravedad de los hechos, tal como han quedado acreditados, y el grado de culpabilidad del agente en relación con aquellos.

En tal sentido, la pena de 9 años de prisión dispuesta por el Tribunal de juicio no resulta excesiva ni arbitraria; en tanto la figura penal aplicable en abstracto tiene previsto una pena mínima de 6 años y un máximo de 15 años de reclusión o prisión.

Corte de Justicia de Catamarca

Teniendo en cuenta los fundamentos reseñados, estimo ajustada a derecho la imposición de la pena atribuida, en tanto la misma ha sido fijada respetando los límites impuestos por la escala. Verifico así, que las expresiones utilizadas por el tribunal de grado para sustentar la cuantificación de la condena impuesta al imputado, satisfacen el requisito de motivación que exige la decisión atacada, fundando los motivos que se tuvieron en cuenta para graduar la pena, evaluándose correctamente las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P., por lo que el agravio esgrimido no puede ser acogido.

Por lo expuesto, propongo que el recurso debe ser rechazado y la sentencia confirmada, en todo lo que fue motivo de agravios.

A la Segunda cuestión, el Dr. Martel dijo:

Adhiero a los argumentos y a la solución propugnada por la Sra. Ministra preopinante. En razón de ello, adhiero a sus fundamentos y voto en igual sentido.

A la Segunda cuestión, la Dra. Rosales, dijo:

La Dra. Saldaño, a mi juicio, da las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

Por los resultados del acuerdo que antecede y por unanimidad, la Sala Penal de la CORTE DE JUSTICIA DE CATAMARCA, RESUELVE:

1º) Declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por Luis Miguel Correa con la asistencia técnica del Dr. Arturo Alejandro Herrera Basualdo, en contra de la sentencia n° 06/23 dictada por la Cámara en lo Criminal de Tercera Nominación.

2º) No hacer lugar al recurso de casación interpuesto, y confirmar la resolución impugnada.

3º) Con costas (arts. 536 y 537 del C.P.P.).

4º) Téngase presente la reserva del caso federal.

5º) Protocolícese, hágase saber y, oportunamente, bajen estos obrados a origen, a sus efectos.

FIRMADO: Dres. Néstor Hernán Martel -Presidente-, María Fernanda Rosales Andreotti y Rita Verónica Saldaño. **ANTE MI:** Dra. María Fernanda Vian -Secretaria- **ES COPIA FIEL** de la sentencia original que se protocoliza en la Secretaría a mi cargo. Doy fe.