

Corte de Justicia de Catamarca

SENTENCIA NÚMERO: TREINTA Y SEIS

En la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, a los seis días del mes de octubre de dos mil veintitrés, la Corte de Justicia de Catamarca, integrada por los señores Ministros doctores y doctoras María Fernanda Rosales - Presidenta-, Carlos Miguel Figueroa Vicario, Fabiana Edith Gómez, José Ricardo Cáceres, Rita Verónica Saldaño, Néstor Hernán Martel y Luis Raúl Cippitelli; se reúne en acuerdo para entender en el Recurso de Casación deducido en autos, expte. Corte n° 044/2022, caratulados: **“Carreño, Ramón Antonio -abuso sexual, etc. -s/ rec. de casación c/sent. n° 31/22 de expte. n° 03/21”**.

El Dr. Luciano Rojas, en representación del acusado, Ramón Antonio Carreño, interpone recurso de casación en contra de lo resuelto por la Cámara en lo Criminal de 1° Nominación, mediante Auto Interlocutorio de fecha 27 de abril de 2022 (fs. 236/239 obrante en el acta de debate de fs. 227/253 vta.), ante el planteo de nulidad efectuado por el recurrente.

En esa oportunidad, el Tribunal resolvió: “No hacer lugar al planteo de nulidad de la pericia psicológica de fs. 30/31; no hacer lugar al planteo de nulidad del decreto de determinación del hecho de f. 32; no hacer lugar al planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio de fs. 130/134 y vta.; rechazar la denuncia de defensa ineficaz realizada por el Dr. Luciano Rojas; rechazar el recurso de reposición, en consecuencia, no hacer lugar a la suspensión de la presente audiencia de debate”.

Como consecuencia de lo decidido, el plenario culminó con el dictado de la Sentencia n° 31 de fecha 03 de mayo de 2022 –la que también ha sido motivo de impugnación en esta instancia-.

En lo que aquí concierne, se resolvió: “Declarar culpable a Ramón Antonio Carreño, de condiciones personales relacionadas en la causa, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización agravado por ser encargado

de la guarda en calidad de autor (art. 119, 2º párrafo en función del inc. b), 4º párrafo y 45 del CP), condenándolo en consecuencia a sufrir la pena de diez años de prisión, con más accesorias de ley (arts. 40, 41 y 12 del CP). Con costas (arts. 407, 536 y ccdtes. del CPP), manteniendo el estado de libertad del que venía gozando hasta que la presente sentencia quede firme (...).”.

I). Primer agravio:

Con relación al planteo de nulidad efectuado en ocasión de haber dado inicio la audiencia de debate, el recurrente sostiene que el Tribunal al motivar su decisión realizó un análisis desintegrado de lo dispuesto en los arts. 379, en función del 189, inc. 2 del CPP. En tal sentido, argumenta que no consideró la literalidad del art. 187 del CPP que refiere a las nulidades absolutas, las que pueden ser declaradas en cualquier estado y grado del proceso.

Concluye, que el Tribunal ha violado la tutela judicial efectiva del sometido a proceso, ha rechazado los planteos a partir de una interpretación errónea de los preceptos que gobiernan la materia, con lo cual - asevera el recurrente-, ha incurrido en una omisión del debido control de constitucionalidad y convencionalidad de los temas sometidos a su decisión, razón por la cual, el Auto Interlocutorio debe ser casado, anulado y por imperio de las previsiones del art. 191 del CPP, sus efectos deben alcanzar a los actos procesales subsiguientes.

II). Segundo agravio:

El recurrente afirma que el fallo debe ser casado (Sentencia nº 31/22) por inobservancia en la aplicación de la ley sustantiva.

Expresa que, del acta de debate, surge que el Ministerio Público Fiscal no acreditó los extremos de la figura de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la condición de encargado de la guarda y sólo se refirió a un sometimiento del acusado para con la víctima, pero nada dijo de los otros

Corte de Justicia de Catamarca

dos elementos necesarios para que se configure el tipo, esto es, la duración o las circunstancias de su realización.

Aclara que, ante esa omisión, -al momento de emitir sus alegatos- solicitó que, en caso de recaer condena, la misma debía ser por el delito de abuso sexual simple con más el agravante que se consideró acreditado.

Sin embargo, se agravia al sostener que el Tribunal condenó a su defendido por el delito por el que Carreño llegó acusado. Con esta decisión -argumenta-, violó la defensa en juicio, sesgó la imparcialidad del Tribunal y completó con sus fundamentos lo que el Fiscal de Cámara omitió. Cita doctrina referida al principio contradictorio.

Sostiene que, de la lectura del hecho -objeto de la acusación-, no surge que la conducta pueda subsumirse en un abuso sexual gravemente ultrajante, toda vez que no describe con claridad qué circunstancias -por su realización- le ocasionan un gravamen ultrajante a la víctima, sumado a que el Ministerio Público Fiscal tampoco pudo acreditarlo.

Cita doctrina de Caferatta Nores, Gavier y Reinaldi referida a las “circunstancias de realización”.

Afirma que del debate no surgió la presencia del delito tipificado en el art.119, 2º párrafo del CP, toda vez que, ni de la cámara Gesell, ni de la declaración del testigo Acuña como tampoco de la denunciante, se han logrado acreditar dichos extremos.

III). Tercer agravio:

El recurrente planteó la inconstitucionalidad de la pena prevista para el delito en cuestión, cuya escala punitiva va de 8 a 20 años de prisión, la que es de igual magnitud para el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado.

Cuestiona la falta de respuesta por parte de la jurisdicción. Refiere que, a raíz de esa omisión, el Tribunal afectó el derecho a ser oído en

atención a que se trataba de una cuestión trascendental que tornó la decisión en arbitraria por violación del principio de congruencia.

En apoyo a lo invocado, indica que el Tribunal Superior de Córdoba al tratar y declarar la inconstitucionalidad de la escala penal del presente delito, fijó la escala en abstracto de 5 años y 4 meses y 13 años y 4 meses.

Es así, que en la Sentencia n° 337 - Noriega, Ricardo Alejandro - abuso sexual gravemente ultrajante reiterado- s/ rec. de casación (expte. n° 7/08), se declaró la inconstitucionalidad de la escala penal por afectación del principio de proporcionalidad. Asimismo, se pronunció en los precedentes Espíndola y Barizone que establecen la doctrina que solicita se aplique al presente.

Por otra parte, cita doctrina de la SCJN y jurisprudencia de la Sala Penal de TSJ referida a la relación existente entre el hecho cometido y la pena aplicada.

Finalmente, solicita a este Máximo Tribunal case el Auto Interlocutorio contenido en el acta del debate y subsidiariamente la Sentencia n° 31/22. Declare la nulidad del Auto Interlocutorio y la Sentencia en cuanto a la arbitrariedad de la misma por no aplicar correctamente la ley de fondo y la aplicación de la sanción punitiva.

Efectúa reserva del Caso Federal y del recurso contenido en el art. 2, apartado 3, inc. b) del PIDCP.

De acuerdo con el resultado del sorteo efectuado para determinar el orden de votación (f. 46), nos pronunciaremos de la siguiente manera: 1° Dr. Martel, 2° Dra. Gómez, 3° Dr. Cippitelli, 4° Dr. Cáceres, 5° Dr. Figueroa Vicario, 6° Dra. Rosales Andreotti y 7° Dra. Saldaño.

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

1°) ¿Es admisible el recurso?

Corte de Justicia de Catamarca

2º) ¿Resulta procedente declarar la nulidad de Auto Interlocutorio de fecha 27 de abril de 2022 (fs. 236/239 obrante en el acta de debate de fs. 227/253 vta.)? ¿El Tribunal ha incurrido en una errónea aplicación del art. 119, 4º párrafo del CP? ¿Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 119, 4º párrafo en función del 2º inc. b del CP?

A la Primera Cuestión, el Dr. Martel dijo:

El recurso fue interpuesto en forma y en tiempo oportuno, por parte legitimada y se dirige contra una sentencia condenatoria que pone fin al proceso y es definitiva. Por ende, es formalmente admisible. Así voto.

A la Primera cuestión, la Dra. Gómez dijo:

Adhiero a la solución propugnada por el Sr. Ministro preopinante y voto en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Cippitelli, dijo:

El Dr. Martel da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en idéntico sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

Entiendo acertados los motivos expuestos por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello adhiero a su voto y doy el mío en el mismo sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

El Dr. Martel da las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en iguales términos.

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

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello me adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

A la Primera cuestión, la Dra. Saldaño dijo:

Entiendo acertadas los motivos expuestos por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello me adhiero a su voto y doy me expido en idénticos términos.

A la Segunda Cuestión, el Dr. Martel dijo:

El hecho que el Tribunal consideró acreditado en el juicio es el siguiente: “Que con fecha 02 de diciembre del año 2018, en un horario que no se ha podido determinar con exactitud, pero estaría comprendido entre las horas 00:00 y 00:35 aproximadamente, en circunstancias en que la niña E. T. A. de 10 años de edad, se encontraba bajo la guarda de su padrino Ramón Antonio Carreño, en el interior del inmueble de éste último, ubicado en B° La Playa, casa sin número de la localidad de Polcos, departamento Valle Viejo, provincia de Catamarca, más precisamente en la cocina, es que Carreño tomó a la niña de sus brazos apoyándola sobre el apoyabrazos de una silla plástica de color rojo, y procedió a abusar sexualmente de ella al bajarle su pantalón y bombacha, ubicándose Carreño detrás de la menor, apoyándole su pene sobre la cola, en un acto de desahogo, eyaculando en la ropa interior de la menor al momento del hecho, y que de acuerdo a los estudios genéticos -ADN sobre la bombacha (muestra), dando por conclusión, que la fracción espermática encontrada, pertenece al perfil de ADN de Ramón Antonio Carreño, situación que fue interrumpida por E. C. A. (hermano de la menor) quien llegó al domicilio de Carreño. Que dichos actos precedentemente descriptos, de claro contenido sexual y altamente vejatorios por las circunstancias de su realización, efectuados por Carreño en el cuerpo de la menor E. T. A. configuró un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la menor”.

D). Primer agravio:

El recurrente cuestiona la fundamentación del auto interlocutorio dictado al inicio del debate con motivo de los distintos planteos de nulidad por él esgrimidos.

Corte de Justicia de Catamarca

Sin embargo, no ataca los argumentos que le causan agravio o cuya interpretación dice, no es correcta. Tampoco expresa cuáles son aquellos que no alcanzan la adecuada fundamentación que denuncia. Con esos déficits, el planteo no puede prosperar.

Por otra parte, la vía recursiva no pone a cargo de este Tribunal el buscar eventuales deficiencias en la resolución recurrida, sino, a cargo del recurrente, el demostrar la existencia de esos déficits y su relevancia concreta por su incidencia en la solución dada al caso.

A diferencia de lo postulado en el recurso, observo que el Tribunal dio motivos y fundadas razones que descartan la procedencia de cada uno de los planteos con los que la defensa pretendía que se declare la nulidad del proceso. El recurrente tampoco controvierte las consideraciones allí expuestas, ni alcanza a acreditar arbitrariedad o falta de fundamentación en lo decidido, razones que bastan para desechar el presente agravio.

Y es que, el apelante circunscribe su embate concluyendo que el Tribunal ha violado la tutela judicial efectiva del sometido a proceso y que ha rechazado los planteos a partir de una interpretación errónea de los preceptos que gobiernan la materia, sin efectuar una crítica concreta demostrativa de los puntuales errores argumentativos cuya consideración pretende.

En consecuencia, la sola postulación por parte de la defensa de violación a la tutela judicial efectiva es insuficiente por sí para acoger favorablemente la Casación, si en el ataque efectuado no se acredita la vulneración fehaciente que se invoca, como sucede en el presente.

De lo anterior se colige, que el impugnante no demuestra el desacierto de lo decidido, como tampoco, en qué consiste la imposibilidad de control de aquella decisión por parte del imputado.

Además, la doctrina que cita para fundar sus agravios, no resulta de aplicación al caso, por cuanto no demuestra la similitud de aquellas circunstancias con las que surgen de la resolución cuestionada.

Por ello, el agravio no puede tener acogida favorable. Así voto.

II). Segundo agravio:

Previo ingresar al tratamiento de los planteos cuyo examen propone el recurrente, teniendo en cuenta las concretas particularidades del caso, 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) y la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (“Convención de Belém Do Pará” y aprobada por Ley 24.632); instrumento supranacional que fija el estándar de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso “b”), directrices que se plasmaron a su vez en la ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), que establece entre sus objetivos, el promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su “integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial” (art. 3 inc. c).

De este modo, teniendo en cuenta que la violencia contra la mujer constituye una violación de derechos humanos y que, en el presente se trata de una víctima de abuso sexual infantil, doblemente vulnerable, por su condición de niña y de mujer, el examen de la cuestión impone la incorporación de la “perspectiva de género” como pauta hermenéutica constitucional y como

Corte de Justicia de Catamarca

principio rector para la solución del caso, exigiendo para ello un análisis armónico e integral de la normativa nacional y supranacional vigente, todo ello, de conformidad a la prueba introducida oportuna y legalmente al debate; cuestiones que, advierto, han sido correctamente apreciadas por la Cámara de Juicio.

Sentados los parámetros sobre los que transitará la revisión propugnada en el recurso, observo que el primer cuestionamiento que el recurrente trae a consideración de este Tribunal gira en torno a denunciar vulneración al principio de congruencia y afectación al derecho de defensa de su asistido.

Puntualmente, dice la defensa que el Ministerio Público Fiscal, en los alegatos, omitió acreditar parte de los extremos legales previstos en el art. 119 –segundo párrafo- del CP, en tanto nada dijo respecto a “la duración o a las circunstancias de su realización”.

Los argumentos esgrimidos permiten adelantar que la pretensión recursiva no puede tener acogida favorable.

Tal afirmación se sustenta en que, la invocada ausencia de posibilidades de defenderse respecto del hecho que el Tribunal consideró acreditado en la sentencia, no se condice con las constancias obrantes en la causa, en tanto el acusado, en el juicio, ejerció su derecho de defensa, pidió perdón y dijo estar arrepentido de lo que estuvo a punto de hacer.

Por otra parte, también cabe desestimar la afectación al principio de congruencia en tanto la cuestionada decisión resulta acorde con las constancias de la petición del Ministerio Público Fiscal en los alegatos finales, cuando mantuvo idéntica acusación y calificación jurídica con la que la causa llegó a juicio (art. 119 –segundo párrafo- en función del inciso b) cuarto párrafo y 45 del CP), petición que fue finalmente acogida por el Tribunal.

Con ello, se desbarata la estrategia defensiva consistente en denunciar privación de oportunidad de discutir los argumentos jurídicos relacionados con la conducta atribuida en la sentencia a Carreño.

Por ende, el agravio no puede prosperar.

Desde otro ángulo, subsidiariamente, el impugnante cuestiona la calificación legal de los hechos como Abuso sexual gravemente ultrajante.

En tal sentido, sostiene que la imputación debió ser por abuso sexual simple. Considera que, con las pruebas testimoniales rendidas en el debate no se logró acreditar que el acusado frotó o deslizó su pene por la zona pudenda de la niña. Por tal razón, sostiene que, el grado de afectación queda comprendido dentro de la escala penal de ese delito, en tanto no están dadas las condiciones para calificar la conducta como gravemente ultrajante.

Así, el recurrente pretende se aplique a su asistido la calificación legal prevista en el art. 119, primer párrafo, en función del quinto párrafo del CP, esto es abuso sexual simple agravado por la guarda.

Establecido ello, cabe destacar que, el art. 119 CP establece, en su segundo párrafo, que, mediando abuso sexual, "La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima".

En la presente causa, el Tribunal entendió, además, configurada la circunstancia del inciso b) del cuarto párrafo (cuando el hecho "fuere cometido por ... encargado de la guarda"). Esta agravante, correctamente imputada, no fue cuestionada por el recurrente, razón por la cual, no será objeto del presente análisis.

Sobre esa base, cabe considerar que, autorizada doctrina ha distinguido que: "El uso de violencia en el abuso sexual simple es el vehículo que permite al autor satisfacer su deseo sexual primario, el más elemental, que

Corte de Justicia de Catamarca

se consuma cuando éste transita el ámbito externo de la esfera de la libertad sexual ajena sin llegar al acceso carnal propiamente dicho (tocamientos impúdicos, besos no consentidos, etc.) (Donna, p. 37). En cambio, dicha intrusión ilícita alcanza el grado de sometimiento demandado por la ley penal cuando el autor tiene la intención de someter a la víctima, es decir, de ponerla bajo su entero control como mero objeto de placer, de acá que se explique que le abuso sexual adquiera la particularidad de sometimiento –“hubiese configurado”, dice la ley- en función de las circunstancias de tiempo o modo de ejecución.

Por lo dicho, se entiende que el significado de “sometimiento”, se nutre de dos componentes, objetivo y subjetivo, que perfilan su significado, a saber: el uso de violencia y el ánimo particular de someter a la víctima como objeto sexual...

Así, pues, la duración del abuso sexual o la circunstancia de su ejecución son condiciones necesarias, pero no suficientes para dar realidad al sometimiento: es condición esencial que el autor procure mediante estas modalidades de comisión subyugar a la víctima como simple objeto de sus apetencias sexuales. La degradación de la dignidad de la persona se consuma cuando ella es tratada como objeto, como medio para un fin –según prohíbe la máxima kantiana-, razón de la agravante del abuso sexual del segundo párrafo del art. 119 del Cód. Penal” (Abosso, Gustavo Eduardo, “Código Penal de la República Argentina, Comentado, concordado con jurisprudencia”, 5ta edición, IBdelf, Buenos Aires, 2018, p. 659).

Asimismo, se ha sostenido que: “...para calificar a un hecho de esta naturaleza como gravemente ultrajante en los términos del tipo analizado, es necesario que haya existido una mayor afectación al bien jurídico tutelado de la integridad sexual, y que se haya puesto en consideración otros aspectos de la personalidad de la víctima, entre los que deben meritarse la humillación y la afrenta a la propia dignidad del ser humano, no bastando por

ende aquellos actos que son producto del hecho delictivo en sí conforme la modalidad asumida por el autor. Habrá de estarse en todo caso a las particularidades del evento, a la objetividad de la conducta en sí y fundamentalmente a una mayor gravedad del ultraje a la integridad sexual de quien padece un acto de esta naturaleza.

También en estos casos lo trascendente es que dichos actos hayan tenido que configurar un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima, de contenido sexual, y aunque la misma no haya tenido la suficiente capacidad de comprensión de la naturaleza del acto ni el grado de ofensividad del hecho, podrá verse configurada esta especial ilicitud en la medida en que sea apreciada objetivamente con relación a la esencia de la conducta abusiva y la innecesariedad de la práctica de actos que conlleva en sí mismos tal calidad” (Tazza, Antonio, “Código Penal de la Nación Argentina Comentado – Parte Especial”, Segunda edición actualizada, Tomo I, Arts. 79 a 161, Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2018, pp. 398/399).

En el caso bajo examen, entiendo que la conducta de Carreño ha sido correctamente calificada.

Así lo considero, en tanto quedó acreditado en los argumentos del fallo que su accionar denota un grave desprecio por la dignidad de la menor E. T. A., quien era su ahijada y quien se encontraba a su cuidado en su domicilio, posición de la cual derivan especiales deberes de respeto y protección hacia ella.

Sin embargo, Carreño se aprovechó de la relación de preeminencia sobre la víctima, no sólo derivada del hecho de ser un adulto frente a una niña, sino por ser su padrino, vecino y sobrino de su padre y porque su vivienda era el lugar a donde la menor asistía diariamente a comer y a donde el día del hecho, quedó bajo su guarda durante las horas en que sus progenitores salieron a una fiesta.

Corte de Justicia de Catamarca

En efecto, el acusado se aprovechó para llevar a cabo el abuso, de la inferioridad de la víctima, de la natural situación de vulnerabilidad en la que se encontraba E. T. A., una víctima doblemente vulnerable por su condición de mujer y de niña. Evidentemente, abusó de la confianza que ésta y su familia le tenían para ejecutar los hechos que se le atribuyen.

Circunstancias éstas que son constitutivas de ese "plus de disvalor" que reclama la doctrina para ingresar a la figura agravada de Abuso Sexual Gravemente Ultrajante (art. 119, segundo párrafo del Cód. Penal), al implicar una humillación más allá de lo que normalmente se verifica en el tipo básico, pues los actos abusivos por las circunstancias de su realización, implicaron que la niña fue sometida bajo el dominio del imputado, fue reducida a condición de "cosa", lo que se traduce en una mayor degradación para la misma.

Sobre el punto, el Tribunal fundó esa calificación al comprobar el claro desprecio por la dignidad de la menor, que –como bien destacó el magistrado- sufrió actos abusivos degradantes y humillantes siendo una niña de tan solo diez años.

Por ello, en el presente, el abordaje con perspectiva de género impone también considerar la corta edad de la víctima, toda vez que ella implica una vulnerabilidad especial, que impone la necesidad de realizar un juicio axiológico mucho más estricto a la hora de subsumir los actos de abuso sexual. En el caso, existe entre Carreño y E. T. A., una diferencia etaria de 37 años; el acusado tiene 47 y la menor, 10.

Dicha consideración ha sido reconocida en la doctrina. En relación a ello, se ha dicho que "... el juicio de valor sobre la calificación de un abuso sexual simple en uno agravado debe estar influido por la edad de la víctima y el contexto donde dicha acción se realiza. Los menores de edad son personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad en función de su condición etaria. Las posibilidades de rechazar o resistir un acto sexual abusivo

son infinitamente menores a las de los mayores de edad" (ABOSO, Gustavo Eduardo, "Derecho penal sexual", BdeF, Bs. As., 2014, p. 196).

En sintonía con lo expuesto, observo que la modalidad descrita por la niña en su declaración en Cámara Gesell, ejemplificada a través de muñecos, pone en evidencia cómo el acusado la ha objetivizado para sus apetencias sexuales. Cómo la ha puesto bajo su entero control como mero objeto de placer, cómo la ha reducido a un estado de cosa sobre la que ha ejercido dominio y disponibilidad sobre E. T. A. para llevar a cabo hechos de contenido sexual que, por las circunstancias de su realización, son demostrativos de un mayor desprecio a la dignidad personal de la menor, que el que importa la comisión de todo atentado a la integridad sexual encuadrable en la figura básica que, de por sí, ya es ultrajante.

En tal sentido, E. T. A., con su escasa edad pudo poner en palabras lo sucedido aquel día y explicar y describir, dentro de sus posibilidades, la modalidad de ejecución delictiva con los muñecos que le brindó la psicóloga conforme lo observado en su declaración brindada a través de la Cámara Gesell.

Allí, contó que estaba sentada en la cocina, en una silla de plástico roja con apoyabrazos y que Ramón le dio la mano, se levantó, la tomó por debajo de los brazos y la colocó de espaldas al apoyabrazos de la silla. Le bajó los pantalones y la bombacha. Él se bajó el short y el calzoncillo y se sentó detrás de ella en un banquito y le dijo que se sentara encima de él. Asimismo, relata que, su hermano, E. C. A., los vio por la ventana y le gritó al acusado, entonces su padrino le dijo que salga y ella se largó a llorar. Explicaciones que son demostrativas de que la menor se encontraba, como dijo, sentada sobre el acusado.

Y si bien, conforme argumenta el recurrente, no pudo verbalizar que su padrino le haya deslizado el pene en su cola, la duda que intenta sembrar la defensa, ha quedado despejada con los testimonios

Corte de Justicia de Catamarca

ponderados por el Tribunal, de su hermano y su madre. En tal sentido, el primero de ellos, manifestó que sorprendió a Carreño abusando sexualmente de la menor, describiendo como el imputado sostenía a su hermana con el pantalón bajado. Que aquella también tenía la ropa hasta la rodilla. Que él estaba de frente y ella de espalda y la tenía “pillada así”, explicando ante el Tribunal cómo el acusado hacía un movimiento con el cuerpo de su hermana hacia atrás y hacia adelante.

Esto último coincide, como lo señaló el Tribunal en la sentencia, con lo expresado por la progenitora de la víctima en debate –quien refirió que su hijo le dijo que encontró a E. con los pantalones bajados hasta las rodillas y que estaba sentada en las piernas del acusado-.

Por otra parte, cabe considerar que, esa modalidad de ejecución descrita por ambos testigos, se compadece con la constatada eyaculación en la bombacha de la niña (pericia genética de ADN, fs. 107/110).

Con base a lo expuesto, observo que las circunstancias de tiempo, modo y lugar narradas tanto por la menor como por su progenitora y por su hermano mayor, permitieron al Tribunal concluir del modo en que lo hizo.

De manera tal, que el Juzgador consideró acreditado que Carreño tomó a la niña de sus brazos, apoyándola sobre el apoyabrazos de una silla plástica de color roja y procedió a abusar sexualmente de ella al bajarle el pantalón y la bombacha, ubicándose detrás de la menor, apoyándole su pene sobre la cola y en un acto de desahogo eyaculó en la ropa interior de E. T. A.

Consecuentemente, calificó tal conducta como abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización.

De este modo, estimo acertados los argumentos brindados al respecto, al considerar que la figura legal introducida por la ley 25.087, abarca conductas que superan en gravedad las previstas para el abuso sexual simple del primer párrafo, pero que no llegan a configurar un acceso carnal o una tentativa

de ese delito. Motivo por el cual, concluyó, que, en el presente caso, ese plus de afectación que se diferencia de la figura básica, se encuentra acreditado.

En esa línea de razonamiento, fundó su decisión tras considerar que el hecho de apoyar el pene en la cola de la niña mientras el acusado la mecía de adelante hacia atrás, estando de espalda la menor y eyaculando el acusado sobre su bombacha constituye una acción de claro contenido sexual y altamente vejatorio por las circunstancias de su realización.

Que ello, configuró un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la menor, de tan solo diez años, lo que constituye un acto degradante y humillante, aunque no haya tenido la capacidad de comprender el significado del acto sexual (pericia psicológica, fs.50/51).

Así, se observa que todos los elementos conducentes fueron correctamente analizados por el Tribunal de Juicio para afirmar la intensidad vejatoria de los ataques perpetrados por Carreño, juzgando incluso cómo el acusado logró su objetivo reduciendo a su ahijada a la condición de objeto de su desfogue sexual, el que se produjo antes o en el momento en que fue sorprendido por el hermano de la menor, lo que constituye el "plus de disvalor" que reclama la doctrina para afirmar la figura agravada de Abuso Sexual Gravemente Ultrajante (art. 119, segundo párrafo del Cód. Penal), toda vez, que implican una humillación más allá de lo que normalmente se verifica en el tipo básico, al constituir una mayor degradación de la víctima.

De lo anterior se colige, que el razonamiento seguido en el fallo condenatorio es correcto, por cuanto –para calificar los abusos sexuales como gravemente ultrajantes, superando el umbral normativo del abuso sexual simple- se evaluaron minuciosamente las condiciones de la víctima –menor de edad, en situación de clara vulnerabilidad respecto de su agresor-, como también, la particular modalidad de ejecución de los mismos, lo que permite calificarlos como humillantes, degradantes de la dignidad de la menor, a quien

Corte de Justicia de Catamarca

efectivamente el imputado cosificó para el cumplimiento de sus espurios deseos sexuales.

En definitiva, estas consideraciones y las vertidas por el sentenciante, permiten, en el caso, calificar los hechos juzgados bajo la figura de abuso sexual gravemente ultrajante, debiendo entenderse adecuada dicha calificación y desestimar el agravio esgrimido.

Lo apuntado, permite concluir que el Tribunal aplicó adecuadamente la norma prevista en el art. 119, segundo párrafo, en función del inc. b) del cuarto párrafo del CP, con lo que el agravio recursivo carece de idoneidad a fin de modificar lo resuelto sobre el punto.

En consecuencia, los cuestionamientos planteados no tienen la entidad que el recurrente le asigna, en tanto, no bastan para desmoronar la convicción sobre la intervención de Ramón Antonio Carreño en el hecho atribuido. Y es que, el impugnante no logra demostrar, con los argumentos que presenta, el error que predica de la aplicación de la ley penal sustantiva.

Por las razones expuestas, voto negativamente a la presente cuestión.

III). Tercer agravio:

Invocando el motivo sustancial de casación previsto en el art. 454 inc. 3° CPP, el recurrente denuncia inobservancia de las normas previstas para la individualización de la pena.

Sobre el punto, cabe advertir que, pese a la causal invocada, el impugnante prescinde denunciar cuáles son los vicios de razonamiento que de algún modo han incidido en la correcta motivación del fallo en orden a la individualización judicial de la pena impuesta al imputado, Ramón Antonio Carreño.

En consecuencia, los argumentos que postula no aluden a la errónea fundamentación de la pena impuesta a su asistido.

Lo que aquí postula, es la inconstitucionalidad de la pena prevista para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado.

En tal sentido, la defensa sostiene que la escala punitiva es igual en magnitud a la del abuso sexual con acceso carnal agravado (de 8 a 20 años de prisión). En esa dirección, refiere que existe una evidente desproporción y que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba declaró la inconstitucionalidad de la escala penal prevista para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por afectación del principio de proporcionalidad, fijando la escala en abstracto en 5 años y cuatro meses y en 13 años y cuatro meses de prisión (Sentencia n° 337 del 09/12/2010, Noriega, Ricardo Alejandro p.s.a. Abuso sexual gravemente ultrajante reiterado – Recurso de Casación – Expte. N° 7/08).

Con relación a ello, adelanto que no resulta de recibo en esta instancia el reproche de inconstitucionalidad articulado por la defensa.

La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, que sólo procede cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución (CS, *Fallos*: 316:2624), pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (CS, *Fallos*: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241). Esa repugnancia no es puesta en evidencia en el caso y, con esa omisión, la pretensión recursiva carece de fundamento suficiente.

Por ello, entiendo que es improcedente el planteo de inconstitucionalidad de la escala penal aplicable para el art. 119, cuarto párrafo, inc. b del CP, pues aun sosteniendo una escala penal reducida cuyo mínimo sea

Corte de Justicia de Catamarca

inferior al contemplado, la condena impuesta en función de la calificación escogida luce razonable sobre el injusto cometido y la culpabilidad del autor.

Así, la instancia de inconstitucionalidad carece de trascendencia respecto de la decisión concreta adoptada por el Juzgador quien aplicó un monto de pena adecuado de conformidad con las constancias de la causa referidas al hecho y al autor, las que no han sido controvertidas en la instancia, en tanto el recurrente omite denunciar arbitrariedad en la selección de las circunstancias atenuantes y agravantes ponderadas en la resolución que ataca.

Desde esta perspectiva, cabe destacar, aunque no fue específicamente contradicho por la defensa, que Carreño fue condenado a cumplir la pena de 10 años de prisión, lo que se acerca más al mínimo de la escala y a un monto de pena que se encuentra muy por debajo de la pretensión del órgano acusador –solicitó 13 años de prisión–.

El recurrente no demuestra, que, en el caso, la pena impuesta a su asistido sea desproporcionada con relación a la magnitud del contenido ilícito del hecho, es decir, con la gravedad del bien jurídico concretamente afectado por el delito que se le atribuye a Carreño.

Por las consideraciones expuestas, entiendo que, en este caso particular la pena impuesta al imputado resulta razonable en tanto se encuentra justificada en razón de la gravedad de los hechos, tal como han quedado acreditados y el grado de culpabilidad del agente en relación con aquellos, por lo que el planteo no puede prosperar. Así voto.

Por ello, propongo que el recurso debe ser rechazado y la sentencia confirmada, en todo lo que fue motivo de agravios. Con costas. Téngase presente la reserva del caso federal y la del recurso contenido en el art. 2, apartado 3, inc. b) del PIDCP. Así voto.

A la Segunda cuestión, la Dra. Gómez dijo:

Por coincidir con la solución propuesta me adhiero a la solución propugnada por el Sr. Ministro preopinante y voto en igual sentido.

A la Segunda cuestión, el Dr. Cippitelli dijo:

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

A la Segunda cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello me adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

A la Segunda cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

Encuentro acertados los motivos expuestos por el Dr. Martel y por ello, adhiero al mismo y voto en idéntico sentido.

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

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

A la Segunda cuestión, la Dra. Saldaño dijo:

El Sr. Ministro emisor del primer voto da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en el mismo sentido.

Por los resultados del acuerdo que antecede y por unanimidad, la CORTE DE JUSTICIA DE CATAMARCA,

RESUELVE:

1º) Declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por Ramón Antonio Carreño, con la asistencia técnica del Dr. Luciano Rojas, en contra de la S. n.º 31/2022 dictada por la Cámara Criminal de Primera Nominación.

Corte de Justicia de Catamarca

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 y del recurso contenido en el art. 2, apartado 3, inc. b) del PIDCP.

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

FIRMADO: Dres. María Fernanda Rosales Andreotti -Presidenta-, Carlos Miguel Figueroa Vicario, Fabiana Edith Gómez, José Ricardo Cáceres, Rita Verónica Saldaño, Néstor Hernán Martel, y Luis Raúl Cippitelli. **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.