(Tomo 191: 677/702)

_____ Salta, 27 de agosto de 2014. _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados **"C/C Y., C. R. – RECURSO DE CASACIÓN"** (Expte. N° CJS 36.930/13), y_____

_____**CONSIDERANDO:**_____

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

_____ 1°) Que a fs. 431/437, el Dr. Santiago E. Pedroza, ejerciendo la asistencia técnica de C. R. Y., interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala I del Tribunal de Juicio de fs. 415 y vta., cuyos fundamentos obran a fs. 416/428 vta. que condena al nombrado a la pena de doce años de prisión, como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por el grave daño en la salud física y mental, y por el vínculo (art. 119, 3er. párrafo, en función del 4to. párrafo, incs. a y b del Código Penal), en perjuicio de la menor E.A.Y._____

_____ El recurrente arguye que no se ha logrado demostrar la existencia de hecho ilícito alguno, ya que el único elemento que se tuvo en cuenta fue la declaración de la supuesta víctima, obviándose la circunstancia de que las descripciones que ésta hiciera del lugar del hecho lo hacen inviable e imposible y de que obró una total indeterminación de modo, tiempo y espacio del supuesto abuso, lo que afecta el derecho de defensa. Asimismo, señala que no obró prueba bioquímica que sustente la existencia de un abuso con acceso carnal, resultando inidóneo a ese fin el examen físico que verificara que la víctima presentaba defloración de larga data, que por su extensión en el tiempo excede la fecha del posible acceso carnal. Finalmente, sostiene que la agravante del grave daño a la salud no se acreditó, ya que no se encuentra comprobado que la anorexia que padece su nieta tenga como causa directa el hecho reprochado; primero porque no tiene entidad para producir ese daño, y segundo porque el trastorno alimenticio se debe a una serie de concausas. Por todo ello, solicita que se revoque la condena dispuesta y se absuelva a su representado por aplicación del beneficio de la duda y, en subsidio se modifique la calificación por la de abuso sexual simple y se lo condena a la pena de tres años de prisión. _____

_____ En su informe de fs. 492/493 el Sr. Fiscal ante la Corte N° 1 estima que el hecho reprochado a C. R. Y. fue acreditado en grado de certeza, a partir de un análisis crítico de la prueba producida, cobrando entre ellos relevancia el testimonio de la víctima, cuya credibilidad fue evaluada mediante la impresión "de visu" de los magistrados. A ello, dice, se sumó la declaración de su madre, quien ante el desequilibro alimenticio que padecía su hija (anorexia nerviosa), indagó en su causa, develándose los abusos sexuales a los que venía siendo sometida por su abuelo, el acusado en autos, y los informes de los profesionales, quienes establecieron claros indicadores de las huellas de abuso en el psiquismo de la víctima, con riesgo de vida por la anorexia nerviosa que cursa. Por ello, considera que los agravios de la defensa no pueden prosperar, propugnando se ratifique la sentencia impugnada. _____

_____ 2°) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 438 y vta.), previo a expedirse sobre los motivos invocados por la recurrente incumbe a esta Corte en la presente instancia efectuar un control de los recaudos de orden formal a los que la ley subordina su admisibilidad (art. 36 de la Ley 7716). _____

_____ A ese respecto, se observa que ha sido presentado en término y por parte legitimada (v. fs. 429 y 437); además la resolución resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (arts. 466 incs. 1° y 2°, 469 inc. 1° y cc. del C.P.P. –texto según Ley 6345 y modificatorias–). Razón por la cual, cabe ingresar al examen de la cuestión planteada en el recurso.__ _____

_____ 3°) Que analizados los argumentos impugnaticios, cabe consignar que el recurso no debe proceder, ya que la decisión recaída en autos y puesta en crisis mantiene una congruente

relación entre las premisas que establece y las conclusiones a las que arriba, la prueba producida y el derecho aplicado, todo lo cual aventa la acusación de transgresión de las pautas de razonabilidad en la formación del juicio e impide su descalificación como acto jurisdiccional válido por el razonamiento del tribunal de mérito. En el fallo no se verifica la parcial y superficial valoración de prueba a que alude la defensa, porque en él se han ponderado los elementos de convicción esenciales confrontando los elementos de prueba colectados en la causa (esta Corte, Tomo 135:535; 154:781, entre otros) de conformidad con las pautas de un recto pensar._____

_____ 4°) Que la dinámica del hecho delictivo traído a examen del tribunal de juicio se desarrolló tal cual fue entendido en la sentencia condenatoria cuestionada por el impugnante, al tener por acreditado el hecho de índole sexual en que el imputado, aprovechando la cercanía y confianza con su nieta, dado que ésta concurría asiduamente a su vivienda y allí solía pernoctar, la accedió carnalmente antes de cumplir los quince años._____

_____ El hecho de abuso resulta abonado por las declaraciones constantes y firmes de la víctima en la instrucción y en la audiencia de debate y frente a los psicólogos y psiquiatras, relato que, evaluado por los jueces con los beneficios que brinda la inmediación, permitió establecer las circunstancias de modo, lugar y tiempo con bastaste aproximación, no obstante el plazo en que la menor ocultó el abuso, lo que habilita descartar cualquier deficiencia en cuanto a la individualización de la conducta reprochada o sobre una falta de identidad entre el hecho contenido en la acusación y aquél por el que fue condenado, que pudiera haber afectado su derecho de defensa._____

_____ 5°) Que aparte de la credibilidad que, por la observación personal, le mereció al tribunal el relato de la víctima, específicamente se indicó, por un lado, el modo particular en que se develó el abuso, lo que recién ocurrió cuando aquélla mostró evidentes signos de deterioro en su equilibrio anímico y psíquico, y por el otro, la inexistencia de motivos que lleven a pensar que la denuncia fuera un invento para perjudicar al imputado. La verosimilitud de los dichos de E.A.Y. surge también de su corroboración a partir de otros elementos agregados a la causa, como las declaraciones testimoniales prestadas en audiencia de debate oral, en particular la brindada por la madre, quien fue la que advirtió los notables cambios de conducta en su hija e inquirió en sus posibles causas. Asimismo, el informe del examen ginecológico, que determinó desfloración de larga data, descartándose de forma plausible que la misma haya sido fruto de la relación con otros individuos, dada la personalidad de la víctima, cuya tendencia es a no vincularse fácilmente con la gente. Finalmente, los psicólogos y psiquiatras han referido la existencia de claros indicadores de abuso en la psiquis de la damnificada, por la afectación que presenta en la integridad y desarrollo psicosexual. _____

_____ 6°) Que en cuanto a la forma en que se comprueban hechos como el denunciado, cabe recordar que los delitos de abuso sexual se desarrollan en su generalidad en ámbitos privados o aislados que resultan proclives a su consumación y frente a ello debe admitirse el análisis de todo rastro, vestigio e indicio a efectos de dilucidar lo acontecido, pues de lo contrario se correría el riesgo de que la simple ausencia de testigos implicara la impunidad. _____

_____ Además, conforme lo indicó esta Corte en sus precedentes registrados en Tomo 116:287; 146:553, entre otros, la certeza necesaria para condenar no debe insoslayablemente surgir de un panorama totalmente desprovisto de elementos favorables a la posición del acusado; es claro que una exigencia de tal naturaleza determinaría que prácticamente cualquier movimiento defensivo en el plano de la prueba, o cualquier debilidad de la evidencia, aún de la incorporada de oficio o a pedido de la parte acusadora, frustraran la posibilidad de una condena. Sin embargo, la viabilidad de un pronunciamiento contrario al acusado requiere un convencimiento razonablemente alcanzado mediante el triunfo

racional de los factores incriminantes por sobre los que revisten carácter neutro o favorable al encausado, situación ésta que, como quedara dicho, se ha producido en la presente causa._____

_____ 7°) Que respecto de la cuestionada aplicación de la agravante cuando el abuso sexual con acceso carnal produce un grave daño en la salud mental de la víctima (art. 119, 3er. párrafo, en función del 4to. párrafo inc. a) del Código Penal), cabe señalar que la norma fue introducida por la Ley 25087, y que, conforme la doctrina, requiere que sea concebida como un plus mayor al normal daño que en ese aspecto ocasiona habitualmente el tipo básico. Es decir que debe entenderse como grave daño a la salud mental el trauma inmediato que tiene el sujeto pasivo, que se traduce en problemas graves de conducta (Donna, Alberto Edgardo, "Delitos contra la integridad sexual", Rubinzal-Culzoni, segunda edición, pág. 88). Asimismo se exige que las consecuencias se encuentren conectadas con el abuso sexual ya que la fórmula legal exige que resulten de éste. _____

_____ Con base en lo expuesto, y ante el argumento defensivo de que la conducta abusiva reprochada carece de entidad como para haber ocasionado la anorexia nerviosa que padece la adolescente, cabe responder que el tribunal "a quo" ha colegido correctamente la aplicación de la agravante, tanto respecto a la relación de causalidad como a la entidad del daño en la salud mental producido, con base a los profusos informes psiquiátrico y psicológicos recabados en la causa, ya que éstos han establecido que la conducta del acusado significó un acontecimiento traumático para la damnificada, con características incestuosas, difícil de elaborar, con alteraciones del humor y del comportamiento general (fs. 46), informándose que presenta bloqueo deliberado a la sexualidad, como consecuencia de la experiencia traumática vivida y además cursa una anorexia nerviosa atípica, que no surge con temor a la obesidad sino en carácter de rechazo a su constitución con figura de mujer y también repudio a su genitalidad, particularmente en sus caracteres secundarios (fs. 42 vta.)._____

_____ 8°) Que por todo ello, cumplida la revisión integral de la sentencia que se confirma, se debe concluir que es ajustada a derecho, toda vez que ha subsumido el hecho probado en la figura penal correspondiente, sin rebasar los dictados de la sana crítica, y ha satisfecho las exigencias de toda decisión jurisdiccional producida dentro del marco de legalidad y razonabilidad de sus fundamentos, al contar con una debida motivación, por lo que cabe desestimar el recurso de casación deducido. _____

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

_____ 1°) Que adhiero a la solución jurídica contenida en el voto precedente, sin perjuicio de añadir las siguientes consideraciones.___ _____

_____ 2°) Que cabe advertir que el hecho imputado constituye un caso de violencia dirigido contra la mujer. En tal sentido, resulta dable recordar que de acuerdo con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "Convención de Belém do Pará", esa violencia se concreta a través de "... cualquier acción, conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (art. 1°). _____

_____ Tradicionalmente, el sistema internacional de protección y promoción de los derechos humanos ha incluido una cláusula de igualdad en todos sus instrumentos principales así como la prohibición de discriminar a las mujeres en el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y de ejercer sobre ellas algún tipo de violencia._____

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

_____ 3°) Que le es dable al tribunal fundar su certeza a partir de los elementos conducentes para el esclarecimiento de la verdad y nada impide que un pronunciamiento condenatorio se sustente en el testimonio de la víctima, siempre y cuando ésta sea objeto de un riguroso análisis y se expongan los aspectos que determinarán que le sea asignada credibilidad. Por ello es que cabe considerar debidamente aplicado el método de la sana crítica racional, si la atribución certera del hecho se efectúa a partir del análisis del testimonio de la víctima. En el caso, la declaración de la víctima se encuentra corroborada por pruebas médicas que dan acabada cuenta del ataque sufrido y su consecuencia, que fue el severo daño psicológico sufrido que la llevaron a una anorexia nerviosa y a conductas autodestructivas que aún subsisten._____

_____ 4°) Que la Convención de Belém do Pará (año 1994) define en su art. 1° la violencia de género: "La violencia contra la mujer es cualquier acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". _____

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

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

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

_____ Es preciso considerar que la violencia contra la mujer se entronca con la propia naturaleza de las relaciones familiares, que por sus características de subordinación y dependencia favorecen la posición de dominio de los miembros más fuertes sobre los más débiles. Pero mientras los niños, los ancianos o los incapaces ocupan necesariamente una posición de partida subordinada y son naturalmente vulnerables, a la mujer es el agresor el que la hace vulnerable a través de la violencia. Así, se ha dicho que, la causa de la violencia contra ellas no procede del vínculo familiar sino de la discriminación estructural consecuencia de la ancestral desigualdad que proviene de la distribución de roles. De ahí el cambio del término "sexo", que alude a las diferencias biológicas, al de "género", que explica una desigualdad construida históricamente como fruto de la estructura patriarcal, conforme lo sostuve al votar en Tomo 187:419._____

_____ Al respecto la Cámara Nacional de Casación Penal ha señalado que: "Todas las formas posibles de abuso sexual comprendidas en el art. 119 del C.P constituyen un abuso de poder específico que se manifiesta con una invasión no autorizada y por vías de hecho, de la esfera de reserva sexual del sujeto pasivo, y en particular de su libertad de determinación sexual, si se realiza sobre una mujer constituye un acto de violencia contra la mujer de los comprendidos en el art. 7° de la Convención de Belém Do Pará"

(Sala II, causa Nº 13.245/10 caratulada “Ortiga, René Vicente s/ recurso de casación). _____

_____ 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 discriminatorias contra las mujeres. _____

_____ Asimismo, dispone que el Estado deberá tomar todas las medidas apropiadas para modificar aquellos patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con el objetivo de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres._____

_____ 5°) Que asimismo es dable destacar que resulta indiscutible, en la actualidad, la protección de los derechos de los menores por lo que su superior interés es el que debe regir en todas las decisiones que recaigan cuando las víctimas sean niñas, niños, o adolescentes. _____

_____ El derecho de menores presenta como su más destacada nota distintiva el carácter tutelar y protectorio que orienta todas sus normas. La particularidad de los menores está dada por no tratarse de seres completamente desarrollados en sus aspectos biológicos, psíquicos y sociales por lo que el derecho que los ampara se debe considerar con una orientación tuitiva que se muestre presente en todo momento y que se convierta, a la vez, en principio interpretativo. _____

_____ 6°) Que la jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño y su operatividad, ratificada por Ley 23489, hace que deba considerarse expresamente su normativa. En este sentido, el art. 34 de la Convención establece en forma expresa que los Estados Parte 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. 1°– 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. 9°– que: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral”._____

_____ 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; esta Corte, Tomo 182:797; 182:845). _____

_____ 8°) Que por encuadrar el caso en examen en las normas reseñadas, además de lo expuesto en el voto precedente, considero que no debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado. _____

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

_____ 1°) Que por razones de brevedad doy por reproducida la reseña de los hechos efectuada en los considerandos 1°, 2, y 7°, por los distinguidos Señores jueces preopinantes en el voto emitido en primer término, como así también comparto la solución

jurídica a la que arribaron, no obstante lo cual, considero oportuno agregar mis propios fundamentos._____

_____ 2°) Que antes que nada es dable señalar que, en los delitos contra la integridad sexual, normalmente existen serias dificultades para desentrañar lo verdaderamente ocurrido, pues es una característica del ofensor actuar con sigilo y sibilinamente dado que tal es la desproporción y el desborde de sus conductas que prefieren actuar a hurtadillas precisamente para no ser descubiertos. Este rasgo de la personalidad de los infractores a la integridad sexual no debe perderse nunca de vista, porque los infractores, porque los abusadores, los violadores o los ultrajadores tienen en común dos características: operar sobre la víctima desprevenida y elegir el momento del ataque, cuando nadie puede percatarse de su abyecto cometido._____

_____ En la especie, no se advierten motivos para una absolución que desincrimine libremente de culpa y cargo al encartado, sino por el contrario, es fácil advertir que los conceptos vertidos párrafos arriba se reiteran en el “sub judice” por lo que no debe circunscribirse, sin antes exculpar formalmente al causante, es pretender acotar su conducta en la libido, dado que la integridad sexual no se tutela sólo desde dicha óptica, que por estricta puede generar mayores disturbios, sino en la falta absoluta de libertad de la víctima, que por su propia condición, no sólo no tenía el discernimiento indispensable, sino que las consecuencias sobre su personalidad y equilibrio psíquico pueden ser determinantes para el resto de su vida, dejándoles secuelas indelebles. _____

_____ Ahora bien, enseña Donna, que si bien la doctrina ha tratado de enfocar el bien jurídico con distintas palabras, analizando el contenido del art. 119 3er. párrafo del C.P., puede afirmarse que la ley tiene en cuenta, en primer lugar, la libertad individual, en cuanto hace a la integridad sexual de las personas. Esta libertad puede ser entendida desde un doble aspecto, positivo-dinámico, por un lado, como la capacidad de libre disposición del propio cuerpo a los efectos sexuales, es decir el consentimiento de la víctima de mantener trato sexual con terceros con arreglo a su querer libre y consciente. Por otro, negativo-pasivo, esto es, la capacidad del sujeto para no ejecutar actos de naturaleza sexual que no desee. _____

_____ Esta noción de libertad sexual se puede utilizar cuando la violación se comete mediante el empleo de fuerza o intimidación, habida cuenta de que no es necesario ningún requisito esencial de la víctima, en la cual se presume su capacidad de conocer y de valorar el alcance del acto que se pretende ejecutar. En síntesis de lo que se trata es de la violación de la autonomía de la voluntad del sujeto que es la base de todos los bienes jurídicos, en este especial caso, cuando se avanza en contra del ámbito de lo sexual. _____

_____ Conforme a ello, se ha dicho con acierto que: en el supuesto contemplado por el art. 119, párrafo 3ro. del Código Penal, el acceso carnal, que significa la introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de la otra persona, implícitamente se refiere a penetraciones capaces de posibilitar una cópula sexual o un equivalente de ella, comprendiendo como modalidad comisiva otras formas de penetración diferentes de la vaginal (Cám. Casación Penal de Bs. As., Sala II, 25/10/05, “F., C.A., 15/03/06, J.A. 2006-I-433). _____

_____ Por su parte respecto al delito de abuso sexual con acceso carnal Donna define al “acceso carnal” como la penetración del órgano masculino en el cuerpo de la víctima, con el propósito de practicar coito, siendo indiferente que la penetración sea total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la eyaculación. Para que exista violación –agrega el autor citado- es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no interesando si esta introducción es completa o sólo a medias, basta con que ella haya existido real y efectivamente._____

_____ Asimismo se ha afirmado en la doctrina y en la jurisprudencia que el delito de abuso sexual con acceso carnal se

consuma cualquiera sea el grado de penetración, de modo que no se requiere penetración completa ni el perfeccionamiento fisiológico del acto sexual; que la finalidad del agente resulta entonces clave para la tipificación del hecho, debiendo establecerse que el propósito del agente era el acceso carnal y no simplemente la búsqueda de un torpe desahogo sexual, para calificar a un hecho como abuso sexual mediante acceso carnal en grado de tentativa (Donna, Edgardo A., "Derecho Penal. Parte Especial", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 590/592).

En igual sentido se dijo que la violación se consuma con el acceso carnal, esto es, con la penetración aunque no fuera perfecta o completa (haya o no eyaculación). Es suficiente que el acceso carnal sea parcial; este tipo de abuso sexual es un delito de acción, es decir que se realiza a través de una conducta activa con exclusión de todo comportamiento omisivo; es de mera conducta o de pura actividad, pues para la integración del tipo es suficiente con el acceso carnal, sin que se requiera una modificación en el mundo exterior que recaiga sobre el objeto de la acción (la víctima); es en suma, un delito instantáneo pues se consuma y desaparece y no requiere resultado material alguno –voto del Dr. Riggi, adhiere la Dra. Catucci, el Dr. Tragant por su voto– (Cám. Nac. Casación Penal, sala III, 4-2-2004, "Ramírez, Sergio M. s/Recurso de Casación").

Acorde a lo manifestado, podemos afirmar que de la declaración incriminante de la víctima, sumado a los elementos probatorios surge demostrada la configuración tipificada por el art. 119, primer, tercer y cuarto párrafos incs. a y b del C.P. Resultan elementos del tipo penal objetivo la minoridad de las víctimas y la circunstancia de aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente y las consecuente facilidades que le otorgan al sujeto esta proximidad y la relación de confianza con el menor.

Al respecto es del caso destacar por resultar aplicable al caso que la jurisprudencia señaló en relación a la agravante del inc. b del art. 119, párrafo tercero del Código Penal que la razón de la calificante por el vínculo está dada exclusivamente por el hecho de que la relación parental facilite la tarea del autor (Cám. Nac. Crim, y Corr. Sala VI 282-2003 "Ledesma Vallejos").

Asimismo se ha dicho que el fundamento de la agravante en el caso del encargado de la guarda reside en la infracción de los deberes particulares inherentes al cargo del autor o las obligaciones que asumiera voluntariamente. Es decir, es la particular relación del agente con la víctima la que la ley ha tenido en cuenta para fundar la mayor punibilidad. Se ha dicho que el encargado de la guarda es aquel que, de modo regular, debe cuidar a una persona por convención u oficio o por una situación de hecho, atendiendo sus necesidades, aunque no conviva con ella, y se trate de un encargado que no se desempeñe con continuidad (Donna, Edgardo A., "Derecho Penal. Parte Especial", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 608 y 609).

Es del caso destacar que la agravante alcanza a quien actúa como jefe del hogar respecto de los hijos menores dado su condición encargado de la guarda, también llamado guardador. En la guarda se halla implícito el deber moral de asumir el amparo físico y moral del menor, que se entrega con la confianza de qué habrá de ser resguardado debidamente. El concepto de guardador no es jurídico, dado que sus deberes no son solamente legales sino también sociales o de hecho. Al tener el guardador el cuidado de la persona del menor con el que convive bajo el mismo techo, está obligado a cumplir con el deber de vigilarlo o ampararlo, y el que comete alguno de los delitos contra la integridad sexual, con su conducta está violando gravemente ese deber que lo obliga a velar moralmente por el menor, a favorecer la formación de su personalidad y, por tanto, a no atentar contra ella arrasando con su libertad.

Por ello es que no existe agravio, si según las constancias de la causa, la sentencia se funda en los principios de la sana crítica y en la libertad de apreciación de las pruebas del juzgador, la que deja de ser absoluta, cuando la conclusión a la

que arriba se aparta definitivamente del hecho que se probó, lo que no ocurre en el caso. _____

_____ Como lo enseña Florián: en verdad, la prueba física y material del resultado delictivo, en el cual consiste el delito, será preferible y tal vez la única que tranquiliza plenamente; más las exigencias prácticas de la justicia no permiten ir tan adelante, ni pretender establecerla siempre, inclusive porque a veces es imposible, razón por la cual debe aceptarse, como, por otra parte, se acepta ordinariamente, que el cuerpo del delito puede probarse también por medios indirectos ("De las pruebas penales", Temis, Bogotá, 1982, Tomo 1, pág. 422, traducción de Jorge Guerrero, tercera edición). _____

_____ Con arreglo a ello, hace muchos años, Mittermaier señaló que, la sentencia criminal no es más que el corolario del juicio sobre el punto de hecho, suponiendo de antemano el legislador, que este juicio emana de la convicción íntima del Juez, y de la certeza que ha adquirido sobre la verdad de los hechos cuya existencia sirve de base a la acusación ("Tratado de la prueba", Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1877, pág. 64, tercera edición de la traducción castellana)._____

_____ A su vez, Cafferata Nores, dice que: en el sistema de la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquellas según su leal saber y entender. A esta característica debe agregársele otra, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales; pero ello no significa en modo alguno la autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el buen sentido de racionalidad, connatural a todos los hombres ("La prueba en el proceso penal", Depalma, Bs. As., 1998, pág. 45). _____

_____ De la evaluación de los hechos surge que la conducta que corresponde atribuirle al causante: es la de abusar sexualmente con acceso carnal agravado por el vínculo de la víctima. Las conclusiones a las que se arriba en la sentencia recurrida en casación son sólidas, dado que en el caso como el que se dirimió la cuestión existe un examen psicológico y psiquiátrico profundo sobre la personalidad del agresor sexual, quedando concluida la investigación por un veredicto que posee congruencia en la decisión final, en el análisis entre el hecho denunciado y sus pruebas. _____

_____ No hace falta que el agresor sexual avance sobre zonas pudendas o alcance la impudicia, lo que debe ser relevante es si ese comportamiento puede dejarle secuelas o invalidar la inmunología psíquica de una menor, si esa conducta puede causarle una inversión en su sistema axiológico en formación, para según ello, tener por acreditado el delito. Sin duda, no habiéndose desvirtuado que el imputado abusó sexualmente de la menor, parecería hasta pueril absolverlo al imputado en virtud del principio "in dubio pro reo".__ _____

_____ En otro orden de cosas, debe recordarse, según lo sostuvo la psiquiatría forense, que las pasiones son estados afectivos intelectualizados e impregnados de sentimientos, de gran potencial afectivo, caracterizados por una persistencia que puede llegar a constituirse en permanencia. Ello trae aparejado que el individuo en tal estado le conceda una predominancia en su actividad psíquica dejando de lado toda cuestión ajena a su pasión, con lo cual la amplitud de su conciencia se verá focalizada únicamente en ella, limitándose por consiguiente su actividad, y quedando su conducta condicionada en concordancia con su estado pasional. _____

_____ Dentro de ese orden de ideas Riu y Tavella sostienen que: desde ya se producirá una canalización existencial unilateral del individuo con desatención a toda otra actividad ajena. Estos estados que no significan patología y que pueden ser experimentados por cualquier persona en determinados momentos de su vida, lo cual es bastante común, pueden llevar al individuo a un estado patológico cuando su pasión llega a la producción de ideas sobrevaloradoras de connotación anormal. Sobre todo que,

generalmente, en esos casos, dichas ideas presentan una extraordinaria firmeza y una muy difícil reductibilidad. A renglón seguido, los autores acotan: si bien en esos casos no puede hablarse de una sensible desviación del juicio, se hace evidente una marcada propensión conductal acorde al profundo convencimiento que dichas ideas llevan implícito, y la persona focalizará su existencia alrededor de ella con una reducción de las demás expectativas evolutivas psíquicas, pues toda su actividad mental se hallará impregnada del tono típico de la pasión subyugante ("Psiquiatría forense", Ledener Editores Asociados, Bs. As., 1987, págs. 285 y sgtes.). _____

_____ En efecto, cuando existe un predominio de las denominadas tendencias egoístas, los estados pasionales se polarizarán hacia el odio, el orgullo, la avaricia, la venganza, deseos sexuales abyectos, estados éstos conocidos genéricamente con la denominación de bajas pasiones; mientras que cuando el predominio sea ejercido por tendencias altruistas, los estados pasionales se expresarán por acciones filantrópicas, caritativas, piadosas o religiosas; cuando no, en los casos en los que predominen las pasiones impersonales se manifestarán como expresiones de la pasión científica o artística (Riu y Tavella, ibidem, pág. 286). __

_____ 3°) Que resulta importante destacar, que la Convención de los Derechos del Niño consagra expresamente el principio del interés superior del niño, al que define como la máxima satisfacción integral, simultánea de los derechos y garantías reconocido en el mencionado instrumento, disponiendo, además, que cuando exista conflicto entre los derechos e interés del niño frente a otro derecho e interés igualmente legítimo prevalecerán los primeros. Asimismo, a través, de numerosos artículos declara, en primer lugar, la condición del niño como sujeto de derecho, su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, su derecho a la dignidad y a la integridad personal, como así también coloca en cabeza del Estado una serie de obligaciones consistentes en adoptar las medidas que fuesen necesarias para proteger a los niños del abuso sexual, entre otros._____

_____ 4°) Que ésta Corte tiene dicho en numerosos precedentes (Tomo 119:269, 120:1, 133) que en nuestro sistema procesal rigen la libertad probatoria y la sana crítica racional. Ello implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descriptos por la ley y que, sean cuales fueren los que se arrimasen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme a las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directivas o tasación alguna. En consecuencia, le es dable al tribunal fundar su certeza a partir de aquellos elementos conducentes para el esclarecimiento de la verdad y nada impide que un pronunciamiento condenatorio se sustente con el testimonio de la víctima, siempre y cuando, ésta sea objeto de un riguroso análisis y se expongan los aspectos que determinarán que le sea asignada credibilidad.__ _____

_____ Por ello es que, cabe considerar debidamente aplicado el método de la sana crítica racional, si la atribución certera del hecho se efectúa a partir del análisis del testimonio de la víctima, cuyos dichos fueron pormenorizadamente evaluados, lo que ocurrió en el caso. _____

_____ Las reglas de la experiencia común que deben gobernar la apreciación de la prueba, indican que de ordinario la comparecencia ante la justicia para exponer un ataque a la libertad sexual, supone de parte de la víctima una situación traumática que, en principio, puede ser vencida a partir del impulso de que se haga justicia, de allí que quien pretenda que son otras las motivaciones con que se conduce quien se dice afectado por el hecho, debe ponerlas de manifiesto._____

_____ En el presente caso, el modo en que ocurrieron los hechos, fue derivado del relato de la víctima, quien manifestó que fue abusada sexualmente por el denunciado, señalando que el hecho tuvo lugar en la casa del acusado ubicada en calle Pasaje 24 B° Santa Ana, describiendo las prácticas sexuales a las que fue sometida, y resultando sus dichos corroborados con otros elementos de

convicción. Así, la denuncia de la madre de la víctima, Solange Gutiérrez de fs. 1/vta., ratificada a fs. 16 y vta. y fs. 156/157, es avalada por la declaración testimonial de E.A.Y en presencia de su madre de fs. 17/18 y fs. 402 vta./403, examen médico de la menor de fs. 4, informes socio-ambiental realizados en el domicilio de la víctima y en el del imputado de fs. 39/41 y 162/164 respectivamente, pericia psiquiatrita e informe psicológico de la víctima de fs. 42/43 y 53/54 respectivamente, informe psiquiátrico y psicológico realizado a la víctima en Hospital San Bernardo de fs. 46, pericia psiquiátrica e informe psicológico del imputado de fs. 147/vta. y 170/171 respectivamente, declaración testimonial del padre de la E.A.Y de fs. 105/vta., del Dr. Luis Ernesto Vilá de fs. 154/155 y 410/vta., de la Lic. Sandra Carola Latorre de fs. 158/159 y 407 vta./408, del Dr. Rubén Darío Danza de fs. 229 vta., de la Lic. Alicia María Aráoz Ovejero de fs. 230/231 y 405/406, de María del Carmen Maita de fs. 403/vta. y de la Lic. Graciela Remedios Suyo de fs. 408 vta./409, croquis ilustrativo e inspección ocular del lugar del hecho de fs. 167 y 172/vta. respectivamente, y actas de nacimiento del imputado de 205 y de E.A.Y. de fs. 209._____

_____ 5°) Que por otro lado es del caso recordar que la pena es la consecuencia jurídica del delito, y como tal, para su imposición debe ser la conclusión fundada en la certeza de que la culpabilidad de los causantes fue debidamente acreditada en la causa, pues sin certeza no es posible condenar, y menos aún, si no se evaluaron los motivos en los que se basa la sanción._____

_____ Conforme a ello, la motivación es la base del reproche de culpabilidad por el acto: el motivo funda un mayor o menor reproche en razón directa con la intensidad de la conducta ilícita. De allí es que el art. 41 del Código Penal proporciona las bases utilizables por el juez para fijar la pena en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias referidas a la conducta delictiva y las relativas a la personalidad del delincuente._____

_____ Sobre el particular, Hilda Marchiori dice que; la importancia del art. 41 deriva del hecho que, al no haber una pena fija para el delito cometido, tratándose de penas divisibles en razón de tiempo o cantidad, los jueces deben fijar la pena aplicable dentro del mínimo o del máximo legal, establecido en las respectivas escalas penales. Es evidente -continúa- que la determinación de la pena realizada por los jueces implica su individualización al delito y al delincuente de que se trata, es un procedimiento de adaptación de la pena legal al caso concreto (“Las circunstancias para la individualización de la pena”, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1983, pág. 8)._____

_____ La individualización judicial -dice García Valdez- es la elección de la pena concreta a imponer al reo que realiza el juez (“Teoría de la pena”, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 17). El principio de la culpa -dice Karl Larenz- señala que sólo se puede castigar donde hay un fundado reproche de culpabilidad y que la gravedad de la pena que debe corresponder a la gravedad de la culpa. Aquí entra en juego otro principio del derecho justo -señala el autor- que es el principio de proporcionalidad; la pena justa es la pena adecuada a la culpa (“Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica”, Civitas, Madrid, 1993, pág. 113, 1ra. reimpresión, traducción Luis Díez Picazo). _____

_____ 6°) Que de lo expuesto, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de C. R. Y a fs. 431/437, y en su mérito confirmar la sentencia de fs. 415 cuyos fundamentos obran a fs. 416/428 vta._____

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

_____**LA CORTE DE JUSTICIA**,_____

_____**RESUELVE:**_____

_____ I. **NO HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 431/437. _____

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

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