(Registro: Tomo 170: 869/900)

_____Salta, 30 de octubre de 2012._____

_____Y VISTOS: Estos autos caratulados **C/C C.V. – RECURSO DE CASACIÓN** (Expte. N° CJS 34.111/10), y _____

_____**CONSIDERANDO**: _____

_____Los Dres. **Guillermo Alberto Posadas** y **Sergio Fabián Vittar**, dijeron:_____

_____1º) Que a fs. 311/319, el Dr. Mario López Escotorín, en el ejercicio de la defensa de VC, interpone recurso de casación contra la sentencia de la Cámara en lo Criminal del Distrito Judicial Orán, obrante a fs. 285 y vta., cuyos fundamentos obran a fs. 286/307, que condena a su asistido a la pena de once años de prisión efectiva y costas, por encontrarlo autor material del delito de abuso sexual con acceso carnal, calificado por la guarda y la situación de convivencia preexistente (art. 119, cuarto párrafo, letras b) y f), en función del tercer párrafo, C.P.). _____

_____2º) Que a fs. 335/336 vta. esta Corte declaró formalmente admisible el recurso, disponiendo el trámite y otorgando la intervención que establece la ley, cumplido lo cual, los autos se encuentran ahora en estado de resolver. _____

_____3º) Que la defensa funda los agravios de la casación en los supuestos previstos en los incs. 1º, 2º y 3º del art. 466 del Código Procesal Penal (texto según Ley 6345 y modificatorias). En primer lugar sostiene la nulidad de todo lo actuado por entender que no se instó correctamente la acción penal, en función de lo dispuesto por los arts. 72 del C.P. y 169 del citado C.P.P., pues no medió denuncia de parte legitimada. Dice que R.N. de modo vehemente, preciso y reiterado manifestó que no quería denunciar. Sostiene que el ejercicio de la acción dependiente de instancia privada es intransferible, salvo supuestos de excepción que no se presentan en autos, no pudiendo suplirse la voluntad particular por el Estado. Por lo tanto –sostiene-, al no existir instancia generadora válida, deviene la invalidez del proceso que intenta apoyarse en una instancia ficta. _____

_____Destaca que el tribunal “a quo” se inclinó por tratar la conducta de C mediante la interpretación más perjudicial y gravosa, tratando los hechos fuera de los principios de interpretación restrictiva, mayor benignidad y prohibición de hacer extensiva la ley por analogía “in malam partem”. Añade que tampoco se atendió a las circunstancias personales y socio-culturales de los protagonistas del evento, y que el tribunal fue extremadamente parcial. Sostiene que los operadores judiciales, administrativos y pedagógicos que recibieron y trataron a R.N. responden a otro estrato socio-cultural y la recepción de sus manifestaciones fueron impregnadas de su diferente estrato y criterios ideológicos, específicamente en el discurso, la conducción de las entrevistas y la traducción de sus expresiones, las que estarían signadas por otros estándares de vida, conceptos, criterios y valoraciones._____

_____Cuestiona el impugnante la valoración que se hizo del plexo probatorio, aduciendo que el razonamiento del sentenciante padece de un núcleo rígido, apriorístico y punitivo, ya que desatiende los progresos jurídicos que se produjeron con la incorporación en la reforma constitucional de 1994 de los derechos humanos. _____

_____Entienden que se dan de modo más conveniente a la base fáctica y de conducta, las condiciones para subsumir el proceder de VC en el marco del art. 120, segundo párrafo, del Código Penal. Dice que la particular situación y condición de los protagonistas del presente juicio, específicamente lo expuesto ampliamente por R.N., lo llevan a inferir que ella brindó consentimiento, de similar modo como C confluyó a la intimidad sexual compartida, sumidos ambos en su marginación, ignorancia o errores habidos por sus realidades._____

_____Por último, sostiene que por la particular condición personal de C y por el hecho examinado, en el marco de los arts. 40 y 41 del C.P. la condena debe individualizarse satisfaciendo objetivamente los extremos de la norma, no pudiendo desatenderse el obrar de R.N. Afirma que la carencia de antecedentes penales, la personalidad del autor, su carencia de educación formal, costumbres, su marginación social, el comportamiento del sujeto pasivo, la conducta procesal, la ausencia de peligrosidad y las circunstancias especificadas de los hechos, hacen prever que C ha vivenciado profundamente la experiencia cautelar del "sub lite", infiriendo que capitalizó positivamente comportamientos y roles. En conclusión, solicita la pena mínima legalmente prevista.

_____4º) Que en su informe de fs. 344/346, la Sra. Asesora General de Incapaces sostiene que el caso de autos constituye un delito originado en un contexto de violencia intrafamiliar, que tiene como víctimas a los hijos de la Sra. N., producto del abuso sexual padecido por ella, siendo los menores testigos constantes de la violencia, lo que los convierte en objeto de maltrato infantil. En ese contexto, considera que los argumentos nulidicentes de la defensa son insuficientes, puesto que la negativa de la víctima en denunciar estuvo fundada en el temor por su vida y la de sus hijos y las consecuencias que la detención podía provocar en la economía del grupo familiar.

_____Entiende que por las circunstancias propias del caso, en el cual la víctima se encuentra sometida desde los catorce años de edad, con la complicidad de su madre y recluida en una finca rural, el requerimiento de instrucción de fs. 20/21 resulta suficiente, atento al anoticiamiento del delito producido por la denuncia efectuada por la Sra. M. ante el pedido de auxilio de N al transitar su tercer embarazo y estar amenazada de muerte. _____

_____5º) Que por su parte, el Sr. Fiscal ante la Corte Nº 2, en el informe que obra a fs. 351/353 afirma que las manifestaciones de no denunciar por parte de RN no son el resultante de una expresión libre de su voluntad; ello en función de la situación de desamparo y de extremas carencias económicas en que se encuentra junto a sus hijos, a lo que se suman las presiones psíquicas y emotivas, siendo entendible también su preocupación por sus medios hermanos. Considera que tales circunstancias obligan a realizar una exégesis teleológica y razonable del art. 72 del Código Penal con los principios y garantías reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, a favor del interés superior del niño, por lo que de esa forma entiende legítima la instancia de acción penal realizada en virtud de la denuncia de la Sra. M._____

_____En cuanto a la motivación del fallo, sostiene que el tribunal "a quo" ha establecido el valor conviccional de las pruebas en base a una elaboración plena y en correspondencia con la totalidad del material probatorio, incluyendo la adecuada ponderación de los dichos del acusado, quien reconoce haber tenido relaciones carnales con la víctima menor de edad. _____

_____6º) Que corresponde en primer lugar abordar el agravio referido a la nulidad de todo lo actuado por entender la defensa que no se ha instado debidamente la acción penal, al no haberse concretado formalmente una denuncia por parte de la víctima mayor de edad._____

_____En autos se ha considerado que RAN, aunque mayor de edad, se encontraba en una situación coyuntural y de riesgo (al igual que sus dos hijos menores de edad), por cuanto no sólo sufría abusos sexuales por parte de su padrastro VC, sino que era presa de otros maltratos físicos y psíquicos, con amenazas para que no se descubra lo que estaba padeciendo, a lo que se suma la circunstancia –no menos apremiante-

de que su victimario era el único sostén económico de la familia (compuesta por sus hijos, madre y medio-hermanos). Ante tales circunstancias, se entendió que no podía exigírsele “el cumplimiento de formas” (ver voto del Dr. Linares, fs. 302 vta.), interpretándose que a pesar de no querer radicar denuncia, no podía desconocerse que pedía ayuda desesperadamente, lo que exteriorizó voluntariamente y en forma personal a la maestra de uno de sus hijos, así como también lo hizo con las misivas a ella remitidas (ver fs. 2 y 3), donde la puso en conocimiento de todo lo ocurrido, demostrando que su negativa estaba basada en el temor que sentía por la reacción del imputado. Cabe resaltar que a lo largo del proceso nunca negó los hechos abusivos. Asimismo, en la audiencia de debate demostró que no quería que C quede preso, porque su madre y hermanos le reprochaban que estaban pasando hambre por su culpa, sostuvo que acudió a las docentes de su hijo para que le llamen la atención a su padrastro y sólo quería buscar una solución para salir de su casa, pero que no quería que lo encarcelen (ver fs. 259).

En definitiva, se procuró evitar que las mismas razones por las cuales el delito se mantuvo tantos años en silencio (coacción, maltrato físico, abuso de poder, dependencia económica) sean las que terminen garantizando su impunidad. No olvidemos que el obstáculo legal a la intervención estatal fue pensado para favorecer al particular damnificado, no para empeorar su condición imponiéndole formalidades cuando resulta evidente que se encuentra en una situación de vulnerabilidad. A ello se agrega el marco de violencia familiar en el que se encontraban inmersos los hijos de ARN, a través del cual vio luz por primera vez el problema principal, por lo que mediaban razones de interés público para la intervención estatal.

Sin perjuicio de lo dicho, no puede soslayarse que el fundamento del límite de la persecución penal pública en los delitos contra la integridad sexual, cuya acción depende de instancia privada, está dado por el respeto a la intimidad de la persona afectada, pretendiéndose con ello evitar las consecuencias del “strepitus fori”. Es decir que se deja en manos de la víctima y en uno de sus representantes legales, la valoración sobre la necesidad y conveniencia de juzgar la conducta delictiva, en función de que el proceso puede exponerla al público de forma tal que se vea doblemente afectada.

En función de esos parámetros es que esta Corte tiene dicho, en el precedente registrado en Tomo 95:917, que la aplicación de la sanción de nulidad que peticionan los recurrentes debe siempre hallarse vinculada a un interés concreto, pues no existe la posibilidad de invalidar lo actuado con el sólo fin de satisfacer formalidades legales, sino únicamente en función de la reparación de un gravamen específico, sufrido por algún sujeto procesal. De allí que sea necesario recordar que la exclusión de la acción de oficio atiende al interés en que el “strepitus fori” no agrave, al margen de la voluntad del ofendido o de quienes están facultados a instar, la lesión a la integridad sexual de aquél, causada por el delito; incluyéndose también la defensa de la intimidad o de la familia (Núñez, Ricardo C., “Manual de Derecho Penal. Parte general”, Lerner, 1975, págs. 237/238). Sobre el motivo determinante de la ley en las acciones dependientes de instancia privada se ha dicho que se pretende, en beneficio del ofendido, evitar el escándalo que suma a la ofensa del delito su publicidad y que si el proceso se ha ventilado, ya ha trascendido lo que puede evitar una decisión contraria y declarar nulo el pronunciamiento sólo provocaría la impunidad y en manera alguna beneficiaría al interesado (cfr. Tribunal Superior de Córdoba, 10/05/63, Nº 7, en B.J.C., T. VII, pág. 166).

7º) Que en lo que hace a la cuestión de fondo, se advierte que los extremos fácticos del delito por el cual fue acusado y poste-

riormente condenado VC fueron debidamente constatados por el tribunal de juicio. La sentencia se asienta así en suficientes elementos de convicción, en virtud de los cuales se llevó a cabo una racional y pormenorizada reconstrucción de los hechos para arribar al juicio condenatorio.

Por otro lado, los agravios de la defensa sólo revelan disconformidad con la interpretación de cuestiones de hecho dilucidadas en el fallo, del que no resulta suficiente un cuestionamiento genérico y dogmático como el que hace, sin consideraciones que alcancen a sustentar la viabilidad de la impugnación, en razón de que no logra rebatir las conclusiones que formaron la convicción del juzgador, y no ha demostrado que el pronunciamiento contenga, en estos aspectos, defectos de fundamentación o de razonamiento. Además, realiza un análisis parcial de la prueba de la que disponía el tribunal para fallar en el caso concreto.

En efecto, no puede descartarse la figura de abuso sexual con penetración para sostener la de estupro (art. 120 del C.P.), como lo hace el recurrente, atendiendo solamente a los dichos del imputado y a la versión dada por la víctima en la audiencia de debate, donde minimiza los hechos y pretende darle connotaciones distintas, contradiciéndose además con lo expuesto en anteriores declaraciones.

La falta de consentimiento en las relaciones sexuales ha sido reiteradamente afirmada por RAN. en sus declaraciones de fs. 24/25 y 90/91 (incorporadas por lectura al debate), lo que concuerda con el relato de los testigos MAS (fs. 243 vta.), EG (fs. 245), FT(fs. 246) y AVM(fs. 258), quienes vivenciaron el lamentable estado emocional en que se encontraba la víctima y a quienes ella puso en conocimiento los mismos hechos que luego describiera en sede instructoria. Al mismo tiempo, fueron estas personas las que actuaron originariamente movidas por la violencia familiar denunciada por los hijos de N. A todo ello, deben sumarse las cartas agregadas a fs. 2 y 3, que fueron reconocidas por su autora (ver fs. 261), las que no dejan lugar a dudas sobre la ausencia de consentimiento.

Además, aun cuando en la audiencia de debate haya modificado parcialmente su relato, dicho testimonio es contradictorio, puesto que luego de afirmar que nunca se negó a mantener relaciones sexuales con el imputado, sostuvo que C no le pegaba pero suponía que lo haría si no iba a su pieza para concretar el acto sexual; que le pidió ayuda a una tía para que él no siga con eso, puesto que no quería continuar con la relación, pero tampoco quería que lo lleven preso, a pesar de haber mantenido relaciones hasta el día anterior de su detención (ver fs. 260 vta.); también sostuvo que pidió ayuda para que lo “reprendan”, para que “la deje hacer su vida” (ver fs. 261). En dicho acto evidenció, además, su dependencia económica con el encartado al sostener que “él le dio pan y comida, desde que C está preso no tiene nada...” y que “le interesa que C esté libre, trabaje y mantenga a todos sus hijos” (fs. 259).

Por otro lado, SS, a quien ella le atribuyó haberla influenciado para perjudicar a VC, desmintió todo lo dicho por N, incluso sostuvo que nunca fueron vecinos. Todo ello le quita valor probatorio a la declaración prestada en el plenario.

Por último, un importante aporte para acreditar el extremo fáctico puesto en crisis por el recurrente lo dio el informe psicológico de fs. 119/120 vta., agregado al debate como prueba documental. Del examen practicado se pudo constatar que RAN se representa al padrastro como “una figura autoritaria, patriarcal y violenta, que ejerce poder sobre el grupo familiar”; además se denotó sumisión, “basada en el temor a las agresiones físicas por parte de éste, en el amor de padre incondicional y el respeto”; “figura materna disfuncional ya que no cumple con la función de protección”; “desde el plano sexual manifiesta

ansiedad y angustia marcada, posiblemente ante las situaciones vividas como agresivas y con intensa presión, por parte del padrastro"; entre otros indicadores que ponen de manifiesto la situación de abuso sexual sufrida.

8º) Que entre las modalidades comisivas del ilícito en cuestión, se encuentra la del abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder (primer párrafo del art. 119 del C.P., al que remite el tercero). Se ha explicado que "las relaciones a que se refiere la ley comprende todas las situaciones en las que una de las personas está colocada en un plano de superioridad frente a otra que le está subordinada o le debe obediencia, tanto en el ámbito público como privado" (Reinaldi, Víctor F., "Los delitos sexuales en el Código Penal argentino", Lerner, Córdoba, 2º edición, 2005, pág. 75).

Ello significa que para forzar a la víctima y poder someterla sexualmente no es necesario que el autor ejerza violencia física, también se configura el delito –como en el caso de autos- por el quebrantamiento de la voluntad a través de medios coactivos, los que pueden consistir en infundirle temor al anunciarle un mal concreto si no satisface sus deseos o -de acuerdo a las modalidades reseñadas en el párrafo anterior- en el aprovechamiento de una relación fáctica de poder, en la que la víctima depende y es controlada por el sujeto activo, ya sea por su ubicación preeminente en el ámbito familiar, o por la sujeción económica en la que se encuentra, lo que se agrava cuando las prácticas son iniciadas desde temprana edad, cuando las defensas son muy bajas todavía y es menor la comprensión del daño infundido; luego, la vergüenza del incesto termina de anular las posibilidades de pedir auxilio. Ante esas circunstancias, el autor genera un estado de sometimiento en su víctima, logrando que en los actos sucesivos sea más fácil accederla carnalmente.

La continuidad en dicho estado de sumisión no debe confundirse con consentimiento. Además, la oposición de la víctima no requiere de actitudes heroicas. No se pretende resistencias de tal grado que le causen daños físicos o perjuicio a sus seres queridos (cfr. Sup. Corte de Bs. As., 5-X-943. Rep. La Ley, Tomo V, pág. 1233; "no es necesario que el autor apele al ataque brutal, ni que la víctima llegue a la resistencia heroica"; también así: Sup. Corte de Bs. As. 22-X-948, La Ley, Tomo 53, pág. 112; basta "la coacción física y moral de intensidad suficiente para quebrantar la resistencia que razonablemente podía oponer una menor de 14 años que se encontraba aislada de todo posible auxilio"). Ha explicado con claridad la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional que "el Código Penal, al introducir en el inc. 3º del artículo 119 la palabra intimidación, está demostrando que no pretende de los sujetos pasivos de este delito resistencias de grado tal que causen un daño físico, sino que por el contrario, acepta que una mujer con el fin de conservar su integridad física decline de su libertad sexual y admita que un hombre la posea de hecho" (Sala I, 26/2/80, "SLM. y otros", J. A. 980-II-309).

9º) Que por último, cabe hacer una breve referencia al agravio según el cual el tribunal de juicio no habría considerado, al valorar la prueba, los extremos personales y socio-culturales en los que se encuentran inmersos los protagonistas del evento que fue objeto de este proceso.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en autos no se ha demostrado, ni surge de los informes psicológico y socio ambiental referidos por la defensa, que el imputado carezca de facultades o de conciencia suficiente como para desconocer la criminalidad de sus actos (art. 34 inc. 1º del C.P.). Por otro lado, el grado de alfabetización, costumbres e historia de vida de C, no pueden servir como justificativo de sus conductas al margen de la ley, como que no son válidos los argumentos esgrimidos por la defensa, puesto que pretende que se

considere su educación particular para sostener que en él es normal exigirle a las hijas menores de edad de su concubina que satisfagan sus deseos sexuales. _____

_____Tampoco puede sostenerse que por esas características de su personalidad y las de RAN, debe encuadrarse el hecho en la figura del estupro (art. 120, C.P.) –tal como se sugiere en los agravios-, puesto que se ha demostrado la falta de consentimiento de parte de ésta._

_____Es decir, las circunstancias de tener escasa instrucción, de haberse criado en el ámbito rural, de haber padecido carencias afectivas y precariedad de recursos, la falta de referentes de autoridad y protección, pueden ser elementos válidos para disminuir el grado de reproche penal (cfr. arts. 40 y 41 del C.P.), pero no son aptos para excluir por sí mismos la culpabilidad. _____

_____De hecho, expresamente se hace referencia en la sentencia al nivel socio-cultural constatado por el informe socio ambiental agregado a fs. 100/101 vta. como uno de los elementos de juicio que se ponderaron al momento de fijar la pena (ver fs. 302), apreciándose que fueron bien considerados los elementos que favorecen el menor reproche del imputado, en razón de que el monto individualizado en once años de prisión efectiva es bastante cercano al mínimo legal previsto, si tenemos en cuenta que las posibilidades oscilaban entre ocho y veinte años. Por lo que la penalidad impuesta resulta proporcional y acorde a las constancias de la causa y se compadecen en un todo con la concreta culpabilidad y peligrosidad del acusado, de conformidad a los parámetros establecidos en el art. 41 del C.P. y lo precisado por esta Corte en el precedente de Tomo 127:589. _____

_____10) Que por todo lo dicho, corresponde rechazar el recurso interpuesto por la defensa y confirmar la sentencia condenatoria impuesta a VC._____

_____Los Dres. **Guillermo Alberto Catalano, Guillermo Félix Díaz** y **Gustavo Adolfo Ferraris,** dijeron: _____

_____Adherimos al voto que antecede, por los siguientes motivos:_

_____1º) Que de las circunstancias de comisión del hecho investigado surge que el acusado era guardador de la menor víctima, que convivían y que, en su calidad de concubino, merced a ciertos episodios de violencia y a la dependencia económica del grupo familiar, ejercía autoridad sobre su madre, a punto de influenciar su decisión de no denunciar. Tales cuestiones, incluso, dieron lugar a la aplicación de los calificantes previstos en el art. 119 inc. b) y f) del C.P. y, en lo que aquí interesa, autorizaban a la persecución de oficio del delito contra la integridad sexual. _____

_____En efecto, el art. 72 del C.P. establece específicas excepciones con validez general a la instancia privada que, en conjunto, protegen el interés de la víctima y evitan la impunidad en plena concordancia al principio de legalidad. Particularmente, en su penúltimo párrafo “in fine” se autoriza la persecución de oficio cuando el delito fuera cometido por uno de sus ascendientes, tutores o –como ocurrió en el caso- por el guardador de la víctima menor de edad, en tanto no cabe supeditar la justicia a la determinación de quienes, justamente, ante el movimiento de los órganos estatales, resultarían individualmente perjudicados en su situación ante la ley penal (cfr. Núñez, Ricardo C., “Las Disposiciones Generales del Código Penal”, Ed. Lerner, Córdoba 1988, pág. 321; Fontán Balestra, Carlos, “Tratado de Derecho Penal”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, Tomo III, págs. 471 y sgtes). La sustanciación del proceso, entonces, es plenamente válida._____

_____2º) Que por otro lado, la construcción racional del fallo, tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos, resultan plenamente ajustados a derecho, parten de las reglas de la sana crítica racional y contienen una correcta adecuación a las normas del Código Penal, que alcanza a la calificación de la conducta, a la imposición de los agravantes y

a la individualización de la pena. _____
_____Ello es así porque, la concurrencia de los elementos del art. 119, tercer y cuarto párrafo incs. b) y f) del C.P. se encuentran demostrados, fundamentalmente, por el relato de la víctima, la declaración del acusado, los informes psicológicos y demás prueba legítimamente incorporada al debate. _____
_____Asimismo, la demostrada coacción que ejercía el acusado implica violencia y, por tanto, su conducta realiza el núcleo del tipo penal en cuestión, pues excluye la libertad de la víctima, en la especie, para prestar consentimiento al acto sexual (esta Corte, Tomo 129:25). _____
_____4º) Que por lo demás, la individualización de la pena impuesta cumple con las exigencias procesales y se sustenta en una adecuada aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P. de acuerdo a la doctrina desarrollada por esta Corte en su precedente de Tomo 127:589, puesto que los once años de prisión –dentro de la escala penal agravada- resultan acorde a la concreta culpabilidad y peligrosidad del acusado. _____
_____5º) Que en consecuencia, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 311/319. _____
_____El Dr. **Abel Cornejo,** dijo:_____
_____1º) Que por razones de brevedad doy por reproducida la reseña de los hechos efectuada en los considerandos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del voto de los distinguidos Sres. Jueces preopinantes como así también comparto la solución jurídica a la que arribaron no obstante lo cual estimo oportuno esgrimir mis propios fundamentos, los que paso a exponer._____
_____2º) Que antes que nada, resulta oportuno recordar que si bien es cierto que para que pueda instaurarse la pretensión punitiva y para que, si ésta tiene fundamentos, se dicte la sentencia, es necesario que, previamente, se lleven a cabo una serie de actos formalmente previstos por la ley procesal, todo lo cual constituye el proceso penal, ahora bien para que éste se inicie y válidamente se desarrolle, es preciso el acto de instancia que se denomina acción la que no necesariamente se identifica con la pretensión punitiva sino que aparece como un requerimiento investigativo en torno a una determinada situación fáctica, que corresponde a la hipótesis descripta a la figura penal de la que se trate. _____
_____En tal sentido en la medida en que el carácter determinate de la acción es el dinamismo, esto es, la facultad de ponerla en funcionamiento, de lo que se trata es de determinar quién, cómo, y en qué condiciones se encuentra legitimado para promover la actuación penal. _____
_____Ahora bien, el art. 71 del C.P. dispone expresamente que las acciones penales deben iniciarse de oficio con excepción de las que dependieran de instancia privada y la acciones privadas; por su parte el art. 72 establece que son acciones de instancias privadas las que nacen, entre otros, de los delitos del art. 119 y agrega que en estos casos sólo se formará causa por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus descendientes, tutor o guardador y concluye el art. sosteniendo que en los casos en que existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior del niño.__
_____De las constancias de autos se desprende que el hecho se cometió cuando la víctima era menor de edad (14 años)y por quien revestían el carácter de guardador respecto de aquella (concubino de la madre), hechos de los cuales tenía conocimiento su progenitora; que los

ilícitos se cometieron dentro de un contexto de violencia intrafamiliar, lo que produjo la constante negativa por parte de la víctima para efectuar la denuncia, toda vez que temía por su vida, por su integridad física y la de sus hijos, y porque además la subsistencia económica de ello dependía del acusado, por todo ello y a fin de cumplir con el fin tuitivo del art. 72 de proteger a las víctima y no de amparar a los autores es que resulta válida la persecución de oficio por parte del Ministerio Fiscal a partir de la toma de conocimiento del hecho a través de la denuncia efectuada por la maestra M. _____

_____2º) Que por lo demás debe señalarse que, en los delitos contra la integridad sexual, cuando la víctima es un menor de edad, normalmente existen serias dificultades para desentrañar lo verdaderamente ocurrido, pues es una característica de los ofensores 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 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 de un menor 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, dejándole 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. _____

_____La misma idea es la que guía el problema de los menores de 13 años, en este caso la protección es el ámbito de libertad, a lo que se agrega el problema de la inmadurez sexual de la víctima. Por eso en segundo lugar, además de la violación a la autonomía de la libertad, especializada en el ámbito sexual, se puede afirmar que también está en juego la intangibilidad sexual o de indemnidad sexual. La doctrina ha afirmado que se trata de una invasión o el ataque de tal derecho mediante acciones violentas o abusivas que avasallan la libre e íntima

decisión por parte del autor. Ello significa que el violador abusa o aprovecha la circunstancia o calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente su consentimiento, o bien que con violencia lo elimina, reemplazado así la voluntad de la víctima –efectiva o presumida por ley- por la suya (Donna, Edgardo A., "Derecho Penal, Parte Especial", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 567/569). _____

_____Conforme a ello, se ha dicho con acierto que: en el supuesto contemplado por el art. 119, párrafo 3º 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., 15-3-06, J.A. 2006-I-433). _____

_____Por lo demás es del caso destacar por resultar aplicable al caso que la jurisprudencia señaló en relación a la agravante del inciso b) del art. 119 del Código Penal no requiere de la convivencia de las personas, sino que es compatible con la solución de continuidad y con relaciones de más corta duración. La razón de la calificante por el vínculo en la nueva ley está dada exclusivamente por el hecho de la relación parental facilite la tarea del autor (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala VI 28-2-2003 "LV"). _____

_____Sobre el particular, no debe pasarse por alto, que en los últimos tiempos se reclama con insistencia, incluso en proyectos legislativos, la rebaja de imputabilidad en la edad de los menores, conforme la madurez que se observa desde la edad temprana, lo cual se contrapone con el criterio de subirla en los delitos contra la integridad sexual, como si al mismo tiempo alcanzara la madurez para comprender y dirigir a edad más temprana, y se llevara a una edad más alta el reconocimiento de la capacidad para decidir con comprensión acerca de la disposición sexual del cuerpo. _____

_____Por ello es que no existe agravio constitucional suficiente, 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 ocurre en el presente 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 pretende 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).

En la evaluación de los hechos que fueron objeto de examen por el juzgador, se desvirtuó la conducta que se le atribuye al causante: abusar sexualmente mediante acceso carnal de la menor. 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 era inexorable no sólo un examen psicológico profundo sobre la personalidad del agresor sexual y de la menor, sino también un examen médico, lo que sí ocurrió en el caso conforme las constancias obrantes en autos; de allí que se comprende que se haya arribado a una conclusión categórica, cuando la investigación quedó concluida por un veredicto que posee congruencia en la decisión final, en el análisis entre el hecho denunciado y sus pruebas; en especial de las distintas declaraciones de la víctima efectuadas en la comisaría, en la etapa de instrucción, en el informe psicológico psiquiátrico, en el informe médico y en la audiencia de debate, las cuales fueron coincidentes y contundentes, donde admitió haber sido víctima de la conducta depravada. Tratándose de un menor, lo esencial para no vulnerar el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; es no adoptar criterios ceñidos en conceptos estancos, porque lo esencial es tutelar la integridad física y moral de un menor, no evaluar si el proceder depravado del que fue objeto tendía a satisfacer o no la libido del agresor sexual.

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 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)._____

_____7º) Que finalmente es del caso señalar, 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 reconocidos 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. _____

_____En igual sentido debe tenerse en cuenta la importancia de la protección integral de los menores de edad y su inclusión en los textos constitucionales, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3º, 4º y 27), debiendo destacarse lo dispuesto en el art. 3º inc. 1º de la referida Convención que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. _____

_____

_____En efecto el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derecho, en este caso se identifican. _____

_____Por su parte la jurisprudencia tiene dicho que "el interés superior del niño" aludido en el art. 3º de la Convención sobre sus derechos, tiende a dos finalidades básicas que son la de ser pauta de decisión de un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional para protegerlo. Se trata de un parámetro objetivo para la resolución de conflictos entre un menor y un adulto, debiendo definirse la antinomia por lo que resulte de mayor beneficio para el menor. En controversia el interés del niño y el del adulto, de esta manera se prioriza el de aquél (CNCiv., sala H, 30-6-95, cit. por Dutto, en ob. cit., entonces inédito, y Derecho de Familia 11-173)._____

_____El niño tiene derecho a una especial protección y, considerando sus derechos, que la tutela de los mismos debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial. "De modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda ocurrir en cada caso y, por lo tanto, toda decisión sobre el tema, debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección" (CNCiv, sala A, 28-5-96, D.J. 1997-I-228, cit. D´Antonio, ob. aquí cit. texto y nota 22, pág. 48). _____

_____8º) Que es del caso destacar que sobre el particular, 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. En tal sentido, ésta Corte tiene dicho que las reglas de la sana crítica reclaman que las manifestaciones contradictorias de un testigo sean analizadas para determinar cuáles de ellas son relevantes para el esclarecimiento de la verdad, ya que tales contradicciones no permiten sin más, que la declaración de la víctima, prueba de capital importancia, sea dejada de lado (Tomo 121:351)._____

_____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 se derivan principalmente del aporte testimonial de la víctima fs. 5, 18, 24, 90 y 258 vta. quien manifestó haber sido abusada sexualmente por el imputado señalado que los hechos tuvieron lugar en el monte cerca de la finca x en oportunidad en que la menor tenía la edad de catorce años cuando se iba a trabajar en horas de la mañana describiendo además de las prácticas sexuales a las que fue sometida mediante, y resultando sus dichos, los cuales fueron coincidentes y mantenidos a lo largo de proceso, corroborados con los informes psicológico y psiquiátrico del imputado de fs. 72 y 118, psicológico de la víctima de fs. 119, socio-ambiental de fs. 100, con las declaraciones de las testigos M de fs. 26 y 258, G de fs. 102/103 vta. y 245, por lo que en el caso de autos quedó debidamente acreditado con el grado de certeza necesario las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se llevaron a cabo los ilícitos por parte del imputado. _____

_____9º) Que no puede perderse de vista que la sentencia es la decisión del juez que agota la relación procesal o una fase de ella, que por lo demás debe ser autosuficiente, y bastarse a sí misma mediante su lógica interna, de modo que si se arriba a un pronunciamiento absolutorio carente de motivación debe prosperar la casación interpuesta, debido a que evidentemente hubo una inobservancia normativa; conforme a ello Clariá Olmedo dice que: la sentencia estará afectada por falta de motivación en grado de nulidad cuando los fundamentos sean insuficientes o contradictorios, de manera tal que no alcancen el mínimo necesario como para justificar la decisión (“Derecho Procesal”, Depalma, Bs. As., 1983, Tomo II, pág. 236), lo que no ocurre en el caso. _____

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

_____1º) Que adhiero al voto de los señores Jueces preopinantes pero

considero oportuno agregar lo siguiente. _____
_____2º) Que 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 ejercer violencia sobre las mujeres, a fin de garantizarlas en el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales._____
_____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 aquéllas que son abusadas sexualmente, por alguien que pertenece a su entorno familiar razón por la cual se encuentran en una posición de dominación-sometimiento. La mujer víctima de violencia se siente "entrampada" en su relación sin poder tomar decisiones que pongan fin a su injusta situación de sometimiento. _____
_____3º) Que la Convención de Belem do Pará (año 1994) incorporada a nuestra legislación por ley 26485 define en su art. 1º 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". A su vez el art. 2º prescribe: "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual...". _____
_____4º) Que la ley 26485, por su parte, define la violencia de género en forma más amplia en su art. 4º: "Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal". _____
_____En el art. 5º se determinan las características de estos tipos de violencia. Al referirse a la violencia sexual se describe: "cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres". _____
_____5º) Que el caso en examen encuadra en lo antes reseñado por lo que considero, a más de lo expuesto por los vocales preopinantes que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto. _____
_____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. 311/319._____
_____II. MANDAR que se registre, notifique y, oportunamente, bajen los autos._____

(Fdo.: Dres. Guillermo A. Posadas -Presidente- Guillermo A. Catalano, Guillermo Félix Díaz, Abel Cornejo, Gustavo A. Ferraris, Susana G. Kauffman de Martinelli y Sergio Fabián Vittar -Jueces de Corte-. Ante mí: Dr. Gerardo J. H. Sosa –Secretario de Corte de Actuación-).