(Tomo 187: 901/928)

_____ Salta, 6 de mayo de 2014. _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados **"C/C P.E.A.– RECURSO DE CASACIÓN"** (Expte. Nº CJS 34.558/11), y_____

_____**CONSIDERANDO**:_____

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

_____ 1º) Que a fs. 282/288, el Dr. Néstor Holver Martínez, ejerciendo la defensa técnica del imputado A.E.P, interpone recurso de casación contra la resolución de la ex Cámara Cuarta en lo Criminal de fs. 264 vta., cuyos fundamentos obran a fs. 266/ 280, que condena a su defendido a la pena de ocho años de prisión efectiva, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante para la víctima agravado por la convivencia. _____

_____ 2º) Que a fs. 308/309 vta., esta Corte declaró formalmente admisible el recurso, otorgando luego a las partes la intervención que prescriben los arts. 474 y sgtes. del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias), por lo que los autos se encuentran en estado de resolver. _____

_____ 3º) Que el agraviado deduce el presente recurso al entender que existe, en la resolución que ataca, una errónea aplicación de la ley sustantiva e inobservancia de las pautas de razonabilidad en la formación de la convicción toda vez que considera que para la fundamentación del fallo se ha practicado un análisis parcial y contradictorio de los elementos colectados y se ha desvirtuado la crítica objetiva realizada a los informes periciales en los cuales se sustenta, también, el veredicto. _____

_____ Expresa que se ha sostenido con grave error conceptual que ciertas circunstancias impugnativas no han sido expresadas en tiempo y forma, habiendo operado la caducidad para realizarla, lo que resulta llamativamente improcedente._____

_____ Agrega que la presente causa se desencadena el día 21 de abril de 2009, cuando P. y A. habían inhalado pegamento, sustancia tóxica que genera exacerbación en el estado de ánimo y realiza vivencias alucinógenas. En dichas circunstancias, L. le exigió a P. que justifique su conducta, la cuál manifestó que se reunía con amigos y se drogaba día por medio, lo que conllevó a que L. se anticipara a los hechos y al consultar sobre las conductas de los adolescentes en internet, calculara que los problemas de decaimiento de su hermana podrían tener razón de ser en una situación de abuso, de la que paradójicamente no sospechó nunca. __

_____ En este sentido, la defensa manifiesta que el problema grave de consumo de drogas conduce a lo que la doctrina especializada denomina como relato de abusos de niños que no sucedieron. En este aspecto, citando doctrina, indica que existe un real y profundo desconcierto reinante por la serie de casos que llegaban con denuncias de abuso sexual que luego se comprobaba que no habían sucedido. Expresa que los profesionales atribuyen tan inusual aumento de falsas alegaciones a que el abuso sexual antes era un secreto del cual la sociedad no hablaba, pero que en los últimos

tiempos se ha tornado un tema corriente en los medios masivos de comunicación y que la acusación del abuso sexual es utilizada para descalificar moralmente a alguien y sacarlo del medio en disputas por tenencia, régimen de visitas, alimentos y venganzas diversas, circunstancias que encuadran en estos autos, toda vez que en dicho inmueble residían dos familias disgregadas en las que hubo un desgaste en las relaciones que se repetía a diario, existiendo incompatibilidad edilicia y de convivencia, por lo que no se habla o sostiene la hipótesis de un complot, sino de una reacción de una niña de trece años que tenía malas amistades y hábitos insalubres.

_____ Concluye diciendo que no existe otro elemento de prueba que las declaraciones prestadas por la menor dado que las restantes son periféricas y de concepto, mientras que los informes psicológicos carecen de entidad probatoria alguna, tal como lo expresó en sus alegatos y conforme lo desarrollará en la etapa procesal oportuna, por lo que entiende que el estado inicial de sospecha y probabilidad han avanzado de un modo injustificado e improcedente sobre el estado de certeza que se requiere para dictar un veredicto condenatorio. _____

_____ 4°) Que a fs. 314/317 vta., la Asesora General de Incapaces, expresa en su informe final, que claramente se ha logrado acreditar con el grado de certeza necesario para el dictado de una sentencia condenatoria, la conducta atribuida a A.E.P, sin que los argumentos recursivos resulten suficientes para conmover la decisión del tribunal; por lo que solicita el rechazo del recurso impetrado. _____

_____ 5º) Que a fs. 318/320, el Sr. Fiscal ante la Corte Nº 2 expresa que la sentencia recurrida se encuentra fundada en una motivación legal, elaborada con arraigo en la prueba producida y correctamente valorada en su totalidad con apego a un recto pensar, observando el derecho de fondo y aplicando una correcta adecuación con los hechos acreditados; por lo que considera que no debe proceder el recurso de casación articulado por la defensa técnica. _____

_____ 6º) Que el tribunal “a quo” tuvo por probado que el imputado A.E.P, aprovechando la situación de convivencia con la menor, concretó hechos depravados y ultrajantes sobre la víctima, consistentes en manoseos en su zona genital y demás partes del cuerpo como así también la práctica de sexo oral –“fellatio in ore”-, sucesos que comenzaron cuando la niña tenía cinco años de edad y que continuaron hasta su adolescencia, llevándose a cabo en el domicilio donde residían tanto la familia de la víctima como la del imputado. _____

_____ 7º) Que resulta necesario recalcar las dificultades probatorias que presentan los delitos contra la integridad sexual, de ordinario cometidos en clandestinidad y respecto a los cuales, generalmente, sólo se cuenta con el testimonio de la víctima y la declaración del acusado; máxime cuando, como en el presente, la víctima es menor de edad. _____

_____ Por esas razones, en delitos como los investigados, adquiere plena actualidad aquella premisa según la cual, en base a la sana crítica racional, la espontánea declaración de la víctima es un

elemento incriminante de alto valor en la formación de convicción, siempre y cuando sea tenido por coherente y sincero en el marco de la apreciación directa que brinda el debate y se hayan expuesto los aspectos que determinaron su credibilidad (esta Corte, Tomo 104:321; 122:583; 170:191). _____

_____ En el presente caso, surge que el tribunal “a quo” hizo una valoración de cada una de las pruebas aportadas al debate, tanto las de cargo como descargo. En ese proceso podemos apreciar los motivos que condujeron a los sentenciantes a sostener la credibilidad del relato de la niña (v. fs. 276 y vta.), no sólo en función del principio de inmediación, sino también conforme a las reglas de la sana crítica y/o libre convicción, expresando que, tanto la declaración informativa realizada por la menor en los distintos estadios procesales, fundamentalmente el prestado en cámara Gesell y en la audiencia de vista de causa, resultaron convincentes y en los cuales aportó detalles relevantes de cómo fue sometida a manoseos en la zona de los senos, vagina, besos en la boca y hasta introducirle el pene en la boca, entre otros actos lesivos. _____

_____ En efecto, de las declaraciones vertidas por la menor resulta claro el relato de los hechos abusivos efectuados por el imputado, quien incluso llegó a ofrecerle dinero a cambio y amenazarla con echar a su familia de la casa si contaba a alguien lo sucedido, recordándole que el imputado y su familia eran los dueños de la vivienda. _____

_____ Por otra parte, analizaron las declaraciones testimoniales recibidas a las hermanas menores de la víctima, de las cuales resultan que fue a L. P. a quien cuenta primero lo que le venía sucediendo, siendo su relato coincidente con el de la víctima sin que surjan contradicciones entre ellas. Sumado a ello, el aporte de Erminda Herrera –madre de la menor-, quien aporta a la causa el relato que la niña les hizo sobre los hechos bajo examen, como así también las declaraciones testimoniales de descargo de Pérez, Valdivieso y Cáceres, vecinos y amigos que refieren un buen concepto sobre la persona de Peña, como así también el aporte testimonial de Lauro Peña –hijo del imputado- quien descree de lo dicho por la víctima atribuyendo la denuncia a la intención de sacarlos de la casa donde viven. _____

_____ También fueron ponderados los informes psicológicos practicados en autos, uno de ellos el realizado a fs. 70/71 sobre la menor, del cual la profesional a cargo ratificara en la audiencia de debate y que da cuenta de los abusos sufridos, los cuales se dan por probables, sosteniendo que difícilmente la víctima podría relatarlos si no los hubiera vivido y padecido, advirtiendo que quedaron secuelas de dicho accionar y solicitando, en consecuencia, urgente tratamiento psicológico. También se valoró el informe psiquiátrico y psicológico –fs. 51 y vta y 65/65- practicado sobre el imputado, que da cuenta de la comprensión de sus actos y de un funcionamiento sexual que se caracteriza por ser agresivo, dañino y proclive a satisfacer sus pulsiones con aquellos que son más vulnerables, frágiles y que no tienen capacidad de defenderse, situando al hombre en un lugar

privilegiado y percibiendo a la mujer de manera ambivalente con fortaleza y cierta frialdad afectiva por un lado y, por otro lado, con connotaciones de desvalorización, sumisión, como un objeto que puede ser manipulado de acuerdo al antojo de otros._____

_____ En relación a los argumentos esgrimidos por la defensa, resulta adecuada la valoración de los sentenciantes respecto a la declaración del imputado, toda vez que tal como lo sostuvo el tribunal "a quo", no resulta creíble el hecho de pretender hacer creer que era la menor la que le pedía tener sexo oral y lo inducía a mantener relaciones sexuales, ya que de haber sido cierto hubiera correspondido al menos, que comunicara a su hermano –padre de la víctima- la actitud de la menor. Tampoco resultan suficientes las alegaciones vertidas por la defensa respecto a que el consumo de drogas conduce a lo que la doctrina especializada denomina como relato de abusos de niños que no sucedieron, ni las circunstancias impugnativas de los informes periciales, por no haberse adjuntado los tests realizados considerándolos carentes de entidad probatoria al no poder ser cotejados por otro perito, ya que ellos constituyeron sólo un elemento a considerar dentro del plexo probatorio evaluado por los sentenciantes._____

_____ En consecuencia, conforme lo expuesto, el tribunal "a quo" examinó cada uno de los elementos probatorios, dando fundamentos concretos sobre la valoración que le otorgó a cada uno de ellos, y de su análisis en conjunto lograr la convicción requerida para tener por acreditados los hechos denunciados._____

_____ 8º) Que respecto a la calificación legal atribuida a los hechos, esta Corte ha puntualizado en su precedente de Tomo 131:1189 que el carácter gravemente ultrajante resulta de la prolongación o la naturaleza objetiva de los actos sexuales desarrollados por el agente; así, se ha dicho que éstos poseen una desproporción con el tipo básico, y que producen en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí (cfr. Donna, Edgardo Alberto, "Delitos contra la integridad sexual", Ed. Rubinzal–Culzoni, pág. 46)._____

_____ En ese contexto, de acuerdo a las pruebas mencionadas, el hecho investigado configura un abuso sexual gravemente ultrajante, ya que se ha verificado una situación de poder del acusado sobre la víctima que tradujo un dominio de su conducta sexual, que se manifestó mediante ataques particularmente degradantes y vejatorios que, además de violentar su identidad sexual, implicaron un menoscabo a su dignidad como persona, tanto por su duración como por las circunstancias de comisión (cfr. Creus, Carlos, Buompadre, Jorge Eduardo, "Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Astrea, Bs. As., 2007, Tomo 1, pág. 207)._____

_____ En efecto, las "circunstancias de realización" que revisten un "plus" de gravedad en relación al abuso sexual simple, también concurren merced a distintas modalidades del ultraje materializado, como fueron -de acuerdo a la certera declaración de la víctima corroborada por otros elementos de convicción, según se indicó- manoseo en zonas íntimas y otros actos compulsivos -"fellatio in ore"-._ _____

_____ 9º) Que a tenor de lo expuesto, las manifestaciones de la víctima han sido calificadas de veraces a partir de apreciaciones sensitivas aprehendidas por el tribunal de juicio sobre las que esta Corte no puede avanzar, pues, en su labor revisora, no debe subrogar al "a quo" avasallando los beneficios de la inmediación que dan razón de ser a la etapa plenaria del proceso penal, y le está vedado asignar crédito o restárselo a una prueba producida en la audiencia de debate que el tribunal conoció de manera directa, salvo que su apreciación aparezca dotada de un sustento arbitrario por contrariar las normas de la sana crítica racional, o que no se halle acompañada de fundamentos suficientes, extremos estos últimos que en autos no se verifican (esta Corte, Tomo 135:41; 144: 329, entre muchos otros). _____

_____ Sin perjuicio de ello, según surge de las constancias documentadas en la causa, tal relato de los sometimientos padecidos goza de coherencia argumental y encuentra aval en otros testimonios que resultan, en lo esencial, coincidentes entre sí, a los que se suman las pericias y demás elementos de prueba. _____

_____ Por lo tanto, la existencia del hecho investigado y la autoría del acusado deben ser afirmados en grado de certeza por aplicación de las reglas que rigen la formación de convicción y en los límites fácticos del examen casatorio, resultando además adecuada la calificación jurídica otorgada por el tribunal "a quo", conforme lo expuesto en el considerando octavo. _____

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

_____ 1º) Que adhiero al voto precedente, con el siguiente agregado._____ _____

_____ 2º) Que los estudios e investigaciones criminológicas sobre abuso sexual infantil de las últimas décadas dan cuenta no sólo del aumento de la tasa delictiva, sino además del alto porcentaje de casos en los que el ultraje contra la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes provino de un familiar (Marchiori, Hilda, "Víctimas vulnerables: niños víctimas de abuso sexual", versión digital disponible en http://www.ilanud.or.cr/A119.pdf). De acuerdo con la Orientación Técnica Institucional Nº 1 del Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente (IIN), "la mayoría de los abusos sexuales en niños se producen en el seno de la familia o grupo conviviente" (Orientación Técnica Institucional-IIN OEA Nº 1-2008 "Revictimización de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales en casos de abuso"). _____

_____ 3º) Que en el marco de matrices socio-culturales fuertemente patriarcales y sexistas, las diferentes formas que adquiere la violencia sexual, cuyas víctimas principales son mujeres, niñas, niños y adolescentes, han permanecido invisibilizadas, gracias al efectivo proceso de naturalización de la violencia de género, que posibilitó, entre otras cuestiones de igual relevancia, la revictimización de la víctima de violencia sexual, a través de diferentes y eficaces mecanismos de violencia (familiar e institucional), dirigidos a poner en cuestión su voz, su vida, su accionar. El silenciamiento de la víctima de los diferentes tipos atentatorios de la libertad y la integridad sexual de la persona,

en ese contexto socio-cultural, también se ha nutrido del temor que el agresor difunde en ella, antes y después de consumado el delito, situación que se agrava en los casos en los que existe un vínculo (laboral, parental) entre éste y aquella, como ocurre en este caso. De igual modo, han incidido los procesos de disciplinamiento social más sutiles, que facilitan que la víctima se sienta culpable y avergonzada, bloqueándola, inhibiéndola de denunciar lo padecido. _____

_____ “Numerosos hechos delictivos, principalmente referidos a violencia familiar, abuso sexual a niños, se conocen cuando han transcurrido años del momento en que sucedió el hecho delictivo y las víctimas pudieron romper el silencio de su victimización. Esto es, cuando la víctima ya adulta pudo verbalizar en el relato el sufrimiento padecido por el delito y el silencio posterior que también implicó un grave sufrimiento”. A más de las dificultades en verbalizar propias de la edad, la cercanía con el agresor y el temor infundido por aquél a través de amenazas pre y post delictivas, en el trabajo ya citado Marchiori señala que “la reiteración de la violencia, que se da generalmente en el abuso sexual, es otro de los motivos del silencio de la victimización del relato.” Porque “la víctima está inmersa en un espacio de permanente y continua victimización; no es un solo hecho de violencia sino que son hechos reiterados y agravados, lo que produce una mayor victimización y silencio”._____

_____ 4º) Que Argentina ha suscrito numerosos instrumentos internacionales y regionales de protección a los Derechos Humanos (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer –CEDAW- y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención de Belém do Pará-), en virtud de los cuales asumió el compromiso de prevenir, investigar, sancionar y erradicar toda forma de discriminación y violencia hacia las mujeres y niñas. En relación con éstas últimas, además tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 19) como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (C.D.N.) demandan al Estado un plus de protección, precisamente requerido en función de la edad de quien aún no ha alcanzado los 18 años de vida, por colocar esta condición etaria, en situación de mayor vulnerabilidad a la persona en desarrollo, respecto de sus posibilidades de autovalimiento, autodeterminación y autoprotección. Además, concretamente, por imperio del art. 34 de la C.D.N., los Estados “se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales”; y, como consecuencia de lo establecido por el art. 19 de esa Convención, también es un deber estatal adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”.

_____ 5º) Que resulta fundamental visualizar que en el marco de la C.D.N. el abuso sexual ejercido contra un niño, niña o adolescente transgrede una serie de derechos, como ser el derecho a la integridad física, psíquica y sexual, al desarrollo armónico de la

personalidad, a la propia imagen, a no ser objeto de discriminación, de violencia y de actos inhumanos o degradantes, y a acceder, frente a la violación de alguno de esos derechos, a un sistema de restitución que incluya la rehabilitación y el tratamiento especializado necesario._____

_____ Todos esos derechos, en el plano del derecho interno, además fueron reconocidos por la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. En particular, viene al caso destacar lo dispuesto por el art. 9º de esa ley: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral." Norma que, además, y como consecuencia de ese reconocimiento, en consonancia con los mandatos que Argentina asume por imperativo de la C.D.N., establece que "Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes". _____

_____ 6º) Que con sustento en el marco normativo convencional vigente en materia de violencia de género, antes referido, el Procurador General de Chubut, instruyó al cuerpo fiscal de esa provincia, mediante Instrucción nº 006/12 PG, del 05/12/2012, para que los/as fiscales de esa provincia se opongan al otorgamiento de la conciliación y de la suspensión del juicio a prueba porque "los ataques contra la libertad e integridad sexual, deben ser evaluados, no sólo en relación a las consecuencias nocivas que ocasionan a las víctimas y sus familiares, sino también desde una perspectiva de género". Y ello en el entendimiento de que ese tipo de delitos está fundado en un patrón de comportamiento social que tiene como base la violencia de género, conclusión a la que arriba a la luz de sus propias estadísticas. Según la citada instrucción, de-sagregadas por sexo las 126 resoluciones alternativas (suspensión de juicio a prueba en su mayoría y algunos acuerdos conciliatorios), el 99 % de los imputados son varones y el 90 % de las víctimas son mujeres, en su mayoría niñas._____

_____ 7º) Que en la definición de violencia que brinda la Convención de Belém do Pará queda incluida toda acción o conducta que, basada en el género, produzca un daño o sufrimiento físico, psicológico o sexual a la mujer (art. 1º); de allí que reconozca distintos tipos de violencia, como la física, la sexual y la psicológica, que –obviamente- comprenden la violación, el abuso y el acoso sexual (art. 2º). _____

_____ De conformidad con ese marco regulatorio mínimo, la Ley 26485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, define la violencia contra las mujeres como "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" (art. 4º). Y en la tipificación de la violencia de género incluye la violencia sexual como cualquier "acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de 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" (art. 5.3). _____

_____ 8º) Que en ese contexto normativo, a más de los derechos enunciados en el considerando 5º de este voto, el abuso sexual ejercido contra una mujer, niña o adolescente, vulnera sus derechos a vivir una vida libre de violencia, al respeto por su integridad física, psíquica, moral y sexual, a no ser sometida a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, al respeto por su dignidad, libertad y seguridad personal (art. 4º de la Convención de Belém do Pará, y art. 3º de la Ley 26485). _____

_____ Como correlato de tal nutrido reconocimiento, el Estado debe "asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces" y a "programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social" (arts. 7º inc. g) y 8º inc. f)). _____

_____ 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, 3,º 4º, 5º y 6º del primer voto de los distinguidos señores jueces preopinantes, como así también comparto la solución jurídica a que arribaron no obstante lo cual deseo esgrimir mis propios fundamentos. _____

_____ 2º) 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, a acotar su conducta en la libido, dado que la

integridad sexual no se tutela sólo desde dicha óptica, sino en la falta absoluta de libertad de la víctima, que por su propia condición, no sólo no tenía el discernimiento indispensable, sino que la 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 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 en 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 a la autonomía de la voluntad del sujeto que es la base de todos lo 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 la 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 por un lado que: las conductas gravemente ultrajantes que agravan el delito de abuso sexual son los actos, que objetivamente, tienen una desproporción con el propio tipo básico que produce en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica por el abuso en sí. En el plus objetivo exigido por la agravante del párrafo 2º del art. 119 del Código Penal se permite incluir situaciones de ultraje grave que no lleguen a la penetración (Cám. Nacional de Casación Penal, Sala IV, 23-09-04, “Rosales, Wilder s/ Rec. Casación”, L.L. 2005–B-199). _____

_____ 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, segundo y cuarto párrafo inc. f) del C.P. Resultan elementos del tipo penal objetivo la minoridad de la víctima 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 la menor. ___

_____ Asimismo cabe agregar, que la agravante del inc. f) 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 que la relación parental facilite la tarea del autor (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala VI, 28-02-2003 “Ledesma Vallejos”)._____

_____ Por su parte, el término convivencia no se refiere a la cantidad o calidad de tiempo y forma de cohabitar un mismo techo entre los sujetos del ilícito, sino en la posibilidad con la que cuenta el autor del hecho de estar próximo a la víctima para abusarla. Es así que la conducta desplegada por el autor, queda tipificada por aquella modalidad, y por la sola circunstancia de poder tener libre acceso a la vivienda, en la cual no es un extraño; y en el caso el imputado para nada lo era, toda vez que era el propietario del inmueble en el cual vivía con la menor. ____

_____ 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, 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).

En la evaluación de los hechos que fueron objeto de examen por el juzgador, no se desvirtuó las conductas que se le atribuye al causante: abusar sexualmente de la víctima en forma gravemente ultrajante agravada por la convivencia. 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, sino también un examen psiquiátrico, lo que sí ocurrió conforme las constancias obrantes en autos; de allí que se comprende que se haya arribado a una afirmación 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.

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”, Lerner 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). __

_____ Quiere decir entonces, que en la especie se ahondó en la investigación necesaria para descubrir la verdad de los que realmente acontecido respecto de la menor; informe psicológico y social sobre sus condicione de vida, ámbito socio cultural, costumbres y prácticas comunes: condiciones en la que mora y grupo sobre el que recibe una interactuación valorativa._____

_____ 3º) 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, simultanea 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._____

_____ 4º) Que ésta Corte tiene dicho en numerosos precedentes (Tomo 119:269; 120:1133) 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._____

_____ 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 efectuado por la víctima quien manifestó que fue abusada sexualmente por el denunciado, señalando que los hechos tuvieron lugar en la casa en la que convivía todo el grupo familiar con domicilio en calle Mza. 15 Lote 1 Grupo 648 - Bº Castañares, y describió las prácticas sexuales a la que fue sometida, y resultando sus dichos corroborados con otros elementos de convicción. Así, la denuncia de fs. 1 efectuada por la progenitora de la menor ratificada a fs. 22 y 225 vta./226 vta., es avalada por la declaración informativa de la menor de fs. 2 y ante la cámara Gesell de fs. 35/36, por declaraciones testimoniales de las hermanas de la víctima Liliana del Carmen Herrera, Jorgelina del Valle Peña y Silvina de los Ángeles Herrera de fs. 4 y 244/245 vta., fs. 5 y 228/229 y fs. 245 vta./246 respectivamente; inspección ocular de fs. 46; pericia psiquiátrica e informe psicológico del imputado de fs. 51 y vta y 65/66 respectivamente; declaración testimonial del padre de la menor Rafael Horacio Peña de fs. 61; informe social de fs. 67/68 vta. e informe psicológico de la víctima de fs. 70._____

_____ 5º) Que de tal modo basándose en pruebas pertinentes y aptas, congruentes entre sí y producidas e incorporadas en la audiencia de debate en presencia del juzgador y de las partes, quienes contaban con amplias facultades para cuestionarlas, indagarlas, controlarlas y argumentar sobre ellas, resultando de allí que la hipótesis delictiva fue debidamente demostrada, cabe concluir que el “a quo” formó su convencimiento conforme la sana crítica racional al encontrar penalmente responsable al acusado por el hecho de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la situación de convivencia preexistente._____

_____ 6º) Que en igual sentido, se ha expresado: en el estado actual de la legislación vigente, no pueden existir dudas que la "fellatio in ore", o penetración del órgano sexual masculino en la cavidad bucal de otra persona, cometido contra un menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción, constituye acción que resulta típica a los fines del art. 119 tercer párrafo del Código Penal (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa, voto del Dr. Ariel G. Coll, "Medina, Juan D.", 15/08/2007, Litoral 2007, octubre, 975). _____

_____ Igualmente, se ha señalado: la vía oral ("fellatio in ore"), constituye una de las vías idóneas para el acceso carnal, previsto y sancionado por el art. 119, párrafo tercero del C. Penal, luego de la reforma de la ley 25.087 (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala II, "Fiscal c/ N. F., M. A.", 29/04/ 2008, LLGran Cuyo 2008, julio, 571, DJ 15/10/2008, 1683 con nota de Ramón L. González, DJ 2008-II, 1683 con nota de Ramón L. González, LLGran Cuyo 2009, febrero, 24 con nota de Ramón L. González). _____

_____ Por otro lado, no puede dejar de advertirse que en la calificación de la sentencia impugnada se omitió tener en cuenta que 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). _____

_____ Ello sin embargo, de conformidad al art. 455 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias) al no contar con agravios y al resultar mas benigna para el acusado, la adecuación típica del fallo dictado, no puede ser modificada por este Tribunal (Tomo 158:169). _____

_____ 7º) Que por todo lo expuesto, corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A.E.P y en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 264 y vta. cuyos fundamentos obran a fs. 266/280. _____

_____ 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. 282/288. _____

_____ 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-).