(Tomo 187: 355/384)

_____ Salta, 21 de abril de 2014. _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados **“C/C A.N.C.– RECURSO DE CASACIÓN”** (Expte. Nº CJS 35.243/12), y_____

_____**CONSIDERANDO**:_____

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

_____ 1º) Que a fs. 345/356 el Dr. Mario López Escotorín, en el carácter de defensor de N.C.A., interpone recurso de casación en contra del fallo de fs. 323 y vta., cuyos fundamentos obran a fs. 326/336 que condena por mayoría a su defendido a la pena de diez años de prisión, por resultar penalmente responsable por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el vínculo y, en disidencia, el Dr. Abel Fleming que lo condena a la pena de siete años de prisión. _____

_____ 2º) Que el recurrente sostiene que aparta de la impugnación el criterio sustentado en el voto de la minoría, que declara la inconstitucionalidad en relación a la validez de la escala penal por desproporcionada, manteniendo el desacuerdo con la pena que fija.___ _____

_____ Reprocha al veredicto por haber marginado principios relevantes y esenciales en la valoración de la prueba que lesiona el debido proceso y el derecho de defensa ya que el decisorio no es contundente para destruir el principio de inocencia, lo que vulnera la sana crítica racional e incurre en error “in iudicando” al calificar el hecho. _____

_____ Indica que la fundamentación idónea de la sentencia es una exigencia constitucional, con apego a las garantías vigentes, que debe asentarse en pruebas concluyentes, idóneas y suficientes para llegar a la verdad auténtica. Se agravia del excesivo valor probatorio que se otorga a la cámara Gesell, y con ello a los dichos de la menor, cuando su defendido no estaba aún en el juicio como para poder efectuar el control de la prueba, que aniquila el principio de contradicción y lo relativiza. Dice que el sobredimensionamiento del valor probatorio de cámara Gesell actúa en desmedro de pruebas conducentes, objetivas y relevantes que fueron incorporadas conforme a la ley._____

_____ Afirma que no se trató integralmente la causa al faltar las constancias sobre el contexto y escenario del evento investigado y por el criterio de no receptar al menos “de visu” la presencia de I. A. En cuanto a la madre de la menor señala que sólo reitera lo escuchado de ésta sobre los abusos, es decir, que la sentencia solamente tiene en cuenta meras manifestaciones._____

_____ A continuación analiza la prueba que emana de la testimonial de la licenciada Cornejo sobre la menor y de la psicóloga Sonia Juri respecto de A., que descalifica por contener una postura personal en contra de su defendido. _____

_____ Analiza las manifestaciones negatorias del hecho por parte de A., las declaraciones testimoniales de V.A.L., en el sentido que nunca sospechó nada, que no la hizo revisar por un especialista, que I. tiene trastornos de conducta e ideas suicidas, entre otras consideraciones, así como la testimonial del hermano, A.A.. _____

_____ También hace referencia al estudio social glosado a fs. 113/115 que da cuenta de desavenencias en el matrimonio de larga data que provoca la ruptura familiar que afectara a los hijos de la pareja. _____

_____ Cuestiona el encuadramiento y participación efectiva en los hechos de A. cuando los supuestos hechos ocurrieron durante seis años, cinco veces por semana según los dichos de I.A., de los que su madre ni hermano tenían conocimiento. Agrega que el tribunal creyó los dichos de la menor, no obstante la falta de respaldo que los corrobore, por lo que se valoró parcialmente el plexo probatorio y fáctico y la conclusión de la sentencia es superficial al no estar corroborada por pruebas concluyentes, objetivas y directas, no respetando el principio "in dubio pro reo".

_____ 3º) Que el Fiscal ante la Corte Nº 1, a fs. 383/384 vta. se pronuncia por la confirmación del fallo en crisis. Para ello sostiene que el esquema argumental del resolutorio encuentra basamento en el caudal probatorio existente cuyo análisis no se encuentra aislado sino que responde a una valoración integral de los medios de prueba que permitieron la reconstrucción de los hechos. _____

_____ Tiene presente, asimismo, que los delitos contra la integridad sexual contra menores, particularmente cuando existe un vínculo, presentan dificultades para la determinación del tiempo, modo
y lugar por la forma oculta y clandestina de su comisión. Añade que la declaración de I. en cámara Gesell fue clara, precisa y contundente al desarrollar los hechos sufridos y al indicar a su padre como el autor. _____

_____ Expresa que la ausencia en el debate de la menor se debió a su delicado estado emocional y psíquico, con evidencia de rasgos depresivos, estado de angustia generalizado e ideas reiteradas de suicidio. Reitera que la valoración de la prueba se hizo de acuerdo a la sana crítica racional sin vulnerar normas procesales ni sustanciales, por lo que el recurso no debe prosperar. _____

_____ A fs. 386/390 vta. emite dictamen la Asesora General de Incapaces quien se pronuncia por el rechazo del recurso. Pone de resalto las características del abuso sexual infantil, el ámbito en el que ocurre, la asimetría en la relación, el miedo y las amenazas sufridas. Valora los análisis psicológicos y la declaración en cámara Gesell, en la que estuvo presente la defensora oficial, lo que no fue objetado por la defensa a todo lo largo del proceso ni se opuso a su incorporación al debate. Por último se refiere a las leyes y tratados internacionales de protección a los niños y niñas.___ _____

_____ 4º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 358/359 vta.), previo a expedirse sobre los motivos invocados por el recurrente incumbe a esta Corte en la presente instancia efectuar un nuevo control de los recaudos de orden formal a los que la ley subordina su admisibilidad (art. 36 de la Ley 7716). ___

_____ A ese respecto, se observa que ha sido presentado en término (art. 472 del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias) y por parte legitimada (arts. 445, 467 y 469 inc. 1º de acuerdo a constancias de fs. 337 y 356 vta.); además, la resolución resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (art. 466 incs. 1º y 3º del citado C.P.P.). Razón por la cual, cabe ingresar al examen de la cuestión planteada en el recurso. _____

_____ 5º) Que el tribunal "a quo" tuvo por acreditada la autoría responsable del imputado y su accionar, durante mucho tiempo, en perjuicio de su propia hija, por lo que tipificó los hechos como constitutivos del delito de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el vínculo, en los términos del art. 119, 2do. párrafo en función del 4to. párrafo, letra b) del Código Penal, toda vez que siendo el padre de la víctima realizó sobre la misma ataques sexuales perversos en innumerables oportunidades, los que por su permanencia en el tiempo ocasionaron a la menor daño en la salud psicosexual. Por mayoría se le impuso una condena a diez años de prisión de cumplimiento efectivo._____

_____ 6º) Que esta Corte ha precisado en numerosos precedentes que en nuestro sistema procesal rigen la libertad probatoria (art. 201 del citado C.P.P.) y la libre convicción del juez o sana crítica indicados por la ley (arts. 230 "in fine", 252 inc. 4º "in fine" y 403 3er. párrafo del mismo C.P.P.). 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 arrimen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directiva o tasación legal alguna (esta Corte, Tomo 109:1043; 157:231; 161:577, entre otros).

_____ Es dable recordar que el sistema de la sana crítica racional permite construir un determinado acontecer mediante inferencias que descansan en indicios, y éstos sólo tienen valor probatorio cuando no pueden dar lugar a ninguna otra conclusión, es decir, cuando resultan unívocos (esta Corte, Tomo 122:901; 136:179). Ello es así porque si la sumatoria de indicios, que individualmente pueden tener explicaciones compatibles con otras hipótesis fácticas, en su valoración global permite descartar la probabilidad, entonces, la duda que cada uno trae intrínsecamente se transforma en certeza. Empero, tal juicio requiere un extremo rigor empírico en la fundamentación de la decisión (esta Corte, Tomo 112:353; 115:507). _____

_____ Asimismo esta Corte tiene dicho que la prueba de indicios cuando es concordante y permite una conclusión unívoca, es apta para dar sustento a un pronunciamiento condenatorio. El tribunal de juicio, en nuestro sistema, puede perfectamente edificar una versión de la verdad sobre la base de indicios (esta Corte, Tomo 118:43, 122:901). _____

_____ 7º) Que a partir de estos principios, con suficiente claridad y ajustados razonamientos, ha expuesto la Cámara los motivos por los cuales arribó a la certeza de la forma en que

ocurrieron los hechos, sin que se vislumbren errores en la formulación de su juicio. _____

_____ A los fines de resolver el presente es preciso valorar la prueba producida sin perder de vista que la víctima es una menor que, al momento del hecho, contaba con nueve años de edad. _____

_____ El abuso sexual infantil agravado por el vínculo supone la existencia de una relación de poder sobre los niños y niñas ejercido por un adulto para su gratificación sexual, relación en la cual la abusada no tiene posibilidades efectivas de manifestar su consentimiento. Es por tal razón que cuando se aborda un supuesto de abuso sexual infantil es necesario tener en cuenta, al momento de valorar los hechos y la prueba rendida, que nos encontramos frente a un fenómeno delictivo de características especiales porque son hechos que acontecen en la esfera privada, en la intimidad y sin testigos. De allí que las declaraciones de la víctima unidas a los informes psicológicos de la misma y del imputado adquieran particular relevancia._____

_____ El tribunal “a quo” tuvo en consideración las manifestaciones de la menor expuestas en cámara Gesell, obrante a fs. 20 y vta. en el que se muestra segura de sus dichos, a punto tal que se ordena la inmediata detención de A.. Si bien uno de los agravios de la defensa técnica se basa en la falta de control de su parte respecto a la declaración de I.A. en cámara Gesell, porque su defendido aún no se encontraba imputado en el juicio y en consecuencia no pudo ejercer su control, no le asiste razón por cuanto ha intervenido la defensora oficial, en resguardo de sus derechos, además de no haberse cuestionado su realización en ninguna etapa del juicio anterior a la presente ni su incorporación en la audiencia de debate._____

_____ Las declaraciones de la menor (tenidas en cuenta por el tribunal no sólo en base a sus dichos en cámara Gesell) son elocuentes respecto de los abusos sexuales reiterados que sufriera por parte de su padre, consistentes en tocamientos libidinosos del pecho, introducción del dedo en la vagina y en el ano, hacerse tocar y succionar sus genitales, como así también practicar -A. a su hija- sexo oral, innumerables veces y mediante amenazas, al punto que al verlo aún le provoca temor._____

_____ El tribunal tuvo en consideración al respecto los daños producidos y las características de su personalidad actual que llevan a la convicción que sus declaraciones son veraces. _____

_____ Las periciales psicológicas, como pruebas objetivas a valorar a la luz de la sana crítica, también resultan determinantes para establecer que el abuso sexual gravemente ultrajante se ha producido. La Lic. Picchi ratificó en el debate el informe agregado a fs. 16/18 y expresa que, de las entrevistas con la menor, confirmó los dichos de su madre en orden a los abusos cometidos por su padre, presentándose la niña deprimida y con ideación suicida, además de un trastorno disociativo de su personalidad generado por estrés postraumático que podía coincidir con los abusos relatados. Entre los síntomas que relata el informe, como indicadores del abuso, refiere alteraciones en la regulación de la afectividad, alteraciones de los impulsos (enojo,

furia y rabia), desvalorización personal, baja autoestima, alteraciones en las relaciones, desconfianza en los adultos, temor a perder el control, desesperanza y tristeza._____

_____ En la pericia efectuada a I.A. que obra a fs. 109/110 se llega a la conclusión que si bien su aspecto es corpulento y fuerte su interior es frágil e hipersensible; que su relato aparece acompañado de un estado de desazón y que durante las entrevistas llora casi ininterrumpidamente, mostrando dificultad para controlar sus emociones. Manifiesta que teme la soledad, busca encontrarse acompañada y entretenida como un modo de evadirse de recuerdos que se le imponen de modo irrefrenable con una carga emocional angustiante, vivencias en las que aparece la figura del padre. Asimismo expresa el informe de la Lic. María del Valle Cornejo -ratificado en audiencia de debate a fs. 313 y vta.- que se observa una baja autoestima personal, sentimientos de rechazo hacia sí misma y sensaciones de repugnancia hacia su propio cuerpo, impresiones que suelen encontrarse en personas que han sufrido ataque a su integridad sexual, observando secuelas psíquicas de haber sufrido un daño. Agrega que evidencia rasgos depresivos, y surgimiento reiterado de ideas suicidas con tendencia al aislamiento social como forma de preservarse de un entorno que percibe como pernicioso._____

_____ Tomando como base las pericias referidas no resulta admisible el agravio de la defensa en cuanto a la ausencia de la menor en la audiencia de debate al haberse considerado que su estado emocional hubiera podido empeorar en presencia de su padre. De manera alguna debe revictimarse a quien sufriera un delito de este tipo.___ _____

_____ De la pericial psiquiátrica practicada a A. (fs. 92 y vta.) emana que su discurso es manipulador, con tergiversaciones ocultas y mendaz; que su personalidad tiene rasgos psicopáticos._____

_____ A su vez, del informe del Servicio Social del Poder Judicial obrante a fs. 113/115 se extrae que en la entrevista A. se muestra como una persona verborrágica, soberbia, autoritaria, intentando manipular información, lo que resulta confirmado en la pericia de fs. 258/259 vta. que refiere agresividad, egocentrismo, obstinación y susceptibilidad, lo que confirma un probable cuadro psicopatológico, por lo menos de tipo borderline. En lo que concierne a sus inclinaciones sexuales el informe las define como inadecuadas, inmaduras, parcializa al otro lo que lo convierte en solo un objeto de satisfacción; añade que su estado emocional es variable y que vive en un mundo propio de certezas particulares disociadas del mundo externo que pueden aparecer como mentiras o fabulaciones. _____

_____ Asimismo el informe psiquiátrico de fs. 263 y vta. –ratificado en audiencia de debate a fs. 314 vta.- da cuenta de un sujeto potencialmente peligroso para sí mismo y para con los demás. Expresa este informe que posee un desorden psiquiátrico compatible con un trastorno delirante de la personalidad de tipo paranoide.__

_____ Los agravios de la defensa en cuanto entiende que no se determinaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar, no resultan admisibles en esta clase de delitos porque los mismos se

cometen en la intimidad, en ausencia de posibles testigos del hecho.

_____ 8º) Que resulta indiscutible, en la actualidad, la protección de los derechos de los menores por lo que su superior interés es el que debe regir en todas las decisiones que recaigan cuando las víctimas sean niñas, niños o adolescentes. _____

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

_____ 9º) Que la jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño y su operatividad, ratificada por Ley 23489, hace que deba considerarse expresamente su normativa. En este sentido, el art. 34 de la Convención establece en forma expresa que los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. _____

_____ A su vez la Ley 26061 que regla la Protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes asegura -en el segundo párrafo del art. 1º- su máxima exigibilidad y sustento en el principio del interés superior del niño/a, por lo que prescribe, en el último párrafo del mismo artículo: “Los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”. Esta normativa prevé -en su art. 9º- que: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral”. _____

_____ 10) Que de modo tal que la sentencia, en tanto condena al acusado como autor responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el vínculo, no sólo es ajustada a la norma penal aplicable sino también a la normativa supralegal, reseñada “ut supra”, por lo que la sentencia debe ser confirmada. _____

_____ 11) Que por último, respecto de la pena que fuera impuesta por el voto de la mayoría se agravia la defensa, solicitando se esté al principio de la duda o bien al “quantum” establecido en el voto de la minoría que considera inconstitucional la norma en lo que hace el monto de la pena. _____

_____ Cabe tener presente que no resulta atendible el agravio ya que la defensa no lo sustentó adecuadamente. Por otra parte, la declaración de inconstitucionalidad de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia, sólo practicable como razón ine-ludible del pronunciamiento; por ser dicho acto de extrema gravedad institucional debe ser considerado como última “ratio” del orden jurídico que requiere no sólo la aserción de existir un agravio sino una comprobación en el caso concreto. _____

_____ El Dr. **Sergio Fabián Vittar**, dijo: _____

_____ Por sus fundamentos, adhiero al voto que antecede. _____

_____ Los Dres. **Guillermo Alberto Posadas** y **Guillermo Félix Díaz**, dijeron: _____

_____ Compartimos la solución jurídica propiciada en el voto que antecede por los siguientes fundamentos._____

_____ 1º) Que la ex Cámara Primera en lo Criminal tuvo por probado que N.C.A. materializó distintos tocamientos en las zonas pudendas de su hija menor I.A. con introducción de dedos en ano y vagina y otros actos de inequívoco contenido sexual que por las circunstancias de su realización y por su duración y permanencia en el tiempo ocasionaron un grave daño en la salud psíquica y sexual de la niña y significaron una grave degradación de ésta que se vio convertida en mero objeto de satisfacción de los impulsos sexuales perversos del acusado. _____

_____ En tal contexto, el tribunal de juicio -por mayoría de votos- condenó al acusado a la pena de diez años de prisión por reputarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el vínculo, en los términos del art. 119, 2do. párrafo, en función del 4to. párrafo, letra b) del Código Penal. _____

_____ 2º) Que esta Corte tiene dicho 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 del ofensor actuar con sigilo y sibilinamente dado que tal es la desproporción y el desborde de sus conductas que prefiere actuar a hurtadillas, precisamente, para no ser descubierto (Tomo 145:217)._____

_____ Asimismo, este Tribunal ha señalado en varios pronunciamientos que el sistema de la sana crítica racional permite construir un determinado acontecer mediante inferencias que descansan en indicios, y éstos sólo tienen valor probatorio cuando no pueden dar lugar a ninguna otra conclusión, es decir, cuando resultan unívocos (Tomo 122:901; 136:179, entre otros). Ello es así, por cuanto en el sistema de la libre convicción no puede negarse siquiera que los jueces se basen únicamente en prueba indiciaria para obtener una decisión que exija certeza, siendo extremo el rigor empírico al que tal decisión se somete (Tomo 112:353; 115:507 entre otros)._____

_____ 3º) Que tanto los extremos de hecho y de derecho concurrentes en el caso como la situación de suficiencia aludida otorgan viabilidad jurídica a la sentencia condenatoria, pues los dichos de la víctima en cámara Gesell indicaron la existencia histórica de los hechos de connotación sexual y, específicamente, a partir de distintas precisiones rodeadas de un lenguaje propio de su edad, el modo de consumación del delito. Particularmente, la menor refirió que su padre le besaba los pechos y la vagina, que le introducía los dedos en el ano y que la obligaba a besarle el pene (v. fs. 20). _____

_____ Dispuesta en autos la recepción de declaración testimonial de la menor víctima en cámara Gesell y ordenada la diligencia (v. fs. 6 y 19), se procedió a la debida notificación de las partes interesadas (v. fs. 19 y 19 vta.), por lo que no existen reparos de orden formal que puedan afectar la eficacia y validez del

referido acto probatorio, habiéndose cumplido cabalmente con los extremos previstos en la Acordada 9827._____

_____ Además, las afirmaciones allí vertidas encuentran aval probatorio en otros elementos de convicción producidos en la causa, como son las declaraciones testimoniales de la madre de la menor, de las licenciadas Carolina Picchi, María del Valle Cornejo y Sonia Juri. Del mismo modo, la veracidad de los dichos de la menor se infiere de su sinceridad y coherencia intrínseca, al negar la existencia de relaciones sexuales (acceso carnal) con el acusado. _____

_____ 4º) Que en ese contexto, esta Corte ha puntualizado en su precedente de Tomo 131:1189 que el carácter gravemente ultrajante exigido por el segundo párrafo del art. 119 del C.P. 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)._____

_____ Entonces, la corta edad de la menor –de los nueve años hasta sus quince años- en oposición a la del agente –septuagenario- y la singularidad de los actos ejecutivos del delito constituyen un ataque particularmente degradante y vejatorio que, además de violentar su integridad sexual, implicaron un menoscabo a su dignidad como persona, todo lo cual permite subsumir el hecho en la aludida figura (cfr. Creus, Carlos, Buompadre, Jorge Eduardo, “Derecho Penal. Parte Especial”, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, Tomo 1, pág. 207; Tenca, Adrián Marcelo, “Delitos sexuales”, Ed. Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2013, pág. 100)._____

_____ 5º) Que por consiguiente, la sentencia dictada por el tribunal “a quo” cuenta con una motivación suficiente de acuerdo a lo previsto por los arts. 115, 404 y 409 inc. 3º del C.P.P. –texto según Ley 6345 y modificatorias-, al fundarse en todos los elementos referidos que, sumados, conforman un cuadro probatorio que permitió reproducir de manera fidedigna y razonablemente el hecho cometido, establecer la responsabilidad penal que le cupo al acusado, determinar la calificación jurídica correspondiente e individualizar la pena de conformidad con los arts. 40 y 41 del C.P. Por lo tanto, el recurso de casación debe ser rechazado. _____

_____ El Dr. **Guillermo Alberto Catalano**, dijo: _____

_____ Comparto el voto de los Dres. Posadas y Díaz y estimo oportuno expresar lo siguiente. _____

_____ 1º) Que el art. 119, 2do. párrafo del C.P. está referido a casos que merecen ser diferenciados por el sometimiento sexual gravemente ultrajante que implican para la víctima. La ley remite a la duración del abuso o a otras circunstancias de su realización para determinar ese efecto (esta Corte, Tomo 106:177). Es verdad que ya el atentado a la integridad sexual encuadrable en la figura básica es, de por sí, ultrajante para la víctima. Pero estas otras conductas tienen un “plus” de ultraje (Reinaldi, Víctor Félix, “Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25087”, 2ª

ed. act. con doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2005, pág. 88).

_____ La figura de abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante para la víctima no requiere que la actividad lesiva de la libertad sexual siempre se prolongue en el tiempo, lo que se infiere fácilmente de la redacción del 2do. párrafo del art. 119 (introducida por la Ley 25087), donde la causal de agravación se asocia a la duración o a otras circunstancias de su realización. En el presente caso son precisamente tales circunstancias que exceden notoriamente el simple tocamiento impúdico, para llegar al desarrollo de una experiencia sexual de gran intensidad para la menor víctima, además de la duración prolongada en el tiempo, lo que tuvo en cuenta el tribunal en su valoración (fs. 328), las que permiten establecer que la calificante ha sido correctamente empleada. La figura básica de abuso sexual prevista en el 1er. párrafo de ese artículo resulta notoriamente desbordada cuando la conducta del causante consiste, como aquí, en la penetración vaginal producida por los dedos del causante que, aunque sin configurar acceso carnal, representa un acto invasivo de la zona genital de la menor (Tomo 93:485; cfr. Tomo 176:941); además de la introducción de dedos en el ano, que subsume el hecho en la figura en cuestión (cfr. Creus, Carlos, Buompadre, Jorge Eduardo, "Derecho penal. Parte especial", 7ª ed. ampl. y act., Ed. Astrea, Bs. As., 2007, Tomo 1, pág. 207; esta Corte, Tomo 165:521), y demás conductas descriptas en la causa, como obligarla a practicar la "fellatio in ore" -en ocasiones hasta la eyaculación-, y lamer a la menor en zonas pudendas.

_____ A ese respecto, se ha sostenido específicamente que el "cunnilingus" –al que hizo mención el voto de la mayoría a fs. 326 vta. y 328 vta.- se subsume en la figura penal analizada (Donna, Edgardo Alberto, "Delitos contra la integridad sexual", 2ª ed. act., Rubinzal–Culzoni Editores, Sta. Fe, 2005, pág. 51; Gavier, Enrique A., "Delitos contra la integridad sexual", Marcos Lerner Editora, Cba., 1999, pág. 28).

_____ 2º) Que en suma, las circunstancias de tiempo, lugar y modo, como la abismal diferencia de edad entre la víctima y el acusado, posee un carácter degradante para la niña que fue sometida a esa situación, en la que el imputado la sometió a las más diversas prácticas que por su intensidad vejatoria y humillante configuran por sí mismas el ultraje contemplado por la ley penal, excediendo el límite del mero desahogo sexual.

_____ Además, esta Corte ha considerado que los abusos sexuales practicados por el acusado sobre un menor deben ser calificados como gravemente ultrajantes, si se encuentra acreditado que realizó sobre la víctima diversos hechos de abuso sexual, que por su temprana iniciación –nueve años-, exceden el tipo básico, en función del grado de dependencia psíquica que mantenía sobre la víctima materializada por amenazas como así también por la falta de comprensión e imposibilidad de solicitar auxilio (Tomo 135:235; 175:631).

_____ En dicha línea de razonamiento, más allá de las consecuencias del delito en este caso concreto, sobradamente

comprobadas, no cabe ninguna duda acerca de que los actos cometidos, en sí mismos, tienen un alto contenido humillante y vejatorio para cualquier víctima de un delito de estas características. _____

_____ 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 en el voto emitido en primer término, como así también comparto la solución jurídica a la que arribaron los Sres. Jueces preopinantes, en el sentido de no hacer lugar al recurso de casación, 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). _____

_____ La agravante proviene del carácter incestuoso de la relación. Es decir, la agravante se funda no en la violación a un específico deber de guarda que puede no existir y otros. 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. _____

_____ 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 la conducta 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 lo 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, 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. 13 y 297/299, es avalada por la declaración de la menor ante la cámara Gesell de fs. 20 y

vta., por declaración testimonial de la Lic. Carolina Picchi de fs. 86 y vta. y 299/300 vta.; por los informes psicológicos de la menor de fs. 16/18 y 109/110; pericia psiquiátrica e informe psicológico del imputado de fs. 92 y vta. y 258/259 vta. respectivamente; informe socio-ambiental de fs. 113/115; declaración testimonial de la Lic. Cornejo de fs. 313 y vta. y del Dr. Flores de fs. 314/315. _____

_____ 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 el vínculo.____ _____

_____ 6º) Que así planteadas las cosas, 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 condenatorio en el cual se ha motivado la sanción a imponer, no 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. _____

_____ 7º) Que a partir de lo expuesto, puede concluirse que la sentencia contiene una fundamentación adecuada respecto de los hechos atribuidos al acusado, sin que se advierta una valoración errónea de la prueba alegada por el recurrente. Nada hay en los fundamentos expuestos en el fallo que permitan establecer que se hubiesen transgredido los límites de las atribuciones discrecionales de apreciación de prueba propias del tribunal de juicio, o para llegar al estado de certeza sobre los hechos en los que se basa la acusación se haya procedido de manera arbitraria, por lo que corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto por la defensa de N.A. y, en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 323 y vta. y 326/336._____

_____ 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. 345/356._____

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

(Fdo.: Dres. Guillermo A. Posadas -Presidente- Guillermo A. Catalano, Abel Cornejo, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Félix Díaz

y Susana G. Kauffman de Martinelli -Jueces de Corte-. Ante mí: Dr. Gerardo J. H. Sosa –Secretario de Corte de Actuación-).