(Registro: Tomo 179: 09/30)

_____Salta, 26 de agosto de 2013._____
_____Y VISTOS: Estos autos caratulados **C/C EBJ– RECURSO DE CASACIÓN"** (Expte. Nº CJS 35.354/12), y_____
_____**CONSIDERANDO**: _____
_____La Dra. **Susana Graciela Kauffman de Martinelli,** dijo: _____
_____1º) Que a fs. 433/437 vta. el Fiscal de Cámara del Crimen Nº 4, interpone recurso de casación contra la sentencia de fs. 393 y vta. de la ex Cámara del Crimen Nº 4 que condena a BJE a la pena de nueve años de prisión efectiva, accesorias legales y costas por resultar autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con penetración calificado por la guarda (en número indeterminado de hechos) (arts. 119 3º párrafo y 4to. párrafo letra b), 45, 12, 19, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.) cuyos fundamentos rolan a fs. 418/429 vta. _____
_____2º) Que el recurrente motiva sus agravios en los supuestos previstos por los artículos 466 incs. 1º y 2º, 467 y cc. del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias) toda vez que el tribunal "a quo", al momento de la discusión final, enmarcó la conducta del imputado E. en el delito de abuso sexual con penetración calificado por resultar un grave daño en la salud física o mental de la víctima y por la convivencia con un menor de dieciocho años de edad, en número indeterminado de hechos (art. 119 3º párrafo calificado en función del 4º párrafo por los incs. a) y f) del C.P.), con una pena de nueve años de prisión efectiva._____
_____Señala que los sentenciantes han vulnerado las garantías del debido proceso y defensa en juicio, así como también el principio de congruencia y acusatorio, al condenar al imputado por un número indeterminado de hechos, cuando la acusación formulada fue por un solo hecho de abuso sexual con acceso carnal ocurrido el día 20 de julio de 2009, lo que afecta el principio acusatorio por el entendimiento que un juicio requiere, entre los presupuestos de la sentencia válida, una acusación. En ese sentido -continúa-, la acusación se circunscribió al hecho acaecido el día 20 de julio de 2009 después de haber concurrido la víctima a un velatorio en la localidad de La Merced, por lo que la reiteración de hechos por la que se pretende penar al imputado carece de aquél fundamento básico de la sentencia condenatoria, cual es la acusación. Luego dice que lo expuesto también vulnera el derecho de defensa en razón que la asistencia del encausado, al alegar, y en ejercicio del contradictorio, no ha efectuado apreciación alguna respecto del sinnúmero de hechos por el que la Cámara condena al imputado._____
_____Agrega, que en cuanto a la superación de la pena solicitada, los señores Jueces han vulnerado el principio acusatorio que debe regir en el proceso penal. En efecto, incurrieron en un pronunciamiento "ultra petita" al imponer un "quantum" de pena mayor a la requerida por quien tiene a su cargo la acusación. Sostiene que también se vulnera la prohibición de la "reformatio in peius" cuyo contenido material intenta evitar que se agrave la situación jurídica del imputado sin que medie requerimiento acusatorio en tal sentido, agravamiento que considera que ha ocurrido respecto de la situación de E quien ha quedado en una situación desfavorable. _____
_____Finalmente indica la ausencia de la debida fundamentación de la pena impuesta por el tribunal atento a que resulta aparente porque se ha valorado como agravante que la gravedad de los hechos perduran en el tiempo, cuando no se acusó al encausado por un número plural de hechos, sino por uno solo, por lo que valorar la duración o cantidad de hechos para aumentar la sanción a aplicarse resulta un exceso en el ejercicio de la potestad jurisdiccional del tribunal. Con relación

al daño psicológico -dice- causado a la menor valorado como agravante por parte de los sentenciantes, corresponde poner de relieve, que dicha circunstancia a lo largo de la tramitación de las presentes actuaciones fue valorada como agravante de la figura prevista en art. 119 tercer y cuarto párrafo, junto a la calificación establecida en el inc. f de la mencionada norma, sin que fueran resueltas por parte del tribunal, cuando el art. 403 del citado C.P.P establece que: “El tribunal resolverá todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio...”.

_____

_____3º) Que el Fiscal ante la Corte Nº 1 señala a fs. 465 que a los fines de no incurrir en reiteraciones estériles y en función de la unidad de acción que anima al Ministerio Público se remite a los fundamentos esgrimidos por el Fiscal de Cámara Nº 4. Sólo agrega que hace reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

_____

_____4º) Que la Asesora General de Incapaces en su dictamen de fs. 468 y vta. dijo que en primer lugar, y respecto del agravio referido a que el tribunal condenó por un número indeterminado de hechos, cuando el Sr. Fiscal acusó por un solo hecho, en orden a la protección de los derechos de los niños víctimas de delitos contra la integridad sexual, cabe recordar que el cumplimiento de la obligación del Estado como garante de la efectividad de la protección integral de los niños, exige que cuando se aborda un caso de abuso sexual infantil, se tenga especialmente en cuenta, al momento de formular la acusación, valorar los hechos y las pruebas rendidas durante el proceso penal, que se está frente a un fenómeno delictivo con características propias que lo diferencian de los restantes delitos del Código Penal. _____

_____Culmina con lo referido al agravio por la aplicación de una pena mayor a la solicitada por el Sr. Fiscal y dice que esta Corte tiene resuelto que la imposición de una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal, no constituye un agravio constitucional y, por ende, no viola las exigencias de esa índole sobre las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Tomo, 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre otros). _____

_____5º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 438/439), 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 y por parte legitimada (v. fs. 430 y 437 vta); además, la sentencia resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (arts. 466 incs. 1º y 2º, 46. y cc. del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias). Razón por la cual, cabe ingresar al examen de la cuestión planteada en el recurso. _____

_____6º) Que el tribunal “a quo” condenó a BJE a la pena de nueve años de prisión efectiva por resultar autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con penetración calificado por la guarda (en número indeterminado de hechos) al considerar que del análisis surge que no fue un solo hecho de abuso sexual con acceso carnal que tuvo el encausado con la víctima, sino que, como bien lo relatan los testigos y la propia víctima, ocurrió en varias ocasiones al punto que los menores percibieron esa conducta. Añade que la lógica y la experiencia indican que esos sucesos ocurren en forma reiterada, sin que se pueda precisar con exactitud, por la duración en el tiempo, la cantidad de oportunidades en que ocurrieron, situación que se agrava en autos por la minusvalía mental que presenta la damnificada, quién, a pesar de dicha discapacidad, dijo que sucedió en varias ocasiones.___

_____

_____Concluyó con la aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P. y dijo que debe tenerse en cuenta la gravedad de los hechos que perduran en el tiempo, el daño psíquico causado a la menor como surge del informe psicodiagnóstico efectuado el 19/11/09 donde consta que la disminución del rendimiento escolar de AV coincide con la época en que comenzaron los abusos, que fueron cada vez más frecuentes; la vulnerabilidad de la víctima por cuanto el ataque sexual provino de su padrastro, a quien llamaba papá; además de los rasgos psicológicos y psiquiátricos del encausado._____

_____7º) Que dentro de nuestro sistema republicano impera la división de poderes, donde el judicial tiene como función la actividad decisoria de juzgar o no sobre un hecho que ha llegado a su conocimiento sobre la base de una acusación cuyo poder se encuentra en manos del Ministerio Público Fiscal titular de la persecución penal. _____

_____Recordemos que el ejercicio y promoción de la acción penal es la que excita al poder jurisdiccional para su puesta en marcha, antes rige el principio “ne procedat iudex ex officio”. _____

_____Resulta interesante expresar en este tema lo manifestado por Lino E. Palacio, quien es citado por Eduardo Jauchen, cuando dice: “La función judicial comprende: 1) La actuación del juez de decidir los asuntos que se someten a su conocimiento, y el deber en que se encuentra de administrar justicia cada vez que esa actividad sea requerida en un caso concreto; 2) Es ejercida por órganos independientes, que integran un poder del Estado provisto de autonomía con relación a los poderes políticos, y que a diferencia de los órganos administrativos, no se hallan sujetos a las directivas o instrucciones de superiores jerárquicos; 3) Es indelegable, por cuanto el juez no puede delegar en otras personas el ejercicio de sus funciones (“Tratado de derecho procesal penal”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2012, Tomo I, pág. 441).___

_____Durante la etapa del juicio la situación queda concretada con la acusación fiscal y la del querellante, en su caso. En el proceso penal, superada la etapa de investigación, en la faz del juicio, la acción penal queda circunscripta, objetiva y subjetivamente al hecho y a la persona imputada. No es posible ampliar durante el debate esta demarcación; en consecuencia, el órgano jurisdiccional está limitado a decidir sólo sobre tal objeto y tal sujeto (cfr. Jauchen, ob. cit., págs. 707/708)._____

_____8º) Que de acuerdo a lo trazado el tribunal sentenciante fue constituido a los fines de ejercer su potestad represiva, basado en la producción de las pruebas ofrecidas por las partes en mérito a la acusación existente efectuada por el Ministerio Fiscal, a quienes, luego de haber culminado con la fase probatoria, le dio la palabra para que concluya con su alegato._____

_____A tales efectos el Fiscal de Cámara entendió que el hecho de abuso sexual con penetración calificado por resultar un grave daño en la salud física y mental de la víctima y por la convivencia con un menor de 18 años agravado conforme con el art. 119, 3º párrafo, inc. a) y f) en función del 4º párrafo del C.P., sucedió sólo una vez, que fue el día que fueron a “La Merced” por un velorio, el lunes 20 de julio de 2009, circunstancia sola sobre la que el tribunal sentenciante debió expedirse más allá de apreciaciones propias sobre otras circunstancias fácticas no analizadas por el Fiscal de Cámara. _____

_____9º) Que sin embargo el titular del Ministerio Público Fiscal en audiencia de debate realizó una valoración sobre las declaraciones testimoniales producidas, como la de la Sra. MMÁV y la de la menor damnificada, que dieron cuenta que la víctima fue abusada reiteradas veces.

_____Es sobre este punto donde corresponde efectuar un detenido análisis._____

_____Surge que cuando existe la pluralidad de hechos que claramente son dependientes entre sí y recaen sobre una misma figura penal, el Código Penal no trae una solución al respecto. _____

_____En ese sentido la doctrina ha abordado el desarrollo de aquella problemática bajo el nombre de delito continuado. _____

_____Al respecto Raúl Eugenio Zaffaroni señala que: “El concurso real tiene lugar cuando concurren varios hechos independientemente desvalorados por distintos tipos o por el mismo tipo. No así cuando, a pesar de la pluralidad de hechos, éstos son objeto de un desvalor normativo unitario que los hace recíprocamente dependientes. Es esto lo que ocurre con el delito continuado. Bajo esta denominación se consideran los casos de pluralidad de acciones homogéneas que, a pesar de encuadrar cada una de ellas en el mismo tipo penal o en tipos penales con igual núcleo típico, una vez realizada la primera, las posteriores se aprecian como continuación, presentado así una dependencia o vinculación en virtud de la cual se las somete a una única desvaloración normativa, que la reduce a una unidad delictual. Se trata de una pluralidad de hechos dependientes con identidad o similitud de encuadramiento, cuya ejecución sucesiva los presenta como la continuación de un mismo delito, cuyo contenido de injusto intensifican, sin multiplicarlo” (“Código penal y normas complementarias”, segunda edición actualizada, Ed. Hammurabi, Tomo 2, pág. 607)._____

_____Luego realiza un análisis de los requisitos esenciales propios de la doctrina elaborada. Dice: “Requisito subjetivo. Unidad de factor final. Exige unidad de resolución o determinación criminosa, la que se ejecuta a través de los sucesivos hechos, los que no serían más que la realización de esa única decisión. La teoría ha reaccionado frente al entendimiento del elemento subjetivo como unidad de resolución o de dolo, conformándose con exigir una continuidad de dolo o una homogeneidad de culpabilidad, aludiendo al elemento subjetivo por referencia al dolo de continuación en el sentido de requerir que cada decisión particular renueve una anterior, de tal manera que se presente una línea de continuidad psíquica. “Entre los requisitos objetivos se encuentran: 1) Pluralidad de acciones homogéneas. En el delito continuado estamos en presencia de pluralidad de acciones, esto es de actuaciones cada una de ellas por sí mismas completa y constitutiva, en un caso común, de un delito perfecto y autónomo. Para poder hablar de delito continuado, las distintas acciones deben presentar entre sí una semejanza sustancial. La continuación no está constituida por la sola pluralidad de acciones, sino precisamente por la homogeneidad de su serie o por la similitud en la forma de su ejecución; 2) Unidad de lesión jurídica. Resulta indudable que, para que una pluralidad de acciones se presente como aumento del contenido de injusto del mismo delito y no como un delito distinto, será imprescindible que se afecte el mismo bien jurídico. Siempre en referencia a este requisito de unidad de lesión jurídica algunos autores exigen la identidad del sujeto pasivo del delito, requisito este que no goza de consenso, al menos no respecto de todos los delitos. La doctrina dominante sólo acepta respecto de aquellos bienes jurídicos altamente personales como la vida, la integridad corporal o la libertad, más no respecto de la propiedad. Sobre el punto cuando la afectación del bien jurídico protegido implique una ingerencia física en la persona, la unidad de conducta continuada requiere identidad del titular del bien jurídico. Agrega que algunos autores, además de los requisitos mencionados, exigen otros, como ser una cierta conexión temporal y espacial y el aprovechamiento de la misma situación o relaciones.” (ob. cit., págs. 610/614).___

_____En ese sentido surge palmario la identidad del delito continuado en la presente causa, toda vez que la Sra. ORV en audiencia de debate

(fs. 381/382 vta.) dijo que “su hija le comentó que había sucedido en varias oportunidades, y que B la penetró muchas veces”, luego la Sra. YEM expresó en audiencia de debate (v. fs. 382 vta./383) que C fue a su casa y le comentó que el imputado y M estaban besándose, y cuando llevó a M a su casa le preguntó si tenía relaciones sexuales quien le contestó que la situación venía desde hace mucho tiempo”, por su parte CFIV manifestó en sede de instrucción (v. fs. 32 y vta.) que “el día 20 de julio se acercó a la habitación y pudo ver a su padrastro encima de su hermana, la estaba manoseando, por lo que optó por ir a hablar con su vecina Y”, que “los vio muchas veces, vio al imputado tocando a su hermana, las partes íntimas, los senos y la parte de abajo también”, “todo venía sucediendo por lo menos desde un año antes a la fecha”, asimismo MÁV en su declaración testimonial prestada en la instrucción (v. fs. 50 y vta.) dijo que “cuando su madre se había ido al cementerio pudo ver que su hermana M estaba acostada y su papá la quería besar acercándosele y ella se dejó, en otra oportunidad, cuando su hermano estaba haciendo las tareas, de pronto se fue al baño, se quedaron M y J adentro, observó al acusado que tomó a M de la cintura y la sentó encima de él, también vio otra vez cuando J se estaba acercando a su hermana por debajo de la colcha”, por último la propia víctima adujo en cámara Gesell que “luego que se ponía el preservativo le hacía el sexo, y que pasó varias veces desde que tenía once años, que lo hacían a la mañana, a la tarde y a la noche, y a veces hasta dos veces por día.”, todo lo cual demuestra la conducta delictiva de carácter continuado con el único designio de satisfacer el imputado su apetito sexual y lesionar idéntico bien jurídico, en este caso la integridad sexual de la menor, sumada la posibilidad de hacerlo sin barreras al encontrarse la menor conviviendo con el autor de los reiterados abusos sexuales, además de ejercer un temor psicológico en el entorno del grupo familiar más vulnerado, los otros hermanos menores, sobre los que ejercía violencia física y moral, mediante agresiones e insultos, más la situación de poder económico sobre el resto de los integrantes del núcleo familiar, todo lo cual demuestra el temor reverencial hacia la persona de BJE_____

_____10) Que sobre el particular resta aclarar la pena correspondiente a aplicar._____

_____Dice Zaffaroni al respecto que: “La consecuencia práctica más importante de la aceptación de la doctrina del delito continuado la constituye la aplicación de una sola pena: la correspondiente al delito en la cual encuadra la pluralidad de acciones o la pena mayor cuando algunas encuadren en un tipo simple y otras en uno calificado.” (ob. cit., pág. 615)._____

_____Resulta claro que la figura más grave encuadra, como lo solicitó el fiscal de cámara, en la del abuso sexual con acceso carnal calificado por resultar un grave daño en la salud física o mental de la víctima y por la convivencia con un menor de 18 años agravado, previsto y reprimido por el art. 119 3º párrafo agravados por los incs. a) y f) del 4º párrafo del C.P., cuya pena oscila entre los ocho a veinte años de reclusión o prisión._____

_____Conviene recordar que conforme con el precedente “Amodio” del 12/06/07 (Fallos, 330:2658) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la potestad del órgano jurisdiccional al ejercer las atribuciones de los arts. 40 y 41 del C.P. no se encuentra limitada por el concreto pedido de pena efectuado por el Ministerio Público Fiscal._____

_____En dicha causa, se encontró penalmente responsable al acusado del delito de lesiones culposas de “gravísima magnitud” y, habiendo solicitado en su alegato el Fiscal la pena de dos años de prisión de ejecución en suspenso y cuatro años de inhabilitación especial para ejercer la profesión de médico, el juez de primera instancia,

apartándose del pedido pero dentro del marco punitivo del art. 94 del C.P., lo condenó a la pena de tres años de prisión en suspenso y de cuatro años de inhabilitación especial para ejercer la profesión de médico. Rechazada la casación interpuesta por la defensa contra el fallo y denegado el remedio federal, el más alto Tribunal Federal por mayoría desestimó la queja impetrada en tanto el recurso extraordinario que la originara era inadmisible. _____

_____Ello implica, entonces, que de conformidad a la reciente doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citada, la imposición de una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal, no constituye agravio constitucional y, por ende, no viola las exigencias de ese índole sobre las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos, 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros).___

_____Además es dable resaltar que a partir de ese precedente esa postura ha sido puesta de manifiesto por distintos tribunales del país, así por ejemplo, por la Cámara Nacional de Casación Penal, sala III en “López Márquez, Irma Amanda”, fallo del 13/08/2008, y en “Farías, Claudio Marcelo”, fallo del 13/08/2008. _____

_____Conforme a ese criterio la Cámara de Casación Penal también se expidió al respecto y expresó que: “La potestad jurisdiccional de individualizar la pena a imponer a un condenado no debe interpretarse como limitada por aquella sanción solicitada por el acusador público y por ello, que el sentenciante haya aplicado una sanción más gravosa que la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal no implica una violación a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso, consagradas por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Sin duda alguna, el Ministerio Público es el titular de la acción penal y es quien tiene el deber de provocar y requerir la actuación de la ley, pero le compete al tribunal declarar cuál es voluntad de esa ley en el caso concreto sometido a juicio (Sala II, 18-05-2007, “TNCA A.”; También, 21-9-2006, “in re” “RNS s/ Recurso de casación”, causa 6533, reg. 9040; Sala I, 21-12-2001, AFG s/ Recurso de casación”, causa 3800, reg. 4798; Sala III, 18-11-2002, “SMC y otro s/ Recurso de casación”, causa 3933, reg. 655/02; Sala IV, 06-11-2000, “GSED s/ Recurso de casación”, reg. 2960, entre otras). _____

_____11) Que si bien el cuarto párrafo inc. a) agrava la figura del abuso sexual con acceso carnal, en este caso, la pauta del art. 41 dice con claridad que se tendrá en cuenta la extensión del daño, es decir la magnitud de aquella agravante, y como bien lo expresó el tribunal sentenciante fue la disminución en el rendimiento escolar de la menor víctima._____

_____12) Que el abuso sexual infantil agravado por la guarda 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 estos hechos no son normalmente públicos sino que acontecen en la esfera privada, en la intimidad y sin testigos. _____

_____Es preciso considerar como marco normativo en el análisis de la presente causa, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional, así como la Ley 26601 de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes que expresan los principios rectores aplicables en estos supuestos. _____

_____El artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño prescribe que en todas las medidas concernientes a los niños, entre otros operadores, los tribunales, una consideración primordial a que se

atenderá será el interés superior del niño. A su vez la Ley 26601 recoge este principio del “favor minoris” al establecer que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños o adolescentes, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (art. 3º). _____

_____También la Convención dispone en sus artículos 19 y 34 la protección de los niños y niñas contra toda forma de violencia o perjuicio, incluido el abuso sexual, que también lo prevé la Ley 26601 en sus arts. 9º, 27 y concordantes, constituyendo en responsable al Estado signatario frente a su incumplimiento. _____

_____13) Que en virtud de lo expuesto corresponde hacer lugar en forma parcial al recurso de casación interpuesto a fs. 433/437 vta. y en su mérito condenar a BJE por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por resultar un grave daño en la salud mental de la víctima y por la convivencia existente con la menor de dieciocho años, con el carácter de delito continuado, y confirmar la pena de nueve años de prisión al encontrarse debidamente motivada en la sentencia atacada conforme con las pautas previstas por los arts. 40 y 41 del C.P.__

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

_____1º) Que a fs. 433/437 vta. el Fiscal de la Cámara del Crimen Nº 4, interpone recurso de casación contra la sentencia de la ex Cámara Cuarta en lo Criminal de fs. 393 y vta., cuyos fundamentos obran a fs. 418/429 vta., que condenó a BJE a la pena de nueve años de prisión por resultar autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con penetración calificado por la guarda (en número indeterminado de hechos), en los términos del art. 119 3er. y 4to. párrafos inc. b) del C.P.). _____

_____2°) Que el recurrente manifiesta, medularmente, que se acusó por un solo hecho delictivo y que, por ende, la referencia plural de la condena viola el debido proceso y la defensa en juicio. Sostiene que lo mismo sucede con la pena aplicada, que es superior a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal. _____

_____3º) Que el Fiscal ante la Corte N° 1 sostiene el recurso a fs. 465, se remite a sus fundamentos y hace reserva del recurso extraordinario federal. _____

_____La Asesora General de Incapaces estima a fs. 468 y vta. que el recurso debe ser rechazado. Además, refiere a los derechos constitucionales del niño, al debido proceso y a jurisprudencia de esta Corte que impediría que la impugnación prospere. _____

_____4º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 438/439), 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 la casación ha sido presentada en término, por parte legitimada y contra una sentencia definitiva que podría causar un perjuicio de difícil o imposible reparación ulterior (v. fs. 430 y 437 vta.). Razón por la cual, cabe ingresar al examen de la cuestión planteada en el recurso. _____

_____5º) Que las críticas al fallo impugnado -atinentes a la supuesta condena por hechos no acusados- no se condicen con lo resuelto, pues el pronunciamiento refleja las distintas manifestaciones del titular de la acción -requerimiento de juicio y alegatos-, las cuales resultan contestes con el objeto procesal fijado en el procesamiento._____

_____Sobre el particular, esta Corte tiene dicho que todo pronunciamiento jurisdiccional sólo puede referirse al hecho y a las circunstancias contenidas o delimitadas en el concreto ejercicio

requirente (Tomo 145:1). Esa hipótesis, que es sometida a consideración del juez por el actor penal, determina los límites de su decisión y constituye el concreto asunto de la vida en torno del cual gira el proceso._____

_____En ese contexto, este Tribunal ha señalado que el significado jurídico de "plataforma fáctica" y de "hecho delictivo" son distintos. Lo primero es el evento histórico rodeado de circunstancias de esa índole que sitúan en tiempo y lugar determinado a la única conducta o a las conductas delictivas independientes que fueran materia de imputación; contiene, así, sus antecedentes y otros factores con relevancia penal, como es el caso de "la reiteración indeterminada de conductas" que constituye el objeto del recurso bajo examen (Tomo 145:39)._____

_____A su vez, según se puntualizara en el precedente citado, el "hecho" -también ubicado en el plano óntico- se traduce en una fórmula legal que indica la trasgresión a la norma penal, cuyo significado -idéntico al de "delito"- es armónicamente asignado por el Código Penal (por ej. arts. 34 inc. 1º, 45, 54, 55 y 63) y por el Código Procesal Penal (texto según Ley 6345 y modificatorias), muy especialmente, al establecer los requisitos de la acusación (arts. 341 inc. 2º, 354 inc. 2° y 386) y de la sentencia (arts. 403 y 404). _____

_____A tenor de lo expuesto, puede advertirse que la condena impuesta a BJE, lo es por un único hecho delictivo y, en los términos de la sentencia, no configura un caso de pluralidad delictiva, tanto en su especie formal como real (arts. 54 y 55 del C.P.), ergo, respeta los límites de la acusación._____

_____De ese modo, la referencia "en número indeterminado de hechos" que motivó el recurso, bajo ningún aspecto implica una adecuación de la conducta imputada que pueda fundar la responsabilidad penal del acusado; en cambio, su efecto excluyente es el de consignar ciertas circunstancias del único delito, ponderadas por el tribunal de juicio al sólo efecto de determinar la medida de la pena (art. 41 del C.P.) y que -contenidas en el objeto procesal-, aun sin precisiones _____temporales específicas, fueron materia de acusación, intimación, prueba y defensa; aspectos que otorgan legitimidad y razonabilidad a la condena (cfr. CSJN, Fallos, 325:3118)._____

_____6º) Que por otra parte, esta Corte ha precisado que la potestad del órgano jurisdiccional al ejercer las atribuciones de los arts. 40 y 41 del C.P. no se encuentra limitada por el concreto pedido de pena efectuado por el Ministerio Público Fiscal (Tomo 142:99). Ello constituye un corolario de la garantía penal de "judicialidad" consagrada en el art. 18 de la C.N., los arts. 14.1 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.1 y 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; pilar fundamental de nuestro derecho penal según el cual la pena debe encontrarse previamente establecida en la ley y sólo puede ser impuesta por el juez competente (esta Corte, Tomo 149:337). _____

_____Además, al determinar las pautas para la individualización judicial de la pena, con meridiana claridad y en armonía con las cláusulas supralegales la ley de fondo precisa que "los tribunales fijarán la condenación" (arts. 40 y 41 del C.P.); a lo que cabe agregar que, conforme constante doctrina del Superior Tribunal de la Nación (Fallos, 189:34; 308:1557, entre muchos otros), la existencia de una acusación concreta y oportunamente intimada -base del juicio penal- cumple las exigencias del debido proceso y salvaguarda absolutamente el derecho de defensa, en un todo de acuerdo a las mencionadas garantías de legalidad y de judicialidad. _____

_____Entonces, los agravios formulados al respecto tampoco pueden prosperar, máxime cuando la pena de nueve años de prisión impuesta al acusado encuentra fundamento en las constancias de autos, surge de las

circunstancias enumeradas en los arts. 40 y 41 del C.P. y es conteste con la doctrina desarrollada por esta Corte en su precedente de Tomo 127:589._____

_____7º) Que por consiguiente, el recurso debe ser rechazado. ___

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

_____Por razones de brevedad doy por reproducida la reseña de los hechos efectuada en los considerandos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del voto de los distinguidos Sres. Jueces preopinantes, y sin que ello implique un cambio en el criterio sostenido por el suscripto en materia de delitos contra la integridad sexual, también comparto la solución jurídica a la que arribaron en el sentido de no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal de Cámara. _____

_____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. 433/437 vta.__

_____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 Graciela Kauffman de Martinelli y Sergio Fabián Vittar -Jueces de Corte-. Ante mí: Dra. Mónica Vasile de Alonso –Secretaria de Corte de Actuación-).