(Registro: Tomo 182:845/868)

_____Salta, 31 de octubre de 2013._____

_____Y VISTOS: Estos autos caratulados **C/C MMA – RECURSO DE CASACIÓN** (Expte. Nº CJS 36.019/12), y _____

_____**CONSIDERANDO**: _____

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

_____1º) Que a fs. 254/261, el Dr. Jorge Antonio Causarano, ejerciendo la defensa técnica de MAM, interpone recurso de casación contra la sentencia de la ex Cámara Tercera en lo Criminal, de fs. 224, cuyos fundamentos obran a fs. 240/252, que condena al nombrado por resultar autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual simple calificado por el vínculo en forma continuada, a la pena de cinco años de prisión efectiva (arts. 119 primer y último párrafo con relación al inc. b), 12, 19, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.). _____

_____2º) Que el recurrente sostiene que el fallo carece de una especificación circunstanciada de los hechos. Le atribuye, también, falta de fundamentación suficiente y explica que, al condenar a su defendido por abuso sexual simple calificado por el vínculo y continuado supone la imputación de varios hechos que, asegura, no se encuentran detallados en forma individualizada y/o temporal._____

_____Alega que el tribunal “a quo” hace una valoración parcializada de la prueba, restando importancia a los dichos del acusado y a las que son favorables a su situación. _____

_____Afirma que no existen elementos de convicción que generen certeza para condenar. Asegura que el decisorio se funda en los dichos de la menor que, en su opinión, no son avalados por otras pruebas. En consecuencia, solicita se absuelva a MAM en virtud del principio “in dubio pro reo”._____

_____3º) Que en su informe de fs. 283/285, la Dra. Silvia Marcela Ibarguren, Asesora de Incapaces Nº 6, opinó, tomando como marco integral normativo el contenido de la Convención de los Derechos del Niño y la Ley 26061 de Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y las características particulares del delito investigado, que debía tenerse en cuenta que los hechos ocurrieron en la intimidad y en ausencia de testigos, lo que provocó en la menor trastornos psicológicos, por lo que concluyó sugiriendo que debía rechazarse el recurso interpuesto. _____

_____4º) Que a su turno, en su informe de fs. 280/281 vta., el Sr. Fiscal ante la Corte Nº 1, luego de hacer una breve reseña de los agravios más relevantes y por los fundamentos allí expuestos, opinó que no corresponde hacer lugar al recurso de casación. _____

_____5º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 262/263 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 y por parte legitimada (v. fs. 253 y 261 vta.); además, la resolución resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (arts. 466 inc. 3º, 469 inc. 1º 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” consideró debidamente probado que el acusado realizó sobre el cuerpo de la víctima actos libidinosos de neto contenido sexual, consistentes en tocamientos impúdicos en los genitales y senos de la menor, ultrajando así la libertad corporal de SM que a la época de los sucesos contaba entre 8 y 9 años de edad.

_____En efecto, para ello se tuvo en cuenta lo dicho por la menor en

cámara Gessel (fs. 66/67). Al respecto, esta Corte ha sostenido que los delitos de contenido sexual se cometen generalmente sin la presencia de testigos, y por ello adquieren fundamental relevancia los dichos de la víctima, al extremo que nada impide que un pronunciamiento condenatorio se sustente sólo en esa declaración testimonial, siempre y cuando ésta sea objeto de un riguroso análisis y se expongan los aspectos que determinan que le sea asignada credibilidad (Tomo 119:269; 138:771; 156:1057).

7º) Que en atención a la forma en que se comprueban hechos como el denunciado, cabe recordar que "la naturaleza del delito de abuso sexual y la manera de ponderar las pruebas que se produjeren en el curso del debate, en su generalidad, se desarrollan en ámbitos privados o aislados, que resultan proclives a su consumación y frente a ello debe admitirse el análisis de todo rastro, vestigio e indicio a efectos de dilucidar lo acontecido, pues de lo contrario se correría el riesgo de que la simple ausencia de testigos implicara la impunidad. Los indicios o rastros o vestigios, no pueden dejar de ser sometidos a una evaluación crítica, desde que su eficacia se funda en su calidad y no en su cantidad" (cfr. Superior Tribunal de Justicia de Chubut, 15/12/2006, "P., M.A. s/ abuso sexual", magistrados: Pfleger, Cortelezzi, Panizzi, publicado en CHU 18437 y Lexis Nexis, sumario Nº 15/16064).

8º) Que no resulta admisible el argumento defensivo que motiva el presente recurso y que se limita a afirmar unilateralmente que hubo una valoración parcializada de la prueba toda vez que esta Corte ya sostuvo que la mera discrepancia personal del recurrente no habilita a invalidar el examen del cuadro probatorio, si la apreciación del tribunal de juicio sobre el valor convictivo de los distintos elementos recolectados durante el juicio y el grado de convencimiento que aquellos puedan producir, es acorde a las reglas de la sana crítica, y no se constata una valoración arbitraria, absurda o ilógica de la prueba, cuya compulsa debe ser amplia ante esta sede, especialmente respecto de aquellos elementos de prueba disponibles para este Tribunal (Tomo 123:55; 138:771).

9º) Que para superar las dificultades probatorias descritas, la conclusión incriminatoria contra MAM, lejos del método de "íntima convicción", parte de la credibilidad que le merecen los dichos de la menor, afirmada por el tribunal gracias a los beneficios de la inmediación, correlacionado con las declaraciones testimoniales de su tía LFM -quién de manera categórica afirma creer en los dichos de su sobrina-, IR –maestra de la menor quién expresa que a pedido suyo la niña contó todo en una carta que escribió en la escuela (v. fs. 14) y MOC -directora del establecimiento escolar, quien labró el acta de fs. 12-; el examen psicológico de la menor –del que surge que no se observa tendencia a la mendacidad ni fabulación patológica y se advierte que fue dañada en su integridad sexual produciéndole sentimientos de aniquilación entremezclados con otros de gratificación- y pericia psicológica practicada a M. (fs. 79/80) de la que surge que presenta una personalidad que le permite llevar a cabo actos como los imputados.

10) Que es propicio destacar que la certeza necesaria para condenar no debe insoslayablemente surgir de un panorama totalmente desprovisto de elementos favorables a la posición del acusado; es claro que una exigencia de tal naturaleza determinaría que prácticamente cualquier movimiento defensivo en el plano de la prueba, o cualquier debilidad de la evidencia frustraran la posibilidad de una condena. Sin embargo, la viabilidad de un pronunciamiento contrario al acusado requiere un convencimiento razonablemente alcanzado mediante el triunfo racional de los factores incriminantes por sobre los que revisten carácter neutro o favorable al encausado, situación ésta que,

como quedara dicho, se ha producido en la presente causa._____
_____11) Que se advierte una adecuada fundamentación de la sentencia del tribunal actuante, conforme emerge del plexo probatorio atinente a los hechos juzgados, valorados según las reglas de la lógica y el método de la libre convicción. Por otra parte, nada hay en los fundamentos expuestos en el fallo que permita establecer que se han transgredido los límites de las atribuciones discrecionales de apreciación propias del tribunal de juicio, o que para llegar al estado de certeza sobre los hechos en los que se basa la acusación, se haya procedido de un modo arbitrario o sólo arraigado en la íntima convicción de los jueces._____
_____12) Que por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación y confirmar la sentencia que condena a MAM en todos sus términos._____
_____El Dr. **Guillermo Alberto Posadas**, dijo:_____
_____Por sus fundamentos, adhiero al voto que antecede. _____
_____El Dr. **Abel Cornejo**, dijo:_____
_____1°) Que doy por reproducida la reseña de los hechos efectuada por los distinguidos Sres. Jueces preopinantes en los considerandos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º de su voto, como así también comparto la solución jurídica a la que arribaron en el sentido de no hacer lugar al recurso de casación interpuesto, no obstante lo cual, considero oportuno esgrimir mis propios fundamentos. _____
_____2º) Que antes que nada es dable señalar que, en los delitos contra la integridad sexual, cuando la víctima es una 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 prefieren actuar a hurtadillas precisamente para no ser descubiertos. Este rasgo de la personalidad de los infractores a la integridad sexual no debe perderse nunca de vista, porque los infractores, porque los abusadores, los violadores o los ultrajadores tienen en común dos características: operar sobre la víctima desprevenida y elegir el momento del ataque, cuando nadie puede percatarse de su abyecto cometido. _____
_____En la especie, no se advierten motivos para una absolución que desincrimine libremente de culpa y cargo al encartado, sino por el contrario, es fácil advertir que los conceptos vertidos párrafos arriba se reiteran en el “sub judice” por lo que no debe circunscribirse, sin antes exculpar formalmente al causante, es pretender acotar su conducta en la libido, dado que la integridad sexual no se tutela sólo desde dicha óptica, que por estricta puede generar mayores disturbios, sino en la falta absoluta de libertad de la víctima, que por su propia condición, no sólo no tenía el discernimiento indispensable, sino que las consecuencias sobre su personalidad y equilibrio psíquico pueden ser determinantes para el resto de su vida, dejándole secuelas indelebles._____
_____Ahora bien, enseña Donna, que si bien la doctrina ha tratado de enfocar el bien jurídico con distintas palabras, analizando el contenido del art. 119 3er. párrafo del C.P., puede afirmarse que la ley tiene en cuenta, en primer lugar la libertad individual, en cuanto hace a la integridad sexual de las personas. Esta libertad puede ser entendida desde un doble aspecto, positivo-dinámico, por un lado, como la capacidad de libre disposición del propio cuerpo a los efectos sexuales, es decir del consentimiento de la víctima de mantener trato sexual con terceros con arreglo a su querer libre y consiente. Por otro lado, negativo-pasivo, esto es, la capacidad del sujeto de no ejecutar actos de naturaleza sexual que no desee. _____
_____
_____Esta noción de libertad se puede utilizar cuando la violación

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

_____La misma idea es la que guía el problema de los menores de 13 años, en este caso la protección es el ámbito de libertad, a lo que se agrega el problema de la inmadurez sexual de la víctima. Por eso en segundo lugar, además de la violación a la autonomía de la libertad, especializada en el ámbito sexual, se puede afirmar que también está en juego la intangibilidad sexual o indemnidad sexual. La doctrina ha afirmado que se trata de una invasión o 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 impide prestar válidamente su consentimiento, o bien la violencia lo elimina, reemplazando así la voluntad de la víctima –efectiva o presumida por la ley- por la suya (Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 567/569)._____

_____Conforme a ello, se ha dicho con acierto que el abuso sexual simple es un delito doloso representado por la finalidad impúdica del actor que cede a un impuso repentino, rápidamente satisfecho sin consumar el acceso carnal ni someter al menor a tratamientos lascivos de otro tipo que pudiesen ser indicativos de que se propuso o hizo factible la corrupción de menores. Para juzgar desviación futura del comportamiento sexual de la víctima y para la estimación de la pena aplicable, es esencial tener en cuenta su grado de madurez a fin de estimar el alcance del daño sufrido. Con ello si el daño sufrido por la menor se ha acreditado mediante el informe que destaca que se encuentra bajo estado de stress traumático compatible con abuso sexual y que no detecta fabulación patológica ni exacerbación imaginativa patológica corresponde confirmar el procesamiento decretado (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala V, 20-3-2003 "Rojas Luis Santiago"). _____

_____En igual sentido se ha dicho que corresponde calificar la conducta del imputado como abuso sexual simple de una menor en los términos del art. 119 del C.P, primer párrafo, si se acreditó que su intención tendía a desahogar sus propias apetencias sexuales._____

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

_____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 su hija menor. Las conclusiones a las que se arriba en la sentencia recurrida en casación son sólidas, dado que en el caso como el que se dirimió la cuestión era inexorable no sólo un examen psicológico profundo sobre la personalidad del agresor sexual, sino también un examen médico, lo que sí ocurrió en el caso conforme las constancias obrantes en autos; de allí que se comprende que se haya arribado a una conclusión categórica, cuando la investigación quedó concluida por un veredicto que posee congruencia en la decisión final, en el análisis entre el hecho denunciado y sus pruebas. Tratándose de una menor, lo esencial para no vulnerar el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; es no adoptar criterios ceñidos en conceptos estancos, porque lo esencial es tutelar la integridad física y moral de un menor, no evaluar si el proceder depravado del que fue objeto tendía a satisfacer o no la libido del agresor sexual._____

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

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

por consiguiente su actividad, y quedando su conducta condicionada en concordancia con su estado pasional. _____

_____Dentro de ese orden de ideas Riu y Tavella sostienen que: desde ya se producirá una canalización existencial unilateral del individuo con desatención a toda otra actividad ajena. Estos estados que no significan patología y que pueden ser experimentados por cualquier persona en determinados momentos de su vida, lo cual es bastante común, pueden llevar al individuo a un estado patológico cuando su pasión llega a la producción de ideas sobrevaloradoras de connotación anormal. Sobre todo que, generalmente, en esos casos, dichas ideas presentan una extraordinaria firmeza y una muy difícil reductibilidad. A renglón seguido, los autores acotan: si bien en esos casos no puede hablarse de una sensible desviación del juicio, se hace evidente una marcada propensión conductal acorde al profundo convencimiento que dichas ideas llevan implícito, y la persona focalizará su existencia alrededor de ella con una reducción de las demás expectativas evolutivas psíquicas, pues toda su actividad mental se hallará impregnada del tono típico de la pasión subyugante (“Psiquiatría forense”, 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, ibídem, 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; se profundizó en pericias psicológicas y psiquiátricas, informe social sobre las condiciones de vida del imputado, ámbito socio cultural, costumbres y prácticas comunes; condiciones en las 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, simultánea de los derechos y garantías reconocidos en el mencionado instrumento, disponiendo, además, que cuando exista conflicto entre los derechos e interés del niño frente a otro derecho e interés igualmente legítimo prevalecerán los primeros. Asimismo, a través, de numerosos artículos declara, en primer lugar, la condición del niño como sujeto de derecho, su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, su derecho a la dignidad y a la integridad personal, como así también coloca en cabeza del Estado una serie de obligaciones consistentes en adoptar las medidas que fuesen necesarias para proteger a los niños del abuso sexual, entre otros. Debe destacarse lo dispuesto en el art. 3º inc. 1º de la referida Convención que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.___

_____Por su parte la jurisprudencia tiene dicho que "el interés superior del niño" aludido en el art. 3º de la Convención sobre sus derechos, tiende a dos finalidades básicas que son la de ser pauta de decisión de un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional para protegerlo. Se trata de un parámetro objetivo para la resolución de conflictos entre un menor y un adulto, debiendo

definirse la antinomia por lo que resulte de mayor beneficio para el menor. En controversia el interés del niño y el del adulto, de esta manera se prioriza el de aquél (CNCiv., Sala H, 30-06-95, cit. por Dutto, en ob. cit., entonces inédito, y Derecho de Familia 11-173).

_____El niño tiene derecho a una especial protección y, considerando sus derechos, que la tutela de los mismos debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial. "De modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda ocurrir en cada caso y, por lo tanto, toda decisión sobre el tema, debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección" (CNCiv, Sala A, 28-5-96, D.J. 1997-01-228, cit. D´Antonio, ob. aquí cit. texto y nota 22, pág. 48).

_____4º) Que finalmente es del caso recordar que ésta Corte tiene dicho en numerosos precedentes (Tomo 119:269, 120:1,133) que en nuestro sistema procesal rigen la libertad probatoria y la sana crítica racional. Ello implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descriptos por la ley y que, sean cuales fueren los que se arrimasen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme a las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directivas o tasación alguna. En consecuencia, le es dable al tribunal fundar su certeza a partir de aquellos elementos conducentes para el esclarecimiento de la verdad y nada impide que un pronunciamiento condenatorio se sustente con el testimonio de la víctima, siempre y cuando, ésta sea objeto de un riguroso análisis y se expongan los aspectos que determinarán que le sea asignada credibilidad._____

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

_____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 de lo expresado por la menor en cámara Gessel a fs. 66/67, quien manifestó ser abusada sexualmente por el imputado, señalando que los hechos se llevaron a cabo en la casa de su abuela y a distintas horas y describiendo las prácticas sexuales a las que fue sometida; todo lo cual ha sido corroborado por otros elementos de convicción. Asimismo la denuncia de fs. 1 y 2 efectuada por M.O.C., ratificada a fs. 22 y 202 vta./204, es avalada con las pericias psicológicas y psiquiátricas del imputado de fs. 77 y 79/80 respectivamente, con el informe psicológico de la menor de fs. 99/100, con el informe social del imputado de fs. 102/103; copias de actas de fs. 207/213, labradas por docentes y directivos de la escuela; y por las declaraciones testimoniales de I.R. de fs. 31/32 y 214/216, de EAV de fs. 34 y vta. y 198 vta./200 vta., de GASG de fs. 86/87 y 200 vta./202 vta., de LFM de fs. 88/89 y 204/205 vta.

_____5º) Que de tal modo basándose en pruebas pertinentes y aptas, congruentes entre sí y producidas 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 los dichos de la víctima fueron debidamente corroborados, cabe concluir que el "a quo" formó su convencimiento

conforme la sana crítica racional al encontrar penalmente responsable al acusado por el delito de abuso sexual calificado por el vínculo.

_____

_____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 no 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.

_____

_____6º) Que 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 MAM, y en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 224 y 240/252. _____

_____El Dr. **Guillermo Félix Díaz**, dijo: _____

_____1º) Que comparto el voto de los Dres. Vittar, Catalano y Ferraris, toda vez que se advierte una adecuada fundamentación de la sentencia del tribunal actuante, conforme emerge del plexo probatorio atinente a los hechos juzgados, valorados según las reglas de la lógica y el método de la libre convicción. Por otra parte, no hay en los razonamientos expuestos en el fallo aspectos que revelen que se han transgredido los límites de las atribuciones discrecionales de apreciación propias del tribunal de juicio, o que para llegar al estado de certeza sobre los hechos en los que se basa la acusación, se haya procedido de un modo arbitrario o sólo arraigado en la íntima convicción de los jueces. _____

_____2º) Que no obstante ello, estimo atinado señalar, en relación a la fundada imposibilidad de determinar con precisión el número de hechos imputados, que debe tenerse a esta multiplicidad de conductas como una situación de abuso, una suma indefinida de actos acreditados en sus aspectos principales, que se ha prolongado en el tiempo y que encaja en la norma penal, lo que incide decisivamente al momento de establecer el monto punitivo. Corresponde señalar que en casos similares al presente la Jurisprudencia ha sostenido que: “Respecto de las conductas delictivas juzgadas, lo cierto es que no se concluyó en la indeterminación de esos hechos sino que, por sus características de tiempo, lugar, modo y ocasión en que fueron cometidas, lógicamente debió establecerse que fueron ejecutadas en forma indeterminadamente reiterada, es decir, que no es posible precisar detalladamente, dada su habitualidad, el número exacto de los abusos perpetrados. Circunstancia que, en relación a los delitos de que se trata, no se advierte como una falencia que atente contra la falta de descripción del hecho que se consideró acreditado, en sus aspectos esenciales" (Dr. Hornos, según su voto, causa Nº 6.820 "M. D., V. s/ recurso de casación" – Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, 17/06/2009, publicado en el Dial.com). _____

_____Sin embargo, esta variación del encuadre jurídico no implica en

el caso una modificación en la ponderación de la concreta punición impuesta a MAM, ya que la escala resultante de aplicar el art. 55 del C.P. a partir de la retiración de hechos narrados por la menor víctima y los parámetros fijados por los arts. 40 y 41 del mencionado digesto, conducen a considerar como adecuados los cinco años de prisión efectiva decididos por el tribunal de sentencia. _____

_____3º) Que por ello, estimo que debe modificarse parcialmente la sentencia de fs. 224 y 240/252, teniendo a MAM como autor responsable del delito de abuso sexual simple reiterado, calificado por el vínculo, conforme los arts. 119 primer y último párrafo en relación al inciso b), y 55 del Código Penal, manteniendo el monto punitivo dispuesto por el tribunal "a quo" de cinco años de prisión efectiva. _____

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

_____1º) Que adhiero a la solución jurídica a la que se arriba en el primer voto sin perjuicio de efectuar las siguientes consideraciones. _____

_____2º) Que resulta de aplicación al caso en examen la Convención de los derechos del niño y la Ley 26061 por lo que es el superior interés de la menor lo que debe primar en el juzgamiento del caso. En el preámbulo de la Convención se consigna en forma expresa que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal". _____

_____De la misma manera el artículo 19 de la Convención prescribe que los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño/a contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño/a se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo._____

_____A su vez el art. 2º de la Ley 26601 establece la aplicación obligatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Asimismo prescribe, en el segundo párrafo, que los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles. _____

_____3º) Que a los fines de resolver el presente es preciso valorar la prueba producida sin perder de vista que la víctima es una niña que, al momento del hecho, contaba con tan sólo ocho años de edad y que quien abusó de ella fue su padre._____

_____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. _____

_____De allí que las declaraciones coincidentes de la víctima unidas a los informes psicológicos de la misma y del imputado adquieran particular relevancia._____

_____La niña abusada declaró en cámara Gesell -fs. 66/67- que "él la tocaba todas sus partes, vagina, cola y los pechos (lo señala apretándolos), algunas veces la tocaba y otras no, me acariciaba la cabeza, otra noche la parte de adelante". Agrega la niña que "su papá le decía que no cuente para no ir a la cárcel y le hizo caso". Debe

tenerse en cuenta que en el informe psicológico de fs. 99/100 no se percibe mendacidad ni fabulación en la menor y, por el contrario, se observa daño en su integridad sexual lo que le produce sentimientos de aniquilamiento que se entremezclan con otros de gratificación, mediante la naturalización del accionar de su padre en un proceso de acomodamiento en donde el agresor puso en práctica el juego de la seducción e implementó la manipulación para lograr que la víctima terminara subordinada a sus deseos. _____

_____La pericia psicológica de la menor arroja datos concordantes con el perfil psicológico del agresor, quién presenta una estructura perversa de personalidad, acomodando la realidad a su conveniencia y según su propia lógica. “Entroniza al otro, le hace creer que tiene un lugar predominante y luego lo destituye rebajándolo al lugar de objeto a través de quien busca satisfacerse...”. Se añade en el informe pericial que puede manifestar comportamientos agresivos, intrusivos, controladores y oposicionistas; suele actuar por lo bajo, sin pensar en las consecuencias que su accionar pueda provocar en los demás. Se dice además que presenta una sexualidad inmadura, infantil, en la que se infiere una modalidad de satisfacción parcial relacionada con el tocar y ser tocado. _____

_____Tales conclusiones, en conjunto, son claras y contundentes respecto del imputado como para rechazar el recurso deducido._____

_____Es preciso considerar que en los casos de delitos de abuso sexual es casi imposible contar con testigos directos del hecho por lo que el juzgador debe basarse principalmente en los dichos de la víctima o de las personas que tomaron conocimiento del hecho a través de sus dichos y en las conclusiones de los expertos, principios que el Tribunal ha tenido en cuenta al momento de valorar los testimonios de la niña, en concordancia con las periciales efectuadas. _____

_____4º) Que no debe obviarse que el sistema internacional de protección y promoción de los derechos humanos ha incluido una cláusula de igualdad en todos sus instrumentos principales así como la prohibición de discriminar en el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. _____

_____La responsabilidad del Estado es central para una interpretación expansiva de los derechos humanos que busca incluir los derechos de las mujeres a la vida, libertad, seguridad personal y, por sobre todo, la inclusión de aquéllas que son abusadas, física, psíquica o sexualmente por una persona que convive con ellas en el hogar, con la que se encuentran en una posición de dominación-sometimiento._____

_____5º) Que debe aplicarse especialmente la Convención de Belem do Pará (año 1994) incorporada a nuestra legislación por Ley 23179, la que define en su art. 1º la violencia de género: “La violencia contra la mujer es cualquier acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. A su vez el art. 2º prescribe: “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual...”, lo que aconteció en autos respecto de la menor._____

_____Por su parte la Ley 26485 define la violencia de género en forma más amplia en su art. 4º: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal”. _____

_____En el art. 5º se determinan las características de estos tipos

de violencia. Al referirse a la violencia sexual se describe como: “cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres”. _____

_____6º) Que desde hace algunos años, nuestro país no sólo rechaza en todas sus formas la violencia de género, sino que además (y como consecuencia de asignarle un disvalor a esa expresión de las relaciones sociales) ha asumido el compromiso de trabajar desde cada una de las instancias del Estado para prevenir, investigar, sancionar y erradicar esta cruenta versión de la discriminación. “La violencia es poder y el poder genera sumisión, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento. La violencia presupone, por lo general, posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder. La violencia de género implica todo esto, y mucho más, cuya hiperincriminación se justifica, precisamente, porque germina, se desarrolla y ataca en un contexto específico, el contexto de género” (Buompadre, Jorge Eduardo, “Los delitos de género en la reforma penal, Ley 26791”, pág. 2). _____

_____7º) Que al encuadrar el caso en examen en lo antes reseñado considero que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto._

_____Por lo que resulta de la votación que antecede, _____

_____**LA CORTE DE JUSTICIA**, _____

_____**RESUELVE**: _____

_____I. **NO HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 254/261._____

_____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: Dr. Gerardo J. H. Sosa –Secretario de Corte de Actuación-).