(Registro: Tomo 184: 53/84)
_____Salta, 26 de noviembre de 2013._____
_____Y VISTOS: Estos autos caratulados **C/C SCD – RECURSO DE CASACIÓN"** (Expte. Nº CJS 36.232/13), y _____
_____**CONSIDERANDO**: _____
_____Los Dres. **Guillermo Félix Díaz, Gustavo Adolfo Ferraris, Guillermo Alberto Posadas, Sergio Fabián Vittar** y **Guillermo Alberto Catalano**, dijeron: _____
_____1º) Que a fs. 711/714 vta., el Dr. Marcelo Eduardo Arancibia, interpuso recurso de casación contra la sentencia de fs. 658 y vta. de la ex Cámara Segunda en lo Criminal, cuyos fundamentos fueron expuestos a fs. 660/671, en la cual y en lo que fuera materia de agravios, se dispuso la condena a su defendido César David Saravia a la pena de catorce años de prisión efectiva por resultar autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda y convivencia (dos hechos), tentativa de abuso sexual agravado por la guarda y convivencia (un hecho), abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda y convivencia (un hecho), todo ello en concurso real y en concurso ideal con el delito de corrupción de menores agravada por la minoridad de las víctimas, en perjuicio de la menor R.N.V.; y abuso sexual sin acceso carnal agravado por la guarda y convivencia (cuatro hechos), todo ello en concurso real y en concurso ideal con el delito de corrupción de menores agravada por la minoridad de las víctimas, en perjuicio de M.V. _____
_____La defensa se agravia porque el tribunal "a quo" habría incurrido en la causal prevista en el art. 466 inc. 3º del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias), esto es, la "inobservancia de las pautas de razonabilidad en la formación de la convicción", a la hora de evaluar la testimonial de las menores. _____
_____Considera en primer lugar y respecto de los hechos en perjuicio de la menor R.N.V, que dos de ellos tuvieron lugar en la Provincia de Buenos Aires, conforme se desprende del relato de la víctima en su declaración de cámara Gesell a fs. 79 y vta., lo que implicó una violación a la garantía constitucional del juez natural. Asimismo, sostiene que la credibilidad de sus dichos se ve menguada ante la mención que hace de su hermanito menor, cuando para la época del abuso aún no había nacido. Por otra parte, critica que se hayan encuadrado dos hechos como abuso sexual con acceso carnal, cuando el informe médico, que detectara desgarros de larga data en la menor, fue efectuado a casi un año de la denuncia, imprecisión que conduce a la posibilidad de que en ese largo plazo pudiera haber tenido relaciones con cualquier otra persona. Por ello solicita que, en relación a la menor R.N.V., se tengan como acreditados dos hechos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda y convivencia, en concurso real y corrupción de menores en concurso ideal. _____
_____En segundo término, examina la condena respecto de los hechos que tuvieron como víctima a la menor M.V., reprochando que se haya otorgado veracidad a su versión, cuando la misma es contradictoria, dado que, en contraposición a lo observado por los profesionales médicos, refiere haber sido accedida carnalmente. Es decir que, si sobre esta cuestión mintió, no hay razones para descartar que haya hecho lo mismo sobre las otras conductas abusivas que relató y por los que Saravia fue declarado autor responsable. Por ello entiende que no corresponde la condena por los cuatro hechos, debiendo reverse todo el fallo e imponerse una pena menor. _____
_____En su informe de fs. 732/733, el Sr. Fiscal ante la Corte Nº 2 señala, respecto del primer agravio, que en ninguna de las instancias del proceso existió una cuestión de competencia en razón del territorio, sino únicamente un pedido de la agente fiscal al juez de instrucción de extracción de copias, que nunca fue reiterado. Por lo

demás, considera que de la plataforma fáctica, tanto en la contenida en la acusación como en el material evaluado reunido en el juicio, no surgen hechos criminosos de posible comisión en extraña jurisdicción. En cuanto a la afirmación defensiva de que la menor M.V. mintió o se confundió en su relato, estima que el mismo fue evaluado por los jueces como veraz a partir de su integración con el resto del material probatorio, que contiene cuantiosa prueba de cargo. Es decir que la duda generalizada esgrimida como argumento de la defensa, resulta insuficiente para franquear la casación propugnada. _____

_____Por su parte, a fs. 735/737 vta., la Asesora General de Incapaces evalúa que este caso, atañe al abuso sexual infantil, cuya característica es la clandestinidad en la que ocurren los hechos. En el caso se arriba a la convicción cierta de la existencia de los abusos, sobre todo porque cada una de las menores fue testigo, no sólo de los hechos en su propio perjuicio, sino también de los producidos sobre la otra víctima, lo que le otorga un gran valor convictivo. Amén de ello, el lenguaje usado denota que fueron hechos vividos y no imaginados ó inventados, amén de que las damnificadas describieron las experiencias con detalle e indicando las circunstancias de tiempo y lugar, relatos que a su vez se ven corroborados por el resto de la prueba producida. En ésta cabe mencionar el examen ginecológico en R.N.V.; el secuestro de un consolador con rastros genéticos del acusado y una de sus víctimas; los graves daños detectados en la integridad psico-sexual de las menores, no acordes a su desarrollo madurativo, y finalmente los rasgos de perturbación sexual en el imputado que hacen a una condición perversa, lo que no le permite conformarse y realizarse bajo una relación de elección sexual adulta. En relación al supuesto inicio de comienzo de los hechos en la Provincia de Buenos Aires, ello debe descartarse en virtud de que la fecha de regreso a Salta indicado por el acusado y la madre coincide con el período en que comenzaron los abusos hacia R.N.V._____

_____2º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 716/717), previo a expedirse sobre los motivos invocados por el recurrente incumbe a esta Corte en la presente instancia efectuar un 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. 672 y 714 vta.); además la resolución resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (arts. 466 inc. 3º y 469 inc. 1º del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias). Razón por la cual, cabe ingresar al examen de las cuestiones planteadas en el recurso._____ _____

_____3º) Que en la sentencia recurrida, el tribunal de juicio tuvo por acreditado que el acusado cometió a lo largo del tiempo los delitos antes mencionados en perjuicio de las menores R.N.V. y M.V., individualizados a partir del relato de las víctimas prestados en informativas y en cámara Gesell, de los exámenes médicos que se les realizaron, del resultado de los análisis de A.D.N. sobre el consolador secuestrado, de los estudios psicológicos -que detectaron en las menores indicadores de abuso y en el imputado rasgos perturbadores sexuales que hacen a una condición perversa-, y demás constancias de la causa._____

_____La ex Cámara en lo Criminal otorgó particular relevancia a la credibilidad que merecieron los testimonios de las menores en sí mismos, por el lenguaje usado -revelador de que lo que experimentaron no fue un relato inducido- y por la coincidencia recíproca en cuanto a circunstancias y modalidades de los abusos, ya que en varias ocasiones una de las niñas fue testigo presencial del hecho en perjuicio de la otra._

_____Al respecto y en cuanto a la forma en que se comprueban hechos como los denunciados, cabe recordar que los delitos de abuso sexual se desarrollan en su generalidad 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. Asimismo, 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 de que nada impide que un pronunciamiento condenatorio se sustente sólo en la declaración testimonial de la víctima, siempre y cuando ésta sea objeto de un riguroso análisis y se expongan los aspectos que determinan que le sea asignada credibilidad, convirtiéndola en un elemento preponderante por sobre la negativa del acusado (esta Corte, Tomo 119:269; 138:771; 140: 445, entre otros). _____

_____Resulta perfectamente acorde a los principios de la sana crítica racional la certeza adquirida por el tribunal de juicio a partir de la ponderación del testimonio de las víctimas, pues su veracidad no sólo se infirió de la impresión ofrecida por su apreciación directa, sino que se combinó con una correlación de las circunstancias por ellas vividas y exteriorizadas y por otros elementos de convicción que convalidaron sus relatos. En ese sentido, ambos exámenes ginecológicos practicados sobre R.N.V. resultan reveladores de haber sido accedida carnalmente y la crítica defensiva deviene ineficaz porque el tiempo transcurrido entre ellos en nada afecta su valor, ya que resultaron ser complementarios. El primero de ellos (fs. 15) refirió la imposibilidad de establecer en ese momento inicial la existencia de desgarro del himen porque éste se encontraba congestivo e inflamado -compatible con penetración de pene o elemento similar-, aspecto que se vio ratificado con el segundo examen que rola a fs. 287 y 546, que estableció desgarro de larga data por la penetración de miembro viril eréctil. Ello permite sin hesitación descartar las hipótesis de falta de autoría de los accesos carnales, esgrimida por el recurrente a partir de las referidas alternativas en la recepción de este dato convictivo objetivo._____

_____Asimismo se alega en el recurso casatorio que algunos de los hechos por los que se condena a Saravia en perjuicio de R.N.V. habrían tenido lugar en otra jurisdicción, implicado una afectación al principio del juez natural. Sin perjuicio de que el tribunal de juicio trató y respondió específicamente esta alegación defensiva al momento de fundar la condena (ver fs. 669), cabe decir que el comienzo de los abusos que refiriera la menor coinciden temporariamente con el regreso de la familia a la Provincia de Salta en el año 2007, es decir cuando contaba con 9 años de edad. Por ende, dentro de este marco de reiteración de abusos, la sola mención en cámara Gesell de alguno aparentemente sucedido durante la estadía familiar en Buenos Aires, careció de entidad durante el trámite del proceso para suscitar una cuestión de competencia, como tampoco la tiene en la actualidad, sobre todo porque los hechos por los que resultó acusado y condenado el encartado no incluyen esos posibles eventos de ajena jurisdicción. _____

_____Cabe decir que tampoco resultan idóneos los argumentos casatorios enderezados a cuestionar la veracidad de la versión de la menor M.V. porque, al parecer, relató haber sido penetrada por el acusado y al momento del examen médico carecía de signos o huellas de ese proceder. Tal como se señalara “ut supra”, los hechos de abuso por los que resulta condenado S., no sólo se encuentran comprobados por lo que describiera en detalle la propia víctima en cámara Gesell, sino también por lo que refiriera su hermana R.N.V., quien resultó testigo presencial en alguno de esos hechos, amén del informe psicológico, que

estableció que la niña tenía indicadores de haber sufrido un ataque a su reserva sexual, con daños en su integridad psico-sexual. Es inadecuado con este marco probatorio, sostener que el relato de la menor fuera falaz, es decir que no mereciera crédito, sobre todo si se tiene en cuenta que los actos a los que dice fue sometida por parte del concubino de su madre resultaron ser bastante similares a los que tuviera como destinataria su otra hermana. _____

_____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, aún de la incorporada de oficio o a pedido de la parte acusadora, 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. _____

_____En consecuencia, deben descartarse los agravios esgrimidos relativos a la inadecuada valoración de los hechos denunciados y efectivamente probados, toda vez que de la lectura del fallo se advierte que la totalidad del material probatorio ha sido valorado con criterio racional y de forma particularizada, en un contexto integrador que permitió fijar la verdad histórica de lo acontecido, su autoría y calificación típica, otorgando así al fallo una base suficiente y legal, por lo que cabe rechazar el recurso impetrado por la defensa técnica de C. D. S._____

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

_____1º) Que adhiero al voto precedente, sin perjuicio de añadir las siguientes consideraciones. _____

_____2º) Que el abuso sexual infantil 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 el/la abusado/a 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._____

_____Resulta indiscutible, en la actualidad, la protección de los derechos de los/as 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.

_____3º) 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/a 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”. _____

_____Asimismo la Convención dispone en sus arts. 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 cc., constituyendo en responsable al Estado signatario frente a su incumplimiento. _____

_____4º) Que por otra parte, 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 aquellas 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 tenerse especialmente en cuenta 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 inter-personal, 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 las dos menores._____

_____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 la pericia psicológica efectuada al imputado (fs. 57) da cuenta de “rasgos perturbadores sexuales que hacen a una condición perversa, lo cual no le permite conformarse y realizarse bajo una relación de elección adulta, lo que implica que puede invadir la reserva sexual de otras personas. Es una persona que transgrede los espacios ajenos comportándose egoísta, impulsivo e incapaz de sentir culpa o aprender de la experiencia o el castigo. Su conformación psicológica lo sitúa en un trastorno antisocial de la personalidad con rasgos

perversos”, dictamen coincidente con el informe psiquiátrico de fs. 38 que define su personalidad con severos mecanismos de acción psicópata._____

_____También resultan relevantes a los efectos de determinar la culpabilidad del imputado, las declaraciones en cámara Gesell de las menores (fs. 79/80 y 122) como asimismo la declaración informativa de la niña M. V. de fs. 180 en la que detalla los abusos sexuales sufridos por ella y su hermana mayor. Asimismo los daños psicológicos que sufre la mayor de las niñas (fs. 168/169) dan cuenta de la perversidad con la que actuaba el acusado tratando a las menores como meros “objetos sexuales”._____

_____7º) 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). _____

_____8º) Que al encuadrar el caso en examen en lo antes reseñado considero que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto._

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

_____1º) Que por razones de brevedad doy por reproducida la reseña de los hechos efectuada en los considerandos 1º y 2º por los distinguidos Señores jueces preopinantes, como así también comparto la solución jurídica a la que arribaron, 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, 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, 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, dejándoles secuelas indelebles._____

_____Ahora bien, enseña Donna, que el bien jurídico que se protege es la reserva sexual de la víctima entendida como el respeto a su incolumidad física y dignidad en tanto persona, especialmente desde la óptica de su pudicia personal-sexual. El tipo básico es el abuso sexual con fuerza o intimidación, esto es, la agresión sexual, que exige

en principio una relación corporal directa entre el sujeto activo y pasivo, de modo que son típicos los actos de tocamiento en las partes pudendas, sin el consentimiento de la víctima, la manipulación sexual sobre su cuerpo, tanto del tercero como la obligación al sujeto pasivo a que lo haga el mismo. También es agresión sexual obligar a la víctima a que realice actos de este tipo sobre el cuerpo de terceros._____

_____Lo que se protege es la libertad, que constituye la reserva sexual de la víctima, que el autor viola atacando su pudor individual._____

_____Es decir, lo que primordialmente se tutela es la voluntad o el consentimiento del sujeto, respecto de aquellos actos de disposición en materia sexual ejecutados sobre su cuerpo. En síntesis se protege la libertad de la persona de consentir actos sexuales. _____

_____Por lo demás, señala el autor citado, que en todos los casos se requiere el dolo o la intención del autor del tocamiento de una de las partes pudendas de la víctima; se trata de actos que objetivamente tienen connotación sexual y que con este sentido deben ser abarcados por el dolo del autor. Además se exige un plus en el sentido de querer involucrar sexualmente a la víctima en los deseos del autor (Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 512 y 520). _____

_____Por otra parte, enseña, que si bien la doctrina ha tratado de enfocar el bien jurídico con distintas palabras, analizando el contenido del art. 119, 1er., 2do. y 3er. párrafo del C.P., puede afirmarse que la ley tiene en cuenta, en primer lugar, la libertad individual, en cuanto hace a la integridad sexual de las personas. Esta libertad puede ser entendida desde un doble aspecto, positivo-dinámico, por un lado, como la capacidad de libre disposición del propio cuerpo a los efectos sexuales, es decir el consentimiento de la víctima de mantener trato sexual con terceros con arreglo a su querer libre y consciente. Por otro, negativo-pasivo, esto es, la capacidad del sujeto para no ejecutar actos de naturaleza sexual que no desee.

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

_____La misma idea es la que guía el problema de los menores de 13 años, en este caso la protección es el ámbito de libertad, a lo que se agrega el problema de la inmadurez sexual de la víctima. Por eso en segundo lugar, además de la violación a la autonomía de la libertad, especializada en el ámbito sexual, se puede afirmar que también está en juego la intangibilidad sexual o de indemnidad sexual. La doctrina ha afirmado que se trata de una invasión o el ataque de tal derecho mediante acciones violentas o abusivas que avasallan la libre e íntima decisión por parte del autor. Ello significa que el violador abusa o aprovecha la circunstancia o calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente su consentimiento, o bien que con violencia lo elimina, reemplazado así la voluntad de la víctima –efectiva o presumida por ley- por la suya (Donna, Edgardo A., “Derecho Penal, Parte Especial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 567/569).

_____En tal 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. _____

_____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 impulso 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, 20-03-2003, “Rojas Luis Santiago”).

_____En relación a la figura del abuso sexual gravemente ultrajante, se ha dicho 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).

_____Por su parte respecto al delito de abuso sexual con acceso carnal Donna define al “acceso carnal” como la penetración del órgano masculino en el cuerpo de la víctima, con el propósito de practicar coito, siendo indiferente que la penetración sea total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la eyaculación. Para que exista violación –agrega el autor citado- es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no interesando si esta introducción es completa o sólo a medias, basta con que ella haya existido real y efectivamente.

_____Asimismo se ha afirmado en la doctrina y en la jurisprudencia que el delito de abuso sexual con acceso carnal se consuma cualquiera sea el grado de penetración, de modo que no se requiere penetración completa ni el perfeccionamiento fisiológico del acto sexual; que la finalidad del agente resulta entonces clave para la tipificación del hecho, debiendo establecerse que el propósito del agente era el acceso carnal y no simplemente la búsqueda de un torpe desahogo sexual, para calificar a un hecho como abuso sexual mediante acceso carnal en grado de tentativa (Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 590/592).

_____A su vez, se ha dicho con acierto que, el acceso carnal, que significa la introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de la otra persona, implícitamente se refiere a penetraciones capaces de posibilitar una cópula sexual o un equivalente de ella, comprendiendo como modalidad comisiva otras formas de penetración diferentes de la vaginal (Cám. Casación Penal de Bs. As., Sala II, 25-10-05, “F., C.A., 15-03-06, J.A. 2006-I-433).

_____En igual sentido se dijo que la violación se consuma con el acceso carnal, esto es, con la penetración aunque no fuera perfecta o completa (haya o no eyaculación). Es suficiente que el acceso carnal sea parcial; este tipo de abuso sexual es un delito de acción, es decir que se realiza a través de una conducta activa con exclusión de todo comportamiento omisivo; es de mera conducta o de pura actividad, pues para la integración del tipo es suficiente con el acceso carnal, sin que se requiera una modificación en el mundo exterior que recaiga sobre el objeto de la acción (la víctima); es en suma, un delito instantáneo

pues se consuma y desaparece y no requiere resultado material alguno -voto del Dr. Riggi, adhiere la Dra. Catucci, el Dr. Tragant por su voto- (Cám. Nac. Casación Penal, Sala III, 04-02-2004, “Ramírez, Sergio M. s/ Recurso de Casación”). _____

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

_____Igualmente, se ha señalado: la vía oral (“fellatio in ore”), constituye una de las vías idóneas para el acceso carnal, previsto y sancionado por el art. 119, párrafo tercero del C.P., luego de la reforma de la Ley 25087 (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala II, “Fiscal c/ N. F., M. A.”, 29/04/ 2008, LLGran Cuyo 2008, julio, 571, DJ 15/10/2008, 1683 con nota de Ramón L. González, DJ 2008-II, 1683 con nota de Ramón L. González, LLGran Cuyo 2009 (febrero), 24 con nota de Ramón L. González). _____

_____Por 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, párrafo cuarto 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, “L. V.”). _____

_____Asimismo se ha dicho que el concubino de la madre de las víctimas se encuentra atrapado por la calificante, cuando actúa como jefe del hogar respecto de los hijos menores de su concubina dada su condición de encargado de la guarda, también llamado guardador. En la guarda se halla implícito el deber moral de asumir el amparo físico y moral del menor, que se entrega con la confianza de qué habrá de ser resguardado debidamente. El concepto de guardador no es jurídico, dado que sus deberes no son solamente legales sino también sociales o de hecho. Al tener el guardador el cuidado de la persona del menor con el que convive bajo el mismo techo, está obligado a cumplir con el deber de vigilarlo o ampararlo, y el que comete alguno de los delitos contra la integridad sexual, con su conducta está violando gravemente ese deber que lo obliga a velar moralmente por el menor, a favorecer la formación de su personalidad y, por tanto, a no atentar contra ella arrasando con su libertad (esta Corte, Tomo 141:465). _____

_____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. _____

_____A su vez, cabe agregar, que la agravante del inc. f) no requiere de la convivencia de las personas, sino que es compatible con la solución de continuidad y con relaciones de más corta duración. La razón de la calificante por el vínculo en la nueva ley está dada exclusivamente por el hecho de que la relación parental facilite la tarea del autor (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala VI, 28-02-2003, “Ledesma Vallejos”). _____

_____Por su parte, el término convivencia no se refiere a la cantidad o calidad de tiempo y forma de cohabitar un mismo techo entre los sujetos del ilícito, sino en la posibilidad con la que cuenta el autor del hecho de estar próximo a la víctima hará 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.

_____Finalmente cabe agregar que, en relación al delito de corrupción de menores, el bien jurídico protegido por la norma del art. 125 del C.P. es el desarrollo normal de la sexualidad (Cám. Nac. de Casación Penal, Sala III, 19/11/1998, "B., D. E.", JPBA 105-435-202); y se protege el candor, la inocencia o la ineptitud por falta de madurez mental para entender el significado fisiológico del acto. Toda vez que en este delito interviene como elemento concurrente la perversión sexual, la depravación o degradación en las relaciones de ese género (Sup. Corte Just. Bs. As., 23/04/ 1940, "M.", JA 1959-V-52); y es precisamente en esa depravación o degeneración que radica la esencia del delito de corrupción, en tanto importa la depravación o lujuria de la conducta sexual, sufriendo el sujeto pasivo una deformación del sentido naturalmente sano de la sexualidad. _____

_____Los actos realizados por el imputado no quedaron en un solo acontecer de desahogo aislado de su instinto sexual, sino que se prolongaron en el tiempo aprovechando la situación de desprotección en que se encontraba la menor víctima –al igual que su hermana en su caso-, en tanto para la configuración del delito no se requiere acreditar cuál es el fin que se propuso el sujeto activo, sino que es suficiente con que haya sabido que las prácticas prematuras y reiteradas sobre las menores tenían entidad objetiva suficiente para pervertirlas, y las haya ejecutado libremente (esta Corte, Tomo 134:433) con el claro propósito de satisfacer sus deseos lascivos.

_____La inducción a practicar actos sexuales contra natura por parte de menores reviste entidad suficiente para alterar o modificar psíquicamente a las víctimas en cuanto a la normal evolución y desarrollo de sus instintos sexuales. Dicha figura no requiere en el autor un componente anímico consistente en el objetivo específico de corromper, bastando con que el acto consumado sea potencialmente idóneo para producir esa consecuencia negativa y sea querido y ejecutado libremente por el causante. El dolo requerido por la figura del art. 125 del C.P. no es el de corromper a la víctima, sino simplemente el de realizar actos libidinosos, se tenga o no en vista la corrupción misma; es decir que basta con que el acto cumplido tenga la capacidad e idoneidad suficiente para torcer prematuramente el instinto sexual.

_____

_____Lo que hace corrupta a la acción es la simple dirección del acto que muestra que su autor materialmente propende o coadyuva a aumentar o mantener el infame mundo de la corrupción. No se trata, por consiguiente, de un delito de resultado material, sino de un delito formal (o de pura actividad), porque su criminalidad reside ya en el peligro de que la conducta del autor corrompa, o prostituya o mantenga en la corrupción o prostitución a la víctima o aumente su depravación sexual (Cám. Nac. de Casación Penal, Sala II, 03/06/1994, "G., R. E. S/ Recurso de casación", c. 119). _____

_____Acorde a lo manifestado, podemos afirmar que de la declaración incriminante de las víctimas, sumado a los elementos probatorios surge demostrada la configuración tipificada por el art. 119, primero, segundo, tercero y cuarto párrafo incs. b) y f) y 125 segundo párrafo del C.P. Resultan elementos del tipo penal objetivo la minoridad de las víctimas y la circunstancia de aprovechamiento de la situación de

convivencia preexistente y las consecuente facilidades que le otorgan al sujeto esta proximidad y la relación de confianza con el menor.

_____Por otra parte, haciendo mención a lo alegado por la defensa en el recurso, en cuanto a que algunos de los hechos cometidos contra la menor R.N.V. habrían tenido lugar en otra jurisdicción afectando de esa manera el principio del juez natural, cabe reproducir lo manifestado por el tribunal de juicio en su momento (v. fs. 669), -quien alegó- que no se produjo ninguna cuestión de competencia en la etapa de la instrucción como lo señala la defensa técnica en su agravio, toda vez que lo que la fiscal peticionó no es una declaración de incompetencia por el territorio, sino que simplemente solicitó al juez que en base al comienzo de una declaración se extrajesen testimonios para remitirlo a la Provincia de Buenos Aires-. Por otra parte cabe agregar en tal sentido que el comienzo de los abusos a los que refiere la menor son coincidentes en el tiempo con el regreso de la familia a la Provincia de Salta en el año 2007, razón por la cual los hechos por los que fue acusado y condenado el imputado no tuvieron lugar en jurisdicción ajena._____

_____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)._____

_____De la evaluación de los hechos surge que la conducta que corresponde atribuirle al causante: es tentativa de abusar sexualmente de una de las víctimas y abusar sexualmente de las víctimas con y sin acceso carnal y de manera gravemente ultrajante agravados por la guarda y la convivencia y corrupción de menores. 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 existe un informe psicológico profundo sobre la personalidad del agresor sexual, in-

formes psicológicos y exámenes médicos de las víctimas y actas de secuestros, 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. _____

_____Por lo demás 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 las menores, parecería hasta pueril absolverlo en virtud del principio “in dubio pro reo”. _____

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

_____Dentro de ese orden de ideas Riu y Tavella sostienen que: desde ya se producirá una canalización existencial unilateral del individuo con desatención a toda otra actividad ajena. Estos estados que no significan patología y que pueden ser experimentados por cualquier persona en determinados momentos de su vida, lo cual es bastante común, pueden llevar al individuo a un estado patológico cuando su pasión llega a la producción de ideas sobrevaloradoras de connotación anormal. Sobre todo que, generalmente, en esos casos, dichas ideas presentan una extraordinaria firmeza y una muy difícil reductibilidad. A renglón seguido, los autores acotan: si bien en esos casos no puede hablarse de una sensible desviación del juicio, se hace evidente una marcada propensión conductal acorde al profundo convencimiento que dichas ideas llevan implícito, y la persona focalizará su existencia alrededor de ella con una reducción de las demás expectativas evolutivas psíquicas, pues toda su actividad mental se hallará impregnada del tono típico de la pasión subyugante (“Psiquiatría forense”, Ledener Editores Asociados, Bs. As., 1987, págs. 285 y sgtes.). _____

_____En efecto, cuando existe un predominio de las denominadas tendencias egoístas, los estados pasionales se polarizarán hacia el odio, el orgullo, la avaricia, la venganza, deseos sexuales abyectos, estados éstos conocidos genéricamente con la denominación de bajas pasiones; mientras que cuando el predominio sea ejercido por tendencias altruistas, los estados pasionales se expresarán por acciones filantrópicas, caritativas, piadosas o religiosas; cuando no, en los casos en los que predominen las pasiones impersonales se manifestarán como expresiones de la pasión científica o artística (Riu y Tavella, ibidem, pág. 286). _____

_____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. _____

_____4º) 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, lo que no ocurrió en el caso.

_____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 las víctimas 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 deriva del relato efectuado por las menores, quienes manifestaron que fueron abusadas sexualmente por el denunciado, señalando que los hechos tuvieron lugar en su casa ubicada en Barrio Ampliación Virgen del Rosario Mza. 421 L S/N y describieron las prácticas sexuales a las que fueron sometidas; todo lo cual ha sido corroborado por otros elementos de convicción. Así, la denuncia y ampliación de denuncia de la progenitora de las víctimas Verónica Guadalupe Mesías de fs. 1 y 9 y vta. ratificada a fs. 28/vta., resulta avalada con el informe policial de fs. 8; acta de secuestro de fs. 11; croquis ilustrativo de fs. 14; examen médico y ginecológico de la menor R.N.V. de fs. 15, 105/106 y 287; informe psicológico del imputado de fs. 57/58; informe socio ambiental de fs. 60/63 vta.; declaración ante cámara Gesell de las menores R.N.V. y M.V.V de fs. 79/80 y 122/123 vta. respectivamente e informativa de fs. 179 y 180; informes psicológicos de las menores R.N.V. y M.V.V. de fs. 168/169 y 281/282 respectivamente, declaración testimonial de la tía de las menores Carmen Rosa Mesías de fs. 642 y vta., del Dr. Héctor Carlos Salim de fs. 644, de la Dra. Cecilia Inés Haro Altobelli de fs. 644 vta., Lic. Marcela Liliana Corte de fs. 645/646, Dr. Carlos Eveling de fs. 646, Asist. Social Mónica Descals de Burgos de fs. 646 vta./648 y del Dr. Luis Heriberto Cayo de fs. 649/650._____

_____5º) 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 permita establecer que se hubiesen transgredido los límites de las atribuciones discrecionales de apreciación de pruebas 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 C.D.S., y en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 658 y vta., cuyos fundamentos obran a fs. 660/671.

_____
_____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. 711/714 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 G. Kauffman de Martinelli y Sergio Fabián Vittar -Jueces de Corte-. Ante mí: Dra. Mónica Vasile de Alonso –Secretaria de Corte de Actuación-).

Salta, 26 de noviembre de 2013. _____
C/C SCD – RECURSO DE CASACIÓN”
(Expte. Nº CJS 36.232/13)

HECHOS
Que el Dr. Marcelo Eduardo Arancibia, interpuso recurso de casación contra la sentencia de la ex Cámara Segunda en lo Criminal, , en la cual y en lo que fuera materia de agravios, se dispuso la condena a su defendido C D S a la pena de catorce años de prisión efectiva por resultar autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda y convivencia (dos hechos), tentativa de abuso sexual agravado por la guarda y convivencia (un hecho), abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda y convivencia (un hecho), todo ello en concurso real y en concurso ideal con el delito de corrupción de menores agravada por la minoridad de las víctimas, en perjuicio de la menor R.N.V.; y abuso sexual sin acceso carnal agravado por la guarda y convivencia (cuatro hechos), todo ello en concurso real y en concurso ideal con el delito de corrupción de menores agravada por la minoridad de las víctimas, en perjuicio de M.V.