(Registro: Tomo 186:889/902)

_____Salta, 01 de abril de 2014._____
_____Y VISTOS: Estos autos caratulados **“C/C G.M.V.H. - RECURSO DE CASACIÓN”** (Expte. N° CJS 36.250/13), y _____
_____**CONSIDERANDO:** _____
_____Los Dres. **Guillermo Alberto Posadas, Ernesto R. Samsón, Guillermo Alberto Catalano** y **Guillermo Félix Díaz**, dijeron:_____
_____1°) Que a fs. 352/356 el Dr. José Antonio Solá Torino, en ejercicio de la defensa técnica de M.V.H.G., interpone recurso de casación contra la sentencia de fs. 313, cuyos fundamentos obran a fs. 329/340, mediante la cual la ex Cámara Cuarta en lo Criminal condenó al acusado a la pena de once años de prisión por reputarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo._____
_____2º) Que el recurrente enmarca su impugnación en los términos del art. 466 incs. 1º, 2º y 3º del C.P.P. –texto según Ley 6345 y modificatorias-. En tal sentido, señala que la sentencia cuestionada adolece de errónea aplicación de la ley penal sustantiva, toda vez que, a su ver, el supuesto fáctico de autos debía calificarse como abuso sexual simple, en los términos del art. 119 del C.P._____ _____
_____Sostiene, además, que se han menoscabado normas fundamentales de la ley procesal impuestas bajo pena de nulidad absoluta y que se han violado las garantías fundamentales de debido proceso y defensa en juicio, al haberse inobservado el principio “in dubio pro reo”, contenido en el art. 4º del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias)._____
_____Agrega que el tribunal se apartó de pautas elementales de razonabilidad en la formación de convicción y que, en consecuencia, la sentencia adolece de graves errores en la valoración integral de la prueba, al fundarse en una evaluación antojadiza que reputa contraria a los informes técnicos, médicos y psicológicos practicados en la causa, y que entiende palmariamente arbitraria por apartarse de la certeza apodíctica necesaria para poder arribar legítimamente a un veredicto de condena._____
_____En consecuencia, peticiona la absolución de su defendido por aplicación del beneficio de la duda o bien, subsidiariamente, su condena a la pena mínima correspondiente al delito de abuso sexual simple (art. 119 del C.P.), invocando el principio del “doble conforme” y la doctrina sentada por el más Alto Tribunal de la Nación en el caso “Casal”. _____
_____3º) Que a fs. 399/400 vta. el Fiscal ante la Corte Nº 1 emite su dictamen acerca de la procedencia sustancial del recurso. Tras relevar las principales constancias de la causa, expresa que la sentencia no adolece de vicios que permitan descalificarla como acto jurisdiccional válido, sosteniendo, por el contrario, que el tribunal obró correctamente dentro del marco del principio de inmediación y de conformidad con el sistema de la sana crítica racional. _____
_____Por ello, opina que el recurso debe ser rechazado. _____
_____4º) Que a fs. 402/404 vta. la Asesora General de Incapaces produce su informe respecto de la impugnación presentada. Luego de sopesar y relacionar el contenido de las actuaciones, citando doctrina, jurisprudencia y normativa tutelar de la niñez, postula la razonabilidad fáctica y jurídica del fallo y sostiene la proporcionalidad de la pena impuesta, pronunciándose por el rechazo del recurso._____
_____5º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 385/386), 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 a los que la ley subordina su admisibilidad formal (art. 36 de la Ley 7716). _____

_____A ese respecto, se observa que ha sido presentado en término y por parte legitimada (v. fs. 341 y 356 vta.). Además, la resolución atacada resulta objetivamente impugnable (arts. 467 y 469 inc. 1º del C.P.P. –texto según Ley 6345 y modificatorias-) y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (art. 466 incs. 1º, 2º y 3º del citado ordenamiento procesal); razón por la cual cabe ingresar al examen de la cuestión planteada en el recurso. _____

_____6º) Que tras ponderar la acusación y la prueba producida en autos –poniendo especial énfasis en la declaración testimonial de la menor víctima y en los informes psicológicos, psiquiátricos y ambientales obrantes en la causa-, el tribunal de juicio adquirió convicción en grado de certeza positiva respecto de la existencia histórica del hecho juzgado y de la participación culpable del acusado en él._____

_____Al respecto, los jueces sopesaron, relacionaron y confrontaron los testimonios de M.E.N. –madre de la niña abusada- y de la propia menor víctima, así como las declaraciones de la psicóloga Lic. Marcela Corte, de los médicos Dres. Daniel Alejandro Aciar Díaz, Julio Benjamín Ruiz de los Llanos y Luis Heriberto Cayo, del abuelo materno de C.M.G. –F R N-, y de A P, K E L (amiga de la víctima) y C E A. _____

_____Sobre la base de tales constancias y en el marco del sistema de libre convicción o sana crítica racional que rige en nuestro sistema procesal penal, los juzgadores procedieron a valorar el material probatorio colectado. En tal sentido, se convencieron de la seriedad, coherencia y contundencia del relato imputador y concluyeron que el acusado efectivamente abusó sexualmente de su hija C.M.G., conforme los términos del acto acusador. En consecuencia, le impusieron a G. la pena de once años de prisión. _____

_____7º) Que esta Corte ha precisado que la sentencia es válida si en sus fundamentos se ha cumplido con una ponderación completa de las pruebas y si, además, cuenta con un análisis razonado de las constancias de la causa y delimita con precisión la significación que cabe asignar a los hechos y sus circunstancias (Tomo 141:465). Asimismo, dijo que la certeza para condenar puede alcanzarse de manera válida con las declaraciones de la víctima, las cuales deben ser consideradas como una prueba de capital importancia, de modo que el tribunal de mérito debe tomar posición respecto de la fidelidad y veracidad de tal versión (Tomo 138:629); ello es así, máxime cuando, como en el caso, los otros elementos incorporados al proceso confirman los extremos del relato acusador (ello ocurre en autos no sólo respecto de los informes médicos y psicológicos, sino también del testimonio de la menor K.E.L., a quien C.M.G. le narrara lo sucedido). _____

_____Lo dicho cobra mayor sentido, aún, en materia de delitos sexuales, comúnmente perpetrados en lugares solitarios o aislados, de manera oculta, con amenazas y violencia y sin posibilidades de auxilio inmediato (esta Corte, Tomo 143:1069). En el “sub judice” los hechos se produjeron en un ámbito de promiscuidad y aprovechamiento de la indefensión e inexperiencia sexual de la víctima y de su inferioridad física y psíquica._____

_____En efecto, en autos la versión de la niña, en sus aspectos centrales (agresión sexual reiterada con precisión de sus circunstancias de modo, tiempo, lugar, ocasión y personas) fue sostenida uniforme e invariablemente por ésta a lo largo del proceso penal y encontró sustento fáctico indubitable en las pruebas practicadas (informes, examen médico, testimonios, estudios psicológicos sobre víctima y acusado). En tal contexto, es lógica y jurídicamente válida la condena de G.. _____

_____Por lo demás, cabe decir que el acceso carnal consumativo del delito bajo examen es posible aún en aquellos supuestos en los cuales

la anatomía genital interna de la mujer agredida sexualmente presentase el llamado “himen complaciente” (también denominado distensible, elástico o dilatable). Al respecto, en una formulación doctrinaria que mantiene plena vigencia, se definió al “acceso carnal” como “la penetración del órgano masculino en cavidad natural de la víctima, con el propósito de practicar el coito o un acto que lo reemplace, siendo indiferente que la penetración sea total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la `seminatio´ (eyaculación) y, en consecuencia, que haya o no goce genésico (...) Lo cierto es que la violación se consuma con el logro del acceso carnal, cualquiera sea el grado de penetración; en consecuencia, basta para ello el coito vaginal, el anal, o el vestibular, no así el coito “inter fémora” (Garona, José Ignacio, “Delitos contra la Honestidad”, en AA.VV., “Violación-Estupro-Abuso Deshonesto”, Ed. Lerner, Bs. As., 1971, págs. 30, 60 y 61; en la misma línea se pronuncia Donna, Edgardo Alberto, “Delitos contra la Integridad Sexual”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2005, pág. 59). _____

_____En concordancia con lo apuntado, esta Corte ha dejado sentado que para que se configure el acceso carnal consumativo del delito de violación no es necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, que se produzca la eyaculación, ni que la penetración sea completa, y que la falta de desfloración no descarta la existencia de penetración, aún parcial, si los estudios médicos practicados sobre el cuerpo de la víctima consignan la presencia de himen complaciente o distensible (Tomo 158:389). _____

_____El bien jurídico protegido por la figura del abuso sexual con acceso carnal es la libertad sexual, entendida como la libre disposición del cuerpo y abarca el pudor individual de las personas que sufren tales abusos, quienes ven afectada su integridad sexual, su pudicia individual (esta Corte, Tomo 141:465) y en el caso de las víctimas menores de edad también su crecimiento y desarrollo sexual (físico y psíquico), en condiciones de normalidad y libre de injerencias arbitrarias. _____

_____8º) Que así las cosas, la pena de once años de prisión efectiva satisface acabadamente las exigencias de culpabilidad, certeza, legalidad y proporcionalidad, debiéndose atender en su mensuración tanto a la importancia axiológica de los bienes jurídicos afectados (integridad, indemnidad y libertad sexual de una menor de edad) cuanto a la forma, modalidad y gravedad del ataque perpetrado a éstos (por un hombre mayor, padre de la niña, que se aprovechó de la inocencia, indefensión e inexperiencia de ésta). _____

_____Como bien se ha anotado: “... el principio de proporcionalidad... refleja... una idea de relación, una idea de correspondencia entre magnitudes” (De la Mata Barranco, Norberto J., “La apuesta por un derecho penal proporcionado”, trabajo publicado en “Nueva Doctrina Penal 2008/A”, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2008, pág. 111). “En este orden, la pena debe reflejar la relación de correspondencia entre la gravedad de la lesión al bien jurídico provocada por el delito y la intensidad o extensión de esa privación de bienes jurídicos. La función del sistema punitivo graduable en escalas penales es, precisamente, otorgar al sentenciante un rango razonable para que pueda, en cada caso particular, fijar el monto de pena que resulte proporcional, adecuado y justo” (Cúneo Libarona, Mariano, “Procedimiento Penal – Garantías Constitucionales en un Estado de Derecho”, Ed. La Ley, Bs. As., 2012, pág. 292). _____

_____Como ha sentado esta Corte, la justa medida de la pena surge de la determinación de las circunstancias que influyen en la mayor o menor criminalidad del acto y en la mayor o menor responsabilidad del delincuente. Confluyen, así, en la determinación punitiva, elementos de carácter objetivo, dirigidos a especificar la magnitud del injusto

cometido –circunstancias referidas al delito- y elementos subjetivos necesarios para establecer la culpabilidad y peligrosidad del autor –circunstancias referidas al delincuente y a las modalidades particulares del delito- (Tomo 127:589). _____

_____De manera que para que la sanción judicialmente impuesta sea verdaderamente la consecuencia legítima del delito cometido, se deben tomar en cuenta, en primer término, la materialidad del delito y su gravedad, y, en segundo lugar, la culpabilidad y peligrosidad de su autor, extremos que surgen de la personalidad del sujeto -conforme se manifestara concretamente a través del delito juzgado- y de sus circunstancias particulares. _____

_____9º) Que en consecuencia, corresponde rechazar el recurso de casación y confirmar la sentencia impugnada. _____

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

_____Por sus fundamentos, adhiero al voto precedente. _____

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

_____1º) Que adhiero al voto de los señores jueces preopinantes sin perjuicio de agregar 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/a, 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 inicio de los hechos de violencia sexual contaba con tan sólo nueve años de edad y que quien abusó de ella fue su padre._____ _____

_____El abuso sexual infantil agravado por el vínculo supone la existencia de una relación de poder sobre los niños y niñas ejercido por un adulto para su gratificación sexual, relación en la cual la abusada no tiene posibilidades efectivas de manifestar su consentimiento. Es por tal razón que cuando se aborda un supuesto de abuso sexual infantil es necesario tener en cuenta, al momento de valorar los hechos y la prueba rendida, que nos encontramos frente a un fenómeno delictivo de características especiales porque 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. _____

_____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 Bélem 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; esta Corte, Tomo 182:797; 182:845).

_____

_____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. 352/356._____
_____II. MANDAR que se registre, notifique y, oportunamente, bajen los autos._____

(Fdo.: Dres. Guillermo A. Posadas -Presidente-, Guillermo A. Catalano, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Félix Díaz, Susana Graciela Kauffman de Martinelli y Ernesto R. Samsón -Jueces de Corte-. Ante mí: Dra. Mónica Vasile de Alonso –Secretaria de Corte de Actuación-).