(Tomo 187: 997/1026)
_____Salta, 6 de mayo de 2014._____
_____Y VISTOS: Estos autos caratulados **"C/C M.J.G – RECURSO DE CASACIÓN"** (Expte. Nº CJS 35.315/12), y _____
_____**CONSIDERANDO**: _____
_____Los Dres. **Guillermo Alberto Posadas, Sergio Fabián Vittar** y **Guillermo Félix Díaz**, dijeron: _____
_____1º) Que a fs. 552/558, el Dr. Santiago Pedroza, ejerciendo la defensa técnica de J.G.M., interpone recurso de casación contra la sentencia de la ex Cámara Tercera en lo Criminal de fs. 477 y vta., cuyos fundamentos obran a fs. 530/543, que condenó a su defendido a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por la guarda. _____
_____2º) Que el recurrente sostiene que la sentencia resulta arbitraria porque incurre en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva y de las normas que el Código Procesal Penal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad y nulidad (arts. 466 incs. 1º y 2º del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias), toda vez que el tribunal "a quo" se equivoca en la elección del sustento normativo aplicable al hecho en concreto. _____
_____Agrega que, tanto en la investigación como en el debate nunca se han logrado probar, con el grado de certeza necesario, las imputaciones dirigidas contra su defendido. En este sentido, indica que el discurso de la menor es ambivalente, quedando demostrado que la acusación es falsa y que fue dirigida de manera antojadiza y sin escrúpulos por la madre de la menor, toda vez que la supuesta víctima habló de tocamientos, pero cuando el médico constata una desfloración de larga data, denuncian sin prueba alguna a su defendido de haberla accedido carnalmente contra su voluntad. _____
_____Destaca que la niña manifestó que en ningún momento había sido penetrada por el acusado, que ambos tuvieron el pantalón puesto en todo momento y que nunca perdió la conciencia y que el hecho de que se encontrara fosfatasa ácido prostética demuestra que la menor venía teniendo relaciones sexuales con otra persona, a quien protege en su identidad, perjudicando de este modo al imputado. _____
_____Sostiene que el informe psicológico indica que existe un discurso contradictorio de la supuesta víctima y que la afecta una experiencia sexual anterior, como así también la indiferencia por parte de la esposa del imputado, quien es prima de la menor, muy probablemente debido a un claro sentimiento de culpa frente a su prima en razón de no decir la verdad._____
_____Concluye afirmando que del cúmulo de pruebas sólo se puede arribar a la absolución de su defendido ya que ha quedado fuera de cualquier imputación; por lo que solicita la absolución por el principio de la duda._____
_____3º) Que a fs. 565/566 vta. la Dra. Catalina Russo, Asesora de Incapaces N° 8, interpone recurso de casación contra la sentencia del tribunal "a quo" por entender que incurre en la errónea aplicación de la ley sustantiva toda vez que resulta desacertada la calificación legal del delito como así también el monto de la pena impuesta. En este sentido sostiene que el acceso carnal se encuentra acreditado, destacando que la víctima relató que el imputado le dio de tomar algo verde, lo que le provocó somnolencia, despertándose con el agresor encima de ella, quien la besaba, para luego ver que de su cuerpo salía una sustancia blanca, pero no sangró. Indica que a ello se suman la pericia psicológica que da cuenta que aparecen en la niña secuelas de haber sufrido un daño en su conformación psicosexual anterior a los sucesos denunciados, pero que también se advierte que hechos recientes traumáticos aparecen resignificando ese daño previo y en consecuencia

el malestar interno, como así también el informe médico determinó la presencia de fosfatasa ácida prostática; lo que en su conjunto determina que el tribunal "a quo" realizó una errónea aplicación de la ley penal de fondo al calificar como delito de abuso sexual simple agravado por la guarda cuando de las constancias de autos se observa claramente que hubo acceso carnal en la víctima y, en consecuencia, solicita se haga lugar al recurso impetrado y se imponga la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal de ocho años de prisión de ejecución efectiva, en los términos del art. 119, párrafo tercero, en función del inc. b), cuarto párrafo, por aplicación del art. 45 del C.P.__

_____4º) Que a fs. 576/578 vta., la Dra. Mirta Lapad, Asesora General de Incapaces, emite dictamen sosteniendo los fundamentos vertidos por la Asesora de Incapaces N° 8, solicitando se haga lugar al recurso impetrado y se rechace el recurso de casación interpuesto por la defensa de M..

_____5º) Que a fs. 590/592, el Sr. Fiscal ante la Corte N° 1 expresa que teniendo en cuenta el cuadro probatorio rendido en au-tos, la sentencia resulta defectuosa cuando, omitiendo valorar prueba relevante, concluye condenando por abuso sexual simple; por lo que considera que debe rechazarse el recurso interpuesto por la defensa y hacer lugar al impetrado por la Asesora de Incapaces N° 8._____

_____6º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto los recursos fueron oportunamente concedidos (v. fs. 560/561 y 568/569), previo a expedirse sobre los motivos invocados por los recurrentes, 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)._____

_____En ese aspecto se advierte, a partir de las constancias de fs. 544 y 558 vta., que el recurso de la defensa se interpuso en término y por parte legitimada (art. 469 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. _____

_____7º) Que en relación al recurso interpuesto a fs. 565/566 vta., esta Corte ha sostenido que todo recurso se halla supeditado a dos tipos de requisitos: de admisibilidad y fundabilidad. Conforme a tal distinción puede señalarse que un recurso es admisible cuando posibilita el examen de los agravios invocados por el recurrente y, por consiguiente, la emisión de un pronunciamiento acerca del fondo o mérito de las cuestiones sobre que aquéllos versan; y es, en cambio, fundado cuando, en virtud de su contenido sustancial, resulta apropiado para la obtención de una resolución que, por vía de reforma, ampliación o anulación, sustituya la impugnada (Tomo 150:691). _____

_____De ello se sigue que el examen de los requisitos de admisibilidad –únicos que interesan a los fines de esta distinción preliminar- debe comportar una operación necesariamente previa respecto al examen de fundabilidad o estimabilidad, y que en un juicio negativo sobre la concurrencia de cualquiera de los primeros descarta, sin más, la necesidad de una decisión relativa al mérito del recurso. Los requisitos de admisibilidad de los recursos atienden -como sucede en todo acto procesal- a los sujetos que intervienen en su interposición, sustanciación y resolución, al objeto sobre el que versan y a la actividad que involucran, debiendo esta última analizarse en sus dimensiones de lugar, tiempo y forma (cfr. Palacio, Lino Enrique, "Los recursos en el proceso penal", Abeledo—Perrot, Bs. As., 1998, pág. 15).

_____

_____Esta Corte ha señalado que el derecho impugnativo en el proceso penal no es ilimitado, sino que se encuentra concretamente condicionado por un conjunto de pautas restrictivas relacionadas a la formal interposición y a la impugnabilidad objetiva y subjetiva, cuya falta

de acatamiento produce la inadmisibilidad del planteo (Tomo 98:703; 161:585, entre otros). _____

_____8º) Que la inadmisibilidad es la sanción procesal por la cual se impide un acto por no observar las formas necesarias para su ingreso al proceso en el juicio preliminar sobre el recurso (Tomo 134:151; 161:585, entre otros). _____

_____En razón de lo expuesto, a partir de las constancias de fs. 544 (acta de lectura de fundamentos) y 566 vta., surge que la Asesora de Incapaces N° 8 se presentó cuando había transcurrido con creces el plazo previsto en el art. 472 del C.P.P (texto según Ley 6345 y modificatorias). Dicho plazo debe contarse desde el acto de lectura de fundamentos de la sentencia que tuvo lugar el 3 de febrero de 2012, y conforme lo dispone el art. 405 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias), vale como notificación suficiente de las partes, lo que equivale a decir que no será necesaria ninguna otra forma de notificación (esta Corte, Tomo 134:315; 145: 149); por lo que, en razón de lo expuesto, corresponde declarar mal concedido el recurso de acuerdo a lo indicado en el art. 454, segundo párrafo del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias).__ _____

_____9º) Que a fs. 583 y 588, el Dr. Julio Roberto Aramayo Vázquez, en representación de los querellantes, manifiesta que comparte totalmente los fundamentos expresados por la Asesora de Incapaces N° 8; ergo, se opone a los brindados por el defensor del imputado en su recurso. _____

_____10) Que el tribunal "a quo" tuvo por probado que el imputado J.G.M., en fecha 17 de octubre de 2009, llevó a cabo actos libidinosos de neto contenido sexual sobre el cuerpo de la víctima, consistentes en tocamientos impúdicos, besos en la boca y senos, ultrajando la libertad corporal de la menor de doce años de edad, respecto de la cual había quedado en situación de guardador. _____

_____11) Que de las constancias de la causa surge que la víctima se dirigió a la casa del encartado a los fines de cuidar al bebé de su prima, esposa del imputado, pensando que el resto de la familia viajaría a la ciudad de Salta, cuando en realidad sólo viajó su prima, quedando la menor al cuidado del bebé y en compañía de M.. En sus declaraciones testimoniales, la víctima relata claramente los actos impúdicos a los que fue sometida por M., expresando que al verla acalorada le dio de beber un líquido de color verde, del que tomó un poco y luego de entablar una conversación sobre defensa personal, la tira sobre la cama y comienza hacerle masajes en los hombros hasta que se duerme, para luego despertarse al sentir algo pesado sobre su cuerpo, dándose cuenta que era el imputado quien le levantó la remera y le besaba el cuello y los pechos mientras se movía encima de ella y cuando intenta bajarle los pantalones, ella lo empuja y logra salir, ante lo cual el agresor le da veinte pesos para que se calle. _____

_____Si bien no se logró acreditar el acceso carnal a la víctima, los tocamientos descriptos por la menor se condicen con el examen médico practicado a fs. 40, del que da cuenta la presencia de sugilación en mama derecha y zona intermamaria. _____

_____A su vez, el informe de la licenciada Cornejo –fs. 78/79- da cuenta que no se observaron indicios de fabulación al momento de realizar la pericia y que aparecen secuelas de haber sufrido un daño en su conformación psicosexual anterior a los sucesos denunciados y hechos recientes traumáticos que aparecen resignificando ese daño previo. _____

_____12) Que resulta necesario recalcar las dificultades probatorias que presentan los delitos contra la integridad sexual, de ordinario cometidos en clandestinidad y respecto de los cuales, generalmente, sólo se cuenta con el testimonio de la víctima y la declaración del acusado; máxime cuando, como en el presente, la víctima es menor de

edad._

_____Por esas razones, en delitos como los investigados, adquiere plena actualidad aquella premisa según la cual, en base a la sana crítica racional, la espontánea declaración de la víctima es un elemento incriminante de alto valor en la formación de convicción, siempre y cuando sea tenido por coherente y sincero en el marco de la apreciación directa que brinda el debate y se hayan expuesto los aspectos que determinaron su credibilidad (esta Corte, Tomo 104:321; 122:583; 170:191). _____

_____En el presente caso, surge que el tribunal "a quo" hizo una valoración de cada una de las pruebas aportadas al debate, tanto las de cargo como descargo. En ese proceso podemos apreciar los motivos que condujeron a los sentenciantes a sostener la credibilidad del relato de la niña, no sólo en función del principio de inmediación, sino también conforme a las reglas de la sana crítica y/o libre convicción, expresando que la declaración informativa realizada por la menor en los distintos estadios procesales, fundamentalmente el prestado en cámara Gesell, resultaron convincentes y en los cuales aportó detalles relevantes de cómo fue sometida. _____

_____

_____En efecto, de las declaraciones vertidas por la víctima resulta claro el relato de los hechos abusivos efectuados por el imputado, quien incluso llegó a ofrecerle dinero y amenazarla con hacerle daño a su prima Vanesa o al bebé si contaba a alguien lo sucedido. _____

_____Resultan insuficientes las alegaciones vertidas por la defensa en relación a que el informe médico da cuenta de una desfloración de larga data, toda vez que el tipo penal atribuido por el tribunal "a quo" es el de la figura de abuso sexual simple, como así también sin sustento alguno la afirmación de que, la víctima intenta encubrir a otra persona con la que venía teniendo trato sexual. _____

_____En consecuencia, conforme lo expuesto, el tribunal "a quo" ponderó cada uno de los elementos probatorios, dando fundamentos concretos sobre la valoración que le otorgó a cada uno de ellos, y de su análisis en conjunto lograr la convicción requerida para tener por acreditados los hechos denunciados. _____

_____Por lo tanto, la existencia del hecho investigado y la autoría del acusado deben ser afirmados en grado de certeza por aplicación de las reglas que rigen la formación de convicción y en los límites fácticos del examen casatorio, resultando además adecuada la calificación jurídica otorgada por el tribunal "a quo". _____

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

_____1º) Que adhiero a los considerandos 1º, 2º, 3º, 5º, 6º y 10 del voto de los Jueces que me preceden pero discrepo de la solución jurídica a la que arriban por los siguientes motivos. _____

_____2º) Que el recurso de casación interpuesto por la Asesora de Incapaces Nº 8 (interina) con fecha 8 de mayo de 2012 se encuentra planteado dentro del plazo estipulado por el art. 472 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias) toda vez que de la lectura de la última acta de debate (v. fs. 470/476 vta.) surge que la Asesora de Menores e Incapaces -en feria- al iniciar el desarrollo del juicio oral, solicitó al tribunal “a quo” permiso para retirarse atento a las innumerables causas que requerían su intervención, a lo que la Cámara Tercera en lo Criminal hizo lugar. Consta en esa misma acta que se pasa a un cuarto intermedio para deliberar para, a continuación, dar a conocer el tribunal “a quo” el fallo y fijar audiencia para el quinto día hábil a partir de la fecha del fallo, para dar lectura a los fundamentos que integran la sentencia, por lo que la Asesora de Incapaces recién tomó conocimiento de la sentencia el 20 de abril de 2012 al no haber estado presente en la última audiencia de debate que

dispuso que se diera a conocer el fallo y fijara la fecha de lectura de los fundamentos.____ _____

_____En consecuencia si el tribunal “a quo” fue quien otorgó el permiso a la Asesora de Incapaces debió prever la diligencia de convocarla para que estuviera presente en la lectura de la sentencia, de acuerdo con la redacción del art. 405 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias) o en su defecto, notificarla del fallo obrante a fs. 477 el día que fue dictado para que de esa forma corriera de manera común el plazo para todas las partes intervinientes a los fines de interponer el recurso de casación, conforme con los arts. 134, 135, 136 y 142 del C.P.P. del mencionado cuerpo legal. _____

_____Sin embargo el tribunal “a quo” omitió convocar al momento de leer la sentencia a la representante de la Asesoría de Incapaces para que tomara conocimiento por lo que la notificación obrante a fs. 564 vta. es la que tiene plena validez para contar el plazo establecido por la ley adjetiva para presentar el recurso de casación._____

_____3º) Que por otra parte en relación al escrito de adhesión formulado por la parte querellante a fs. 583 sobre el recurso de casación interpuesto por la Asesora de Incapaces, el art. 449 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias) estipula el derecho de adhesión al recurso concedido a otro dentro del término de emplazamiento.__

_____En correlación el primer párrafo del art. 474 del citado cuerpo legal establece que: “Recibidas las actuaciones, la Corte de Justicia decidirá respecto de la improcedencia o procedencia del recurso. Si lo declarare procedente, fuere mantenido, o se produjere adhesión, el expediente quedará por quince días en la oficina para que los interesados lo examinen”. _____

_____Ante tales premisas cabe resaltar que el Código Procesal Penal no establece expresamente el término de emplazamiento, el que surge de una actividad deductiva. _____

_____Al respecto el vocablo emplazamiento según el diccionario de la Real Academia Española significa “situación, colocación, ubicación”, es decir entonces que el término de emplazamiento debe contarse a partir que las actuaciones se encuentren en el tribunal “ad quem”, pero desde la fecha que los interesados toman conocimiento de esa situación, lo que equivale a una expresa notificación.__ _____

_____4º) Que entre la intelección de lo normado por los arts. 473 y 474 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias) no existe un término para que los interesados puedan adherirse al recurso interpuesto por otro recurrente, atento a la inmediatez que señala el citado cuerpo legal de elevar las actuaciones al tribunal de alzada, al que tampoco concede término alguno para idénticos fines ergo, surge que el tribunal “a quo” concede el recurso, notifica a los interesados y eleva inmediatamente el expediente a la Corte; recibidas las actuaciones, la Corte decide respecto de la improcedencia o procedencia del recurso. Conforme con el primer párrafo del segundo apartado del art. 36 de la Ley 7716: “Recibido el expediente, el Presidente de la Corte de Justicia notificará a los interesados y, sin más trámite, el expediente quedará por diez días en la oficina para que lo examinen y presenten sus contestaciones”, el que vencido será el límite para la presentación de adhesión, la que fuera de dicho plazo resultará extemporánea. _____

_____La referida interpretación se encuentra legislada en el Código Procesal de Córdoba, antecedente legislativo del Código Procesal de Salta, texto según Ley 6345 y modificatorias, el que en su art. 465 primer párrafo prevé que: “Durante el término de emplazamiento, las partes podrán examinar las actuaciones y deberán presentar informe por escrito sobre sus pretensiones, el que será agregado a los autos al vencimiento del plazo”. _____

_____Es por ello que el Dr. Julio Roberto Aramayo Vázquez interpuso

el escrito de adhesión al recurso de casación de fs. 565/566 vta. dentro del plazo permitido (v. fs. 583/584). _____

_____5º) 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 doce años de edad. _____

_____En los casos de delitos contra la integridad sexual cabe tener en cuenta que se desenvuelven en un contexto de privacidad teñido de clandestinidad propicio para ocultar las conductas ilícitas llevadas a cabo por el agresor, donde la búsqueda de testigos oculares resulta ineficaz, razón por la que la valoración de las declaraciones de la víctima resulta acertada y pertinente en cuanto guarde suficiente coherencia y credibilidad. _____

_____En ese sentido la menor víctima declaró en cámara Gessell que luego de ingerir un líquido verde gusto a menta que M. le ofreciera se quedó dormida, a posteriori sintió algo pesado, cuando despertó el imputado se encontraba sobre ella besándola. Luego manifestó que el líquido blanco le salió cuando llegó a la casa de su abuela, allí le dijo a su mamá y se fue al hospital. _____

_____Sobre el particular la perito María del Valle Cornejo puso de resalto, en su informe de cámara Gessell, las secuelas de una persona que sufrió daño en su integridad sexual por la presencia de indicadores que permiten arribar a ello sin presencia de fabulación, sumado al rechazo, sensaciones desagradables respecto a lo repulsivo del órgano sexual, que sólo se da en los abusos sexuales, no en todos los casos. _____

_____Tales declaraciones adquieren mayor fuerza y validez para tener por acreditado el abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda ya que los informes médicos de fs. 73 y 260 dan cuenta de la presencia de fosfatasa ácida prostática en la vagina de la menor, sobre la que resulta apropiado apreciar la declaración testimonial efectuada por el Dr. Benjamín Julio Ruiz de los Llanos cuando señala que la mujer tiene fosfatasa ácida prostática, en el momento del orgasmo, la mujer tiene un punto “G” en la excitación y en el orgasmo la mujer eyacula un líquido blanquecino amarillento que tiene alto nivel de urea, creatinina y fosfatasa ácida prostática y otros elementos como sodio, potasio, lo que debe ser tenido en cuenta por el médico legal. Manifiesta que la única manera que la mujer tenga esa fosfatasa es con una excitación en el punto “G”, durante el orgasmo y así emitir ese líquido con fosfatasa. Sin embargo afirma que en una menor de doce años, en estado de sopor, de adormecimiento, si se produce una relación sexual, no podría tener un orgasmo y que es muy difícil que una menor de doce años pueda producir fosfatasa. Destaca a su vez que puede haber fosfatasa ácida prostática sin espermatozoides, porque la fosfatasa no está en el espermatozoide sino en el semen y éste líquido es el vehículo del espermatozoide. _____

_____Dentro de esas circunstancias se tiene entonces que la situación de adormecimiento de la menor víctima, más la presencia de fosfatasa ácida prostática, incompatible su producción en una menor de doce años y en un estado de sopor, más la presencia del imputado sobre el cuerpo de la menor, dan cuenta de una secuencia lógica de elementos suficientes para dar por acreditada la responsabilidad penal del Sr. M. por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda.__

_____6º) Que el abuso sexual infantil agravado por la guarda supone la existencia de una relación de poder sobre las niñas y niños 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. _____

_____Resultan de aplicación al caso en examen tanto la Convención de los Derechos del Niño como 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 la niña/o 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 26061 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. _____

_____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. _____

_____7º) Que también debe considerarse 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”. _____

_____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._____

_____8º) 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). _____

_____9º) Que en base a los arts. 40 y 41 del C.P. aplicables para la determinación de la pena se debe tener presente el grave daño psíquico irrogado en la persona de la menor damnificada; la realización de maniobras de engaño; el aprovechamiento sobre la diferencia de edad entre la víctima y el agresor; el ámbito de reserva en el que se llevó a cabo el ilícito; el encuentro a solas con la menor víctima; la relación de confianza existente entre ambos; su condición de primario; todas razones que obran como oportunas para condenar al Sr. J.G.M. a la pena de ocho años de prisión efectiva, por resultar autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda, previsto y reprimido por el art. 119 tercer párrafo en función del inc. b) del cuarto párrafo del C.P._____

_____10) Que por todo lo expuesto corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 552/558 y hacer lugar al recurso de casación presentado a fs. 565/566 y vta. y la adhesión de fs. 583 y 588, en su mérito revocar la sentencia recurrida., condenando a J.G.M. a la pena de ocho años de prisión por resultar autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda de acuerdo al art. 119 tercer párrafo en función del inc. b) del cuarto párrafo del C.P. y como corolario ordenar su inmediata detención._____

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

_____Comparto el voto de los Dres. Posadas, Vittar y Díaz, pero en cuanto al recurso impetrado a fs. 565/566 vta., estimo oportuno expresar lo siguiente._____

_____A más de resultar extemporáneo a la luz del art. 472 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias), y rigiendo para esta causa el citado código procesal, la Sra. Asesora de incapaces Nº 8 carece de legitimidad para intentar el recurso de casación bajo examen (cfr. esta Corte, Tomo 135:329) y conforme lo expresara en los fallos registrados en Tomo 144:703, 827 de esta Corte, el Asesor de Menores no es parte legítima en el proceso penal y el hecho de que aparezca como supuesta víctima un menor no autoriza bajo ningún punto de vista su intervención ni tampoco, por implicancia de ello, la superposición de funciones con el fiscal penal de la causa._____ _____

_____El Dr. **Ernesto R. Samsón**, dijo:_____

_____Adhiero al criterio del voto precedente._____

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

_____1º) Que por razones de brevedad doy por reproducida la reseña efectuada en los considerandos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10, por los distinguidos señores jueces preopinantes en el voto emitido en primer término, como así también comparto la solución jurídica a

la que arribaron, no obstante lo cual, considero oportuno agregar lo siguiente._____
_____2º) Que antes que nada es dable señalar que, en los delitos contra la integridad sexual, normalmente existen serias dificultades para desentrañar lo verdaderamente ocurrido, pues es una característica del ofensor actuar con sigilo y sibilinamente dado que tal es la desproporción y el desborde de sus conductas que prefieren actuar a hurtadillas precisamente para no ser descubiertos. Este rasgo de la personalidad de los infractores a la integridad sexual no debe perderse nunca de vista, porque los infractores, porque los abusadores, los violadores o los ultrajadores tienen en común dos características: operar sobre la víctima desprevenida y elegir el momento del ataque, cuando nadie puede percatarse de su abyecto cometido. _____
_____En la especie, no se advierten motivos para una absolución que desincrimine libremente de culpa y cargo al encartado, sino por el contrario, es fácil advertir que los conceptos vertidos párrafos arriba se reiteran en el “sub judice”, por lo que no debe circunscribirse, a acotar su conducta en la libido, dado que la integridad sexual no se tutela sólo desde dicha óptica sino en la falta absoluta de libertad de la víctima, que por su propia condición no sólo no tenía el discernimiento indispensable, sino que 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, se 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 al 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. _____
_____La misma idea es la que guía el problema de los menores de 13 años, en este caso la protección es el ámbito de la libertad, a lo que se agrega el problema de la inmadurez sexual de la víctima. Por eso en segundo lugar, además de la violación a la autonomía de la libertad, especializada en el ámbito sexual, se puede afirmar que también está en juego la intangibilidad sexual o de indemnidad sexual. La doctrina ha afirmado que se trata de una invasión o el ataque de tal derecho mediante acciones violentas o abusivas que avasallan la libre e íntima decisión por parte del autor. Ello significa que el violador abusa o aprovecha la circunstancia o calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente su consentimiento, o bien que con violencia lo elimina, reemplazado así la voluntad de la víctima –efectiva o presumida por ley- por la suya (Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 567/569).
_____
_____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). _____

_____Conforme a ello se ha dicho con acierto respecto al 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, 20-3-2003 “Rojas Luis Santiago”)._____

_____En igual sentido, corresponde calificar la conducta del imputado como abuso sexual simple agravado por la guarda en los términos del art. 119, primer y cuarto párrafo inc. b), si se acreditó que su intención tendía a desahogar sus propias apetencias sexuales._____

_____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, primer y cuarto párrafo inc. b) 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._____

_____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 (Tomo 141:465). _____

_____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, págs. 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 la abusar sexualmente de la víctima. 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 examen psicológico y psiquiátrico profundo sobre la personalidad del agresor sexual, quedando concluida la investigación por un veredicto que posee congruencia en la decisión final, en el análisis entre el hecho denunciado y sus pruebas.

No hace falta que el agresor sexual avance sobre zonas pudendas o alcance la impudicia, lo que debe ser relevante es si ese comportamiento puede dejarle secuelas o invalidar la inmunología psíquica de una menor, si esa conducta puede causarle una inversión en su sistema axiológico en formación, para según ello, tener por acreditado el delito. Sin duda, no habiéndose desvirtuado que el imputado abusó sexualmente de 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”, Lerner Editores Asociados, Bs. As., 1987, págs. 285 y sgtes.).

En efecto, cuando existe un predominio de las denominadas tendencias egoístas, los estados pasionales se polarizarán hacia el

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

3º) Que resulta importante destacar, que la Convención de los Derechos del Niño consagra expresamente el principio del interés superior del niño, al que define como la máxima satisfacción integral, simultanea de los derechos y garantías reconocido en el mencionado instrumento, disponiendo, además, que cuando exista conflicto entre los derechos e interés del niño frente a otro derecho e interés igualmente legitimo 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 la 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 rige la libertad probatoria y de 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 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 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 deriva del relato efectuado por la menor en su declaración informativa de fs. 5 y 11 y vta. y en cámara Gessell de fs. 60/61 vta., el que fue ratificado en sede judicial, quien manifestó que fue abusada sexualmente por el denunciado, señalando que el hecho tuvo lugar en horas de la tarde en el domicilio de su prima sito en Finca El Charcal-Chicoana y describió la práctica sexual a la que fue sometida; todo lo cual ha sido corroborado por otros elementos de convicción. Asimismo la denuncia y ampliación de denuncia de fs. 1 y 4 efectuadas por la madre de la menor ratificada a fs. 65/ 66 vta. y 128, es avalada por el examen médico de fs. 40; informe socio-ambiental del imputado de fs. 67/68; informe psicológico de la menor de fs. 78/79; declaración testimonial del Dr. Sergio Gustavo Castillo de fs. 110 y de Jimena del Socorro Burgos de fs. 113.

_____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 J.G.M., y en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 477, cuyos fundamentos obran a fs. 530/543._____

_____Por lo que resulta de la votación que antecede, _____

_____**LA CORTE DE JUSTICIA**, _____

_____**RESUELVE**: _____

_____I. **DECLARAR** formalmente inadmisible el recurso de casación interpuesto a fs. 565/566 vta. _____

_____II. **NO HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 552/558._____

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

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