Tomo 192:691/730)

_____ Salta, 29 de septiembre de 2014. _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados **"C/C S., V. A. – RECURSO DE CASACIÓN"** (Expte. Nº CJS 36.676/13), y _____

_____**CONSIDERANDO**: _____

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

_____ 1º) Que a fs. 337/339 vta. el Dr. Javier Alejandro Dorado, abogado defensor de V. A. S., interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala I del Tribunal de Juicio de fs. 304 y vta. cuyos fundamentos se encuentran agregados a fs. 305/316 vta., que condena a su asistido a la pena de catorce años de prisión efectiva, accesorias legales y costas, por resultar autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en forma continuada doblemente agravado por el vínculo y la convivencia en los términos de los arts. 119, párrafos 3º y 4º inc. b) y f), 12, 19, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P., y a pagar a la accionante M.A.S. la suma de pesos cien mil ($ 100.000) por todo concepto y en carácter de reparación integral con más los intereses judiciales desde la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago, con costas, de conformidad a lo dispuesto por los arts. 1066, 1067, 1068, 1069 y cc. del Código Civil y art. 14 y 408 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias). _____

_____ 2º) Que el recurrente funda sus agravios en la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva y en la inobservancia de las normas del Código Procesal Penal. ___

_____ Afirma que de los considerandos de la sentencia surge en forma clara, la inexistencia de elementos probatorios que permitan concluir que concurren los elementos que conforman el tipo penal previsto en art. 119 párrafos 3º y 4º inc. b) y f). __

_____ Aduce que el fallo se aparta del principio de inocencia que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional, que obliga al tribunal a emitir una sentencia condenatoria con pruebas eficientes y de las cuales se extraigan dentro del cuadro de las reglas de la lógica, las certezas de un acontecimiento. Deben construirse -continúa- todas las manifestaciones que sean obras del imputado y que estén en contra del orden jurídico. _____

_____ En consecuencia manifiesta que en el presente caso, conforme surge del fallo, los hechos se habrían producido desde los 13 hasta los 18 años de edad de la víctima, es decir, que corresponde descartar el primer supuesto a) que prevé el art. 119 del C.P., respecto a la edad, ya que la misma sería mayor de 13 años quedando por analizar si existen

elementos probatorios que acrediten la existencia de los otros supuestos señalizados ut supra bajo las letras b), c), d) y e).

Arguye que el fallo se limita arbitrariamente a sobrevalorar la declaración de la víctima y sobre ésta da por cierta y acreditada la existencia de violencia y amenaza.

Por otra parte advierte que en forma reiterada no se respetaron las formalidades establecidas por la ley procesal, afectando la garantía constitucional del juicio previo en su verdadera dimensión e impide que el proceso pueda desembocar en una sentencia válida y legítima. Sobre el punto afirma que no existe una correcta enunciación de los hechos imputados, en tanto se omiten mencionar las circunstancias de modo, lugar y tiempo, con lo que de tal forma se afecta el debido proceso y el derecho de defensa de su representado, por cuanto toda condena debe ser precisa y clara en cuanto a las circunstancias fácticas que se tuvieron en cuenta para la procedencia de aquélla.

Formula reserva de interponer recurso de inconstitucionalidad por inaplicabilidad de la ley y de arbitrariedad provincial y federal.

A fs. 356/357 vta. ratifica los fundamentos vertidos en la presentación del recurso de casación.

3º) Que el Fiscal ante la Corte Nº 1 señala a fs. 363/364 que la víctima fue coherente, contundente y precisa al señalar que desde los 13 años era abusada sexualmente por su padrastro y que los actos contra la integridad sexual fueron cometidos primeramente en la casa de su tío José Gutiérrez y posteriormente en su propia casa ubicada en el Barrio Autódromo.

Indica además que también logró especificar cómo se llevaban a cabo los abusos, mediante el despliegue de violencia física y moral ejercido por el imputado, quien aprovechaba la ausencia de su madre y sus hermanos durante gran parte del día para llevar a cabo su propósito.

Sostiene que en cuanto a la calificación jurídica del hecho el imputado convivía con la víctima en el mismo lugar o espacio físico, aprovechando dicha circunstancia y de los momentos de ausencia de los demás integrantes de la familia para llevar a cabo el hecho, razón por la que las agravantes quedan plenamente configuradas.

4º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 341 y vta.), previo a expedirse sobre los motivos invocados por el recurrente incumbe a esta Corte en la presente instancia efectuar un nuevo control de los recaudos de orden formal a los que la ley subordina su

admisibilidad (art. 36 de la Ley 7716)._____

_____ A ese respecto, se observa que ha sido presentado en término y por parte legitimada (v. fs. 317 y 339 vta.); además, la sentencia atacada resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (arts. 466 incs. 1º y 2º, 469 inc. 1º y cc. del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias). Razón por la cual, cabe ingresar al examen de la cuestión planteada en el recurso._____

_____ 5º) Que el tribunal "a quo" condenó a V. A. S. a la pena de catorce años de prisión por el delito de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por el vínculo y la convivencia tras dar por acreditado a través del relato efectuado por la víctima, quien manifestó que cuando tenía la edad de 13 años un día sábado cuando se encontraba sola en la casa donde residía con toda su familia, mientras sus hermanos menores estaban en catecismo, su hermano mayor se encontraba en prácticas de rugby y su madre trabajaba, decide recostarse en la cama matrimonial y al regresar su padrastro (imputado) de trabajar se acuesta con ella, comienza a hacerle caricias, pensando al principio que eran cariños fraternales, pero luego de intentar retirarse el imputado se molestó y mediante forcejeos logró tirársele encima, sacarle la ropa, abriéndole las piernas para luego accederla vaginalmente, tornando a partir de allí aquella conducta repetitiva durante todos los sábados, para luego realizarla también los días de semana, aprovechando que asistía al colegio por la tarde y que a la mañana se encontraba sola por cuanto sus hermanos iban a la escuela y el mayor a la universidad, y que cuando estaba de novia, el imputado le pegó y a partir de allí insistía en tener sexo anal y oral, todo corroborado además a través de las pericias psicológicas y psiquiátricas de la víctima y el imputado, y los resultados compatibles de ADN entre el hijo de la víctima y el imputado._____

_____ 6º) Que la recolección de elementos probatorios que acrediten los delitos contra la integridad sexual deviene en ocasiones, como es el caso que ocurre en autos, en una tarea difícil toda vez que el sometimiento de una persona a un ataque sexual suele ocurrir en el ámbito de la intimidad donde el valor de la declaración de la víctima, cuando ella resulte coherente y guarde una relación lógica y sostenida en el tiempo, más sus consecuentes secuelas físicas y psicológicas son las herramientas pertinentes que el juez a la hora de resolver debe tener en la mira para arribar a una solución acorde a las reglas de la sana crítica racional.___

_____ En ese sentido esta Corte se ha pronunciado en numerosos precedentes de manera similar cuando sostuvo que: "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 (Tomo 104:321; 122:583; 170:191).

La Cámara Nacional de Casación Penal también ha dicho que "En ese orden, no resulta violado el principio de razón suficiente por el hecho de que una sentencia se fundamente con las manifestaciones de un único testigo, si se han aplicado correctamente las reglas de lógica y la experiencia común que con toda la rigurosidad impone el sistema de valoración de la prueba acorde a la sana crítica racional. Sobre todo, como sucede en el caso, si el tribunal ha atendido a indicios y circunstancias generales que le han permitido privilegiar los dichos de S.R.D.G. y descartar los elementos de descargo aportados por la defensa" (Causa Nº 11343, Sala II, "Nadal. Guillermo Francisco s/ Recurso de Casación). También señaló que: "El testimonio S.R.D.G. ha sido integrado a través de un confronte crítico, no se han fragmentado las pruebas, ni analizado las mismas de manera aislada, sino que se las ha correlacionado entre sí de manera armónica, lo que pone el fallo a resguardo de la atribución de arbitrariedad pretendida por el recurrente (cfr. Fallos: 303:640).

Así el tribunal "a quo" respetó de manera fiel las reglas de la sana crítica racional al valorar los elementos probatorios aguardando una correcta congruencia y logicidad de acuerdo a la impresión que surgió de la inmediación que impera en todo juicio oral como lo fue el sostenimiento de la declaración de la víctima durante todo el proceso judicial pese al tiempo transcurrido entre la época en que sufrió los ataques, la fecha en que realizó la denuncia y el día de la celebración de la audiencia de debate.

De esa manera M.A.S. manifestó que todo comenzó un día sábado cuando toda su familia se había ido. Expresa que luego de las cosquillas consideradas como un juego, cuando la toqueteó y quiso levantarse, el imputado la agarró y le bajó los pantalones y la penetró por adelante cuando tenía la edad de 13 años, conducta que se repitió durante todos los días sábados, además de pegarle. Agrega que cuando estaba de novia también le pegó e insistía en tener sexo anal y oral, hasta que cuando cumplió 18 años de edad quedó embarazada.

En efecto aquel relato resalta su credibilidad a partir del análisis del informe psicológico de fs. 58/59 de donde

surge que M.A.S. no presenta indicadores de mendacidad ni de fabulación; el hombre es introyectado como una figura invasora; evidencia secuela psíquica de haber sufrido ataque a su reserva sexual; además de evidenciar depresión e indicadores de angustia que pueden relacionarse a situaciones de sometimiento y maltrato sufridas en el pasado.

Por su parte los estudios de ADN que rolan a fs. 87/89 dan cuenta sobre la compatibilidad entre el menor L.N.A. (hijo de la damnificada) y el imputado, prueba que fortalece la declaración testimonial de la víctima cuando manifestó que decidió hacer la denuncia para saber quién era el padre de su hijo, en atención a que si bien se encontraba de novia, un fin de semana el imputado regresó y abusó de ella cuando tenía la edad de 18 años.

7º) Que en relación a la calificación del hecho encuadrada en el párrafo 3º del art. 119 del C.P. cuestionada por la defensa técnica resulta correctamente aplicada toda vez que el tribunal "a quo" no se refirió a la minoría de edad de la víctima para arribar a tal calificación sino que lo hizo en relación a las demás circunstancias que expresa el cuestionado párrafo como lo son la violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder.

Aquellas circunstancias resultan manifiestas cuando la víctima relató que el imputado le pegaba, que para accederla la asfixiaba, le tapaba la boca o le pegaba piñas en las piernas, que cuando su esposo iba a buscarla, se enojaba y se ponía violento con ella, que cuando ella quería salir le pedía permiso y el imputado le respondía "ya sabés lo que tenés que hacer si querés salir", también la amenazaba que se fuera de la casa, pero que quedaría sola en la calle sin tener a quién recurrir, además de taparle la nariz cuando quería impedir las conductas abusivas.

Al respecto Andrés J. D´Alessio señala que: "El concepto de violencia se relaciona con el empleo de fuerza o energía física suficiente sobre la víctima tendiente a anular, vencer o anular su resistencia." "Amenazas: bajo esta modalidad comisiva quedan encerrados los casos en los que medie violencia moral, es decir aquellos en los que la resistencia de la víctima es vencida por virtud del temor que a ella se le infunde, merced al anuncio de producirle un mal grave e inminente." "Abuso coactivo de una relación de dependencia, de autoridad o de poder: quedan comprendidos aquellos casos en los que el autor, aprovechando una especial posición de superioridad sobre la víctima, logra su consentimiento" ("Código penal comentado y anotado. Parte Especial", Ed. La Ley, 2004, págs. 163, 164, 165).

_____ 8º) Que en lo que respecta a las circunstancias de lugar y tiempo la víctima fue elocuente en su relato cuando manifestó que las conductas abusivas llevadas a cabo por el imputado surgieron a partir de un día sábado cuando ella tenía la edad de 13 años hasta los 18 años, primeramente en el domicilio de su tío Gutiérrez, lugar donde residían, y luego en el nuevo lugar de residencia ubicado en el Barrio Autódromo, durante todos los sábados y ocasionalmente los días de semana cuando ella quedaba sola en su casa._____

_____ Para los casos en que existe dependencia, continuidad y habitualidad entre un hecho y otro cometido por un mismo sujeto activo contra igual sujeto pasivo la característica propia de aquel delito deviene en el carácter de continuado.

_____ Sobre el particular Andrés J. D´Alesssio afirma que: "El delito continuado implica unificar dogmáticamene una serie de hechos (actos, acciones o conductas) que cumplen con todos los presupuestos de hechos no punibles individuales que se deberían sancionar según las reglas del concurso real, lo cual no ocurre así ya que, a diferencia de lo que sucede en éste, tales hechos son dependientes entre sí, puniéndose como si fuesen un único suceso. Existe –entonces- una pluralidad de actos, los cuales a pesar de la diversidad material conforman una unidad delictiva. La ejecución de esta "unidad jurídica de acción" llamada delito continuado se fracciona en distintos actos, porque se aprovecha de la misma oportunidad, o porque facilita o hace posible su consumación, en razón del carácter de unidad compleja del objeto del delito" ("Código penal comentado y anotado. Parte General", Ed. La Ley, 2005, págs. 600 y 601)._____

_____ También al respecto Zaffaroni, Alagia y Slokar afirman que: "El delito continuado nada tiene de ficción, y que resulta de una racional interpretación de algunos tipos que muestra que la reiteración de conducta allí prevista no implica una nueva conducta independiente, sino una mayor afectación del bien jurídico, que se traduce en un mayor contenido de injusto de la única conducta típica" ("Derecho penal. Parte general", Ed. Ediar, 200, págs. 824/ 825).____

_____ En tal sentido V. A. S. realizó reiteradas conductas abusivas contra la integridad física de M.A.S. durante años bajo similares prácticas que afectaron la integridad física de la víctima con secuelas psicológicas que fueron en aumento de manera progresiva hasta que cumplió la edad de 18 años, valiéndose de parecidas oportunidades para lograr su propósito traducido en la satisfacción de su apetencia sexual tras el ánimo de someter a su hijastra a conductas desmedidas e intolerables contra su integridad sexual las que fueron realizadas bajo un vil aprovechamiento por parte del imputado

de su autoridad o poder que ejercía sobre la víctima demostrando con ello una relación vinculante entre las distintas conductas para arribar a un único designio._____

_____ 9º) Que Argentina ha suscrito numerosos instrumentos internacionales y regionales de protección a los derechos humanos (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- y Convención Interamericana para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer –Con-vención de Belém do Pará-), en virtud de los cuales asumió el compromiso de prevenir, investigar, sancionar y erradicar toda forma de discriminación y violencia hacia las mujeres y niñas. En particular cabe mencionar la Convención de Belém do Pará que desde un abordaje que dimensiona la violencia de género como un problema social, de tipo estructural en nuestras sociedades aún fuertemente sexistas, define la violencia hacia las mujeres y niñas como una violación a los derechos humanos de aquellas, cuya persistencia condiciona el potencial de crecimiento de la sociedad toda. En concreto, en el art. 1º, la Convención entiende que es violencia contra la mujer “cualquier acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico (...), tanto en el ámbito público como en el privado”. Y en el art. 2º, entiende que la “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...”._____

_____ 10) Que asimismo, en el marco de la normativa vigente en nuestro país desde marzo de 2009, el abuso sexual debe ser entendido y abordado como una forma de violencia sexual. En efecto la Ley 26485, define la violencia contra las mujeres como “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”. Y en el art. 5º describe la violencia sexual 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”._____
_____ 11) Que en ese contexto jurídico, condiciona en al actualidad el marco conceptual a partir del cual debemos interpretar distintas conductas prohibidas y sancionadas, entre otros, por el derecho penal. Y esa tarea hermenéutica, propia del Poder Judicial, de cara al objetivo último que es erradicar la violencia de género, no reviste menos valor que el que tienen las políticas de prevención o asistencia que deben desarrollar principalmente otros poderes del Estado. Y, por otra parte, su desconocimiento puede llegar a implicar casos de violencia institucional, en los términos de art. 6º inc. b) de la ya citada ley 26485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales._____
_____ 12) Que en mérito a todo lo expuesto corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 337/339 vta._
_____ Los Dres. **Guillermo Alberto Posadas** y **Sergio Fabián Vittar**, dijeron:_____
_____ Compartimos los considerandos 1º a 5º del voto que antecede y la solución jurídica en él propiciada, por las siguientes razones._____
_____ 1º) Que en forma liminar, cabe señalar que no se advierte en el “sub judice” la concurrencia de los vicios denunciados por el recurrente (arbitrariedad, inobservancia de la ley sustantiva y procesal y violación de las garantías constitucionales de inocencia, juicio previo, debido proceso y defensa en juicio), toda vez que la convicción condenatoria del tribunal de juicio se gestó de modo lógico, razonado, motivado y coherente, con adecuado sustento racional en las circunstancias comprobadas del caso y de conformidad con la normativa penal pertinente._____
_____ En efecto, esta Corte tiene dicho que en nuestro sistema procesal penal rigen el principio de libertad probatoria y el sistema de la sana crítica racional, lo cual implica que el juez no debe 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, en definitiva, la facultad de valorarlos conforme a las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directivas o a tasación legal alguna. 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 (Tomo 156:697)._____

_____ También sostuvo este Tribunal que en materia de delitos contra la integridad sexual cometidos respecto de personas menores de edad, normalmente existen serias dificultades para desentrañar lo verdaderamente ocurrido, pues es una característica del ofensor actuar con sigilo, bajo amenazas y a hurtadillas, precisamente, para no ser descubierto (Tomo 145:217); y que es plenamente válida la condena si en la sentencia se ha adquirido certeza a partir de la evaluación de los hechos que fueron objeto de examen por el juzgador y se comprobó la conducta atribuida al acusado, de abusar sexualmente de una niña, teniendo en cuenta el examen psicológico profundo sobre la personalidad del agresor sexual y de la menor y el examen médico, quedando de este modo concluida la investigación con un veredicto plenamente congruente y razonado (Tomo 140:445).

_____ Como ha apuntado la doctrina: “En los abusos sexuales, básicos y agravados, se protege la libertad sexual de las personas mayores de trece años y la intangibilidad sexual de los menores de tal edad y de quienes carecen de capacidad para consentir libremente la acción del autor” (Arocena, Gustavo Alberto, “Ataques a la integridad sexual”, Ed. Astrea, Bs. As., 2012, pág. 10). “Abusa sexualmente el autor que efectúa contacto corporal que tenga significación sexual entre su cuerpo y el de la víctima o mediante un instrumento, sea o no relevante. Esas acciones pueden ser la de tocar o hacerse tocar los genitales u otras partes del cuerpo que tengan aquella significación...” (Reinaldi, Víctor Félix, “Los Delitos Sexuales en el Código Penal Argentino – Ley 25087”, Ed. Lerner, Córdoba, 1999, pág. 38).

_____ En el caso, el tribunal de juicio condenó a V. A. S. a la pena de catorce años de prisión por reputarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en forma continuada, doblemente agravado por el vínculo y por la convivencia, en perjuicio de M. A. S., en los términos del art. 119, párrafos 3º y 4º incs. b) y f) del C.P._

_____ La calificación jurídica asignada al “sub judice” deviene acertada, pues por “acceso carnal” se debe entender “la introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona, no siendo necesario para su consumación que la penetración sea total o que se produzca la eyaculación” (Donna, Edgardo Alberto, “Delitos contra la Integridad Sexual”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, pág. 59).

_____ En autos la conjunción carnal ha quedado evidenciada no sólo por los exámenes médicos, sino también por la compatibilidad genética (ADN) existente entre el hijo que tuviera la víctima y el acusado (v. fs. 87/89).

_____ Por su parte, el delito de abuso sexual con acceso carnal se agrava “cuando autor y víctima fuesen parientes consanguíneos, matrimoniales o extramatrimoniales ... Ellos son los ascendientes o descendientes (arts. 350 y 351 del C.C.). El vínculo debe acreditarse con la correspondiente partida de nacimiento (arts. 79 y 80 del C.C.)” (Reinaldi, Víctor Félix, Op. Cit., pág. 91). “La razón determinante de la mayor criminalidad del hecho reside en el quebrantamiento, por parte del autor, de los deberes de protección sexual que surgen del parentesco” (Arocena, Gustavo Alberto, Op. Cit., pág. 50). _____

_____ Asimismo, cabe recordar que el principio de libertad probatoria que rige en el proceso penal encuentra su limitación excepcional en materia de “estado civil de las personas” (art. 201 del C.P.P. –texto según Ley 6345 y modificatorias-). Al respecto, a los fines de la verificación de dicho estado, corresponde acudir a la normativa civil respectiva (arts. 350, 351 y cc. del C.C.). Por lo tanto, así como el acto jurídico civil de la adopción plena funda una relación de parentesco paterno-filial entre adoptante y adoptado –que se equipara, a los efectos legales, de modo absoluto al vínculo por consanguinidad y funciona, por ende, como calificante del delito considerado-, el reconocimiento civil de paternidad implica un nuevo emplazamiento estadual-personal entre reconociente y reconocido que debe ser tenido en cuenta a los fines de la calificación legal del delito respectivo._____

_____ El motivo de agravación aludido está debidamente acreditado en la causa por las constancias civiles pertinentes. En tal sentido, cabe afirmar que el acto jurídico familiar de reconocimiento filial que efectuara el acusado respecto de la víctima torna operativa la predicha calificación (conforme la anotación marginal realizada el 6 de febrero de 2006 en la partida de nacimiento de la menor M. A. S., cuando ésta tenía seis años de edad -v. fs. 150-).___

_____ Por otro lado, el delito considerado se agrava, también, cuando media aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de dieciocho años (art. 119, 4º párrafo inc. f) del C.P.). Tal circunstancia de calificación se verifica cuando autor y víctima viven bajo un mismo techo._____

_____ La jurisprudencia ha entendido que esta agravante puede concurrir, de modo ideal (art. 54 del C.P.) con la que contempla el abuso sexual cometido por ascendiente (TS Córdoba, Sala Penal, 4/3/09, “Cantonati”, Sent. Nº 30), pues no siempre ni necesariamente el ascendiente convivirá con su descendiente. Así lo sostuvo esta Corte en sus precedentes de

Tomo 170:507; 162:237._____

_____ Así las cosas, las conductas atribuidas al acusado respecto de la menor M. A. S. han sido objeto de oportuna acusación, prueba, defensa y sentencia, habiéndose observado durante el proceso el principio de congruencia. Más aún, se han precisado con certeza las circunstancias de modo (acceso carnal reiterado y continuado respecto de M. A. S.), tiempo (desde que la víctima tuviera la edad de trece años hasta que cumpliera dieciocho), lugar (la vivienda en la que convivían la víctima y el acusado) y ocasión (al ausentarse los demás integrantes del grupo familiar, generalmente los días sábados y a veces también durante el transcurso de las semanas) de los hechos sometidos a juzgamiento._____

_____ 2º) Que el tribunal “a quo” desestimó, en el caso, la figura del concurso real (propuesta en la acusación fiscal) y aplicó, en cambio, el instituto del delito continuado. Tal proceder aparece jurídicamente acertado, atento la indeterminación cuantitativa de las reiteradas agresiones sexuales, su considerable prolongación temporal y su esencial unidad cualitativa (identidad –o coincidencia invariable y uniforme- de sujetos, de propósito criminoso, de conducta penalmente típica –o modalidad ejecutiva- y de bien jurídico lesionado)._____

_____ Además, cabe señalar que dicha consideración jurídica resulta benigna y favorable para el acusado (“favor rei”), desde el punto de vista estrictamente punitivo, al evitar el cómputo de pena más gravoso previsto legalmente para el concurso real de delitos (art. 55 del C.P.)._____

_____ De tal manera, el objeto procesal del “sub judice” revela una pluralidad de hechos -objetiva y subjetivamente encadenados o dependientes-, representativos de una sola y misma consumación delictiva, sometidos a una misma sanción legal._____

_____ Como ha enseñado la doctrina: “Estamos en presencia de un delito continuado cuando una pluralidad de acciones que en sí mismas ya tienen sentido típico son aunadas bajo una sola denominación dotada de sentido típico propio. El delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representan ya de por sí un delito consumado o intentado...pero todas ellas se valoran conjuntamente como un solo delito. La cajera de un supermercado se apropia en distintos días de diferentes cantidades o el padre tiene relaciones sexuales con la hija en repetidas ocasiones. El delito continuado es... una verdadera realidad jurídica que permite construir un proceso sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva” (de Vicente Martínez, Rosario, “Unidad y Pluralidad de

Delitos", trabajo publicado en la obra conjunta coordinada por Eduardo Demetrio Crespo: "Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal", Ed. Iustel, Madrid, 2011, págs. 416/417).

A su turno, la jurisprudencia tuvo ocasión de precisar que "en el delito continuado... son varios hechos, pero a mérito de la homogeneidad material y jurídica y a la unidad de designio criminoso precedente, esa pluralidad fáctica se fusiona en una misma unidad delictiva..." (CNCP, Sala III, "Yunez, C. A.", 20/12/06; en igual sentido, CNCP, Sala II, "Venecia, J. L.", 03/12/98).

En general, el supuesto concreto de abusos sexuales reiterados –indeterminados en su cantidad-, perpetrados por el mismo autor y en contra de la misma víctima, bajo idéntica modalidad comisiva y por un lapso de tiempo más o menos prolongado, ha sido considerado como un caso típico de continuación delictiva (De la Rúa, Jorge, "Código Penal Argentino. Parte General", Ed. Lerner, Córdoba–Buenos Aires, 1972, pág. 744; Aboso, Gustavo Eduardo, "Código Penal de la República Argentina, Comentado y Concordado con Jurisprudencia", Ed. B de f, Buenos Aires–Montevideo, 2012, pág. 356; TSJ Córdoba, Sala Penal, Sentencia Nº 80 – 19/09/2000-: "Rivero, José Alejandro p.s.a. de violación agravada – Recurso de Casación"; y 64 -30/06/2005-: "Querella presentada por Tomás Jiménez Villada c/ Carlos Fedrigotti – Infracción al art. 117 bis C.P. – Recurso de Casación").

Al respecto, se anotó: "Si bien nuestro Código Penal no prevé expresamente el delito continuado, lo que sí ocurre con el concurso ideal –art. 54 C.P., "cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal..."- y con el concurso real –art. 55 C.P., "cuando concurrieren varios hechos independientes..."-, nuestra doctrina ha admitido que del juego de los arts. 54 y 55 del C.P. se prevé la posibilidad de los hechos no independientes" (Vocos, María Teresa, "Delito Continuado", trabajo publicado en la obra colectiva "Temas de Derecho Penal", Ed. Alveroni–Advocatus, Córdoba, 1999, pág. 76).

Sobre el particular se ha apuntado: "La continuación delictiva no significa la simple reiteración de un delito o de delitos distintos, sino la prosecución de la comisión de un mismo delito. Esa continuación no se da sólo porque el autor de varios delitos los haya cometido con el designio formado de antemano de delinquir como lo hizo... La continuación delictiva se sustenta en la determinación del autor de delinquir de una manera que objetivamente traduzca la prosecución de un mismo delito" (Núñez, Ricardo C., "Las Disposiciones Generales del Código Penal", Ed. Lerner,

Córdoba, 1988, pág. 251).

Por lo dicho, la llamada tesis mixta (u objetivo-subjetiva) es la que mejor logra explicar el fenómeno de la continuación delictiva (también llamado "concurso real aparente"), al exigir la concurrencia de los siguientes elementos: a) hechos repetidos y materialmente homogéneos; b) violatorios todos de la misma norma penal; y c) ejecutivos de un mismo designio, o bien una pluralidad de hechos representativa de una sola y misma consumación delictiva (TSJ Córdoba, Sala Penal, Sentencias Nº 25 -25/03/99- y 80 –19/09/ 2000-, entre otras).

En el "sub judice" han quedado acreditados con el grado de certeza necesario para condenar (certeza positiva) todos los extremos fácticos y jurídicos, tanto objetivos como subjetivos, involucrados en la caracterización jurídica del caso. Así, se probó que el acusado reconoció a M. A. S. como su hija (v. fs. 150), que efectivamente hubo accesos carnales (v. fs. 87/89), que víctima y victimario convivían bajo un mismo techo y que la secuencia de la reiteración delictiva unitaria comprendió un lapso bastante prolongado (casi cinco años), en el cual los hechos asumieron un mismo patrón espacial y modal de consumación y estuvieron signados por un elemento subjetivo (dolo directo) que se mantuvo invariable de modo permanente y sostenido a lo largo de toda la continuación delictiva dolosa.

3º) Que en orden a la individualización judicial de la pena, corresponde señalar que se ha cumplido en autos con la compleja valoración subjetivo-objetiva que imponen los arts. 40 y 41 del C.P. Sobre tal base, y en consideración a las condiciones personales del acusado, al contexto de comisión de los hechos y a su prolongación en el tiempo, a la extensión de los daños causados y a las circunstancias de modo, tiempo, lugar, ocasión y personas que signaron al delito juzgado, la pena impuesta a V. A. S. (catorce años de prisión) aparece razonablemente adecuada y proporcionada al caso, por lo que el fallo no merece tacha, corrección o reparo alguno en tal sentido.

En consecuencia, y atento a que convergen en autos las condiciones de determinación punitiva que se desarrollaran en el precedente de esta Corte registrado en Tomo 127:589, es que corresponde rechazar el recurso.

El Dr. **Ernesto R. Samsón**, dijo:

Adhiero al voto de los Dres. Posadas y Vittar, no obstante estimo oportuno agregar lo siguiente.

1º) Que entre las modalidades comisivas del ilícito en cuestión, se encuentra la del abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder

(primer párrafo del art. 119 del C.P., al que remite el tercero). Se ha explicado que “las relaciones a que se refiere la ley comprende todas las situaciones en las que una de las personas está colocada en un plano de superioridad frente a otra que le está subordinada o le debe obediencia, tanto en el ámbito público como privado” (Reinaldi, Víctor F., “Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino”, Lerner, Córdoba, 2º edición, 2005, pág. 75).

Ello significa que para forzar a la víctima y poder someterla sexualmente no es necesario que el autor ejerza violencia física, también se configura el delito –como en el caso de autos- por el quebrantamiento de la voluntad a través de medios coactivos, los que pueden consistir en infundirle temor al anunciarle un mal concreto si no satisface sus deseos o -de acuerdo a las modalidades reseñadas en el párrafo anterior- en el aprovechamiento de una relación fáctica de poder, en la que la víctima depende y es controlada por el sujeto activo, ya sea por su ubicación preeminente en el ámbito familiar, o por la sujeción económica en la que se encuentra, lo que se agrava cuando las prácticas son iniciadas desde temprana edad, cuando las defensas son muy bajas todavía y es menor la comprensión del daño infundido; luego, la vergüenza del incesto termina de anular las posibilidades de pedir auxilio (esta Corte, Tomo 170:869).

En efecto, en el caso “sub examen”, la falta de consentimiento en las relaciones sexuales ha sido reiteradamente afirmada por la víctima, al señalar que los abusos se llevaron a cabo mediante el uso de violencia física y moral por parte del acusado. Así, expresó a fs. 297 vta. que éstos se iniciaron cuando tenía 13 años, que se repitieron todos los sábados, que el imputado dejaba su trabajo por momentos, durante la mañana, e iba a buscarla y tenía relaciones con ella, y también que le pegaba; agregando luego que “para accederla la asfixiaba, le tapaba la boca o le pegaba piñas en las piernas, nunca en la cara”, siendo coincidentes sus dichos con los expresados en sede instructoria, e incorporados por lectura al debate a fs. 302. Además, declaró que se enteró que no era hija biológica de S. cuando tenía 17 años (ver fs. 298).

La continuidad del estado de sumisión no debe confundirse con consentimiento, pues basta la coacción física y moral de intensidad suficiente para quebrantar la resistencia que razonablemente puede oponer una menor. El Código Penal, al introducir en el artículo 119 la palabra intimidación, no requiere de los sujetos pasivos de este delito resistencias de grado tal que causen un daño físico,

sino que por el contrario, acepta que una mujer con el fin de conservar su integridad física decline de su libertad sexual y admita que un hombre la posea de hecho (cfr. esta Corte, Tomo 170:869).

2º) Que finalmente, cabe agregar que en virtud de la inmediación propia del debate, el tribunal "a quo" consideró coherente, contundente y preciso el relato de la víctima, el que no presentó contradicciones ni fisuras. Valoró, además, la pericia psicológica realizada a la misma, cuyo informe de fs. 58/59 señala que no presenta indicadores de mendacidad ni de fabulación.

3º) Que por lo expuesto, 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 a la decisión una base suficiente y legal; por consiguiente, corresponde rechazar el recurso interpuesto.

El Dr. **Guillermo Alberto Catalano**, dijo:

Comparto los votos que anteceden, en virtud de lo siguiente.

1º) Que el Sr. V. A. S. fue condenado a la pena de catorce años de prisión por abuso sexual con acceso carnal en forma continuada, doblemente agravado por el vínculo y la convivencia.

2º) Que la defensa técnica modularmente arguye la falta de acreditación de la responsabilidad de su defendido por el delito atribuido.

3º) Que en la causa ha quedado probado acabadamente que el imputado abusó sexualmente con acceso carnal de la menor M.A.S. desde que ésta tenía 13 años hasta sus 18 años de edad, en las viviendas que compartían, primeramente de un tío de la menor, Sr. José Alberto Gutiérrez, y posteriormente en Bº Autódromo, quedando finalmente la víctima embarazada, dando a luz a un hijo.

Ergo, lógicamente no se halla en esta instancia en discusión la existencia del hecho delictivo y la autoría y responsabilidad del imputado, máxime ante la comprobación suficiente de la voluntad contraria de la víctima a mantener ningún tipo de contacto sexual con el imputado (v. informe psicológico de fs. 58/59 y su explicación en el debate a fs. 298 y vta.; y lo declarado por la víctima a fs. 1 y vta., 5/6, y 297 vta./298), no verificándose en el presente caso las usuales dificultades probatorias presentes en los delitos contra la integridad sexual a pesar del secreto, privacidad, ocultamiento o clandestinidad, ante una evidencia tan contundente como un hijo biológico del imputado, producto de

la violación (cfr. esta Corte, Tomo 134:363), conforme partida de nacimiento rolante a fs. 249 y vta._____

_____ El informe técnico de tipificación de ADN de fs. 87/89 arroja que los resultados obtenidos son compatibles con la existencia de vínculo de paternidad del imputado respecto de L.N.A., con una probabilidad de paternidad superior al 99,99 por ciento._____

_____ Ergo, puede colegirse fácilmente que no se ha exigido al imputado probar su inocencia, sino que la reconstrucción histórica de los hechos y su misma evidencia terminan por demostrar su culpabilidad (cfr. esta Corte, Tomo 172:799; 182:69, entre otros)._____

_____ 4º) Que la calidad de hija del imputado, acreditada a fs. 46 y vta. y 150 y vta., de acuerdo al art. 201 del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias (esta Corte, Tomo 134:363) no ha sido controvertida mediante impugnación de la filiación establecida, y por tanto es irrevocable (art. 249 del C.C.; esta Corte, Tomo 141:987)._____

_____ El imputado ha reconocido a la víctima como hija. Es sabido que la paternidad extramatrimonial sólo puede quedar determinada por el acto voluntario del reconocimiento del hijo o, en su caso, por la sentencia judicial. El reconocimiento, en los términos del art. 248 del C.C., es la declaración espontánea del progenitor que expresa que una persona es su hijo; la paternidad se establece directamente por la manifestación del padre mediante el reconocimiento que lleve a cabo del hijo (esta Corte, Tomo 112: 541, 561)._____

_____ Además el imputado compartía el ámbito de cohabitación y una vida familiar en común con la menor víctima en un mismo inmueble, aprovechando la ausencia de todo el grupo familiar –con lo que su vulnerabilidad se veía potenciada, y la posibilidad de cometer estos hechos era mayor-, lo que configura el agravante de guarda y/o el de convivencia preexistente._____

_____ Cabe remarcar que en el proceso penal rige como regla general y necesaria la libertad probatoria (Tomo 80:125; 186:305, entre muchos otros), con excepción de las limitaciones relativas a la demostración de circunstancias atinentes al estado civil de las personas (Tomo 98:507; 181:811, entre otros), las que constituyen una valla legal (Tomo 125:185, entre otros) y una expresa limitación (Tomo 128:713, entre otros) en cuanto prescribe el empleo de ciertos medios probatorios para su acreditación._____

_____ El principio, entonces, dispone: Todo se puede probar y por cualquier medio de prueba (conf. Tomo 154:201; 162:519). El principio de libertad probatoria imperante en el proceso penal permite que todos los aspectos atinentes a la

relevancia penal del hecho sobre el que versa la acusación se prueben por cualquier medio, con la sola excepción expresamente indicada, en las que la comprobación no puede efectuarse sino de acuerdo a las específicas pautas que establece la legislación civil (Tomo 118:661), con la fuerza legal que prevé su art. 993 (Tomo 141:987, entre otros)._____ El Decreto Ley 8204/63, con las modificaciones introducidas por la Ley 18327 ha creado un régimen uniforme relativo al registro del estado civil y capacidad de las personas, estableciendo en el art. 24 que son instrumentos públicos y crean la presunción de verdad de su contenido en los términos prescritos por el Código Civil, los testimonios, copias, certificados, libretas de familia o cualesquiera otros documentos expedidos por la Dirección General o sus dependencias, que correspondan a inscripciones registradas en sus libros y que lleven la firma del oficial público y sello de la oficina respectiva (esta Corte, Tomo 104:1091; 116:429; 141: 987, entre otros)._____ 5º) Que la sentencia es plenamente válida porque en sus fundamentos se ha cumplido con una ponderación completa de los hechos, estableciéndose, de acuerdo a las circunstancias de persona, tiempo, modo y lugar, el accionar del acusado tal cual ha ocurrido. Cuenta con un análisis razonado de las constancias de la causa por el que arriba a la existencia de esa certeza, y es así que de la motivación relativa a la determinación de su responsabilidad, no caben dudas de que la sentencia delimita con precisión la significación que cabe asignar a los hechos, sus circunstancias, y su autoría._____ 6º) Que de esta manera, se verifica en el “sub examine” que en el momento de valoración judicial de la prueba introducida válidamente en el proceso, el convencimiento del tribunal se ha orientado por las reglas del recto entendimiento humano, de acuerdo al sistema de la libre convicción o sana crítica racional, basado en el normal modo de ser y obrar de las cosas y las personas, y consistente en una valoración racional de los elementos allegados al proceso, propia de los jueces técnicos, que se objetiva en la motivación del fallo, y está controlada por las reglas de la lógica (para distinguir lo verdadero de lo falso, aplicando los principios de identidad, no contradicción y tercero excluido), de la psicología y de la experiencia._____ El Dr. **Abel Cornejo**, dijo:_____ 1º) Que por razones de brevedad doy por reproducida la reseña de los hechos efectuada en los considerandos 1º, 2, 3º, 4º, 5º y 8º, en el voto emitido en primer término, 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, los abusadores, los violadores o los ultrajadores tienen en común dos características: operar sobre la víctima desprevenida y elegir el momento del ataque, cuando nadie puede percatarse de su abyecto cometido._____

_____ En la especie, no se advierten motivos para una absolución que desincrimine libremente de culpa y cargo al encartado, sino por el contrario, es fácil advertir que los conceptos vertidos párrafos arriba se reiteran en el “sub judice” por lo que no debe circunscribirse, sin antes exculpar formalmente al causante, es pretender acotar su conducta en la libido, dado que la integridad sexual no se tutela sólo desde dicha óptica, que por estricta puede generar mayores disturbios, sino en la falta absoluta de libertad de la víctima, que por su propia condición, no sólo no tenía el discernimiento indispensable, sino que las consecuencias sobre su personalidad y equilibrio psíquico pueden ser determinantes para el resto de su vida, dejándoles secuelas indelebles._____

_____ Ahora bien, enseña Donna, que si bien la doctrina ha tratado de enfocar el bien jurídico con distintas palabras, analizando el contenido del art. 119 3er. párrafo del C.P., puede afirmarse que la ley tiene en cuenta, en primer lugar, la libertad individual, en cuanto hace a la integridad sexual de las personas. Esta libertad puede ser entendida desde un doble aspecto, positivo-dinámico, por un lado, como la capacidad de libre disposición del propio cuerpo a los efectos sexuales, es decir 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._____

_____ Conforme a ello, se ha dicho con acierto que: en el supuesto contemplado por el art. 119, 3er. párrafo del Código Penal, 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).

_____ 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)._____

_____ 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, 4-2-2004, "Ramirez, Sergio M. s/Recurso de Casación").

Acorde a lo manifestado, podemos afirmar que de la declaración incriminante de la víctima, sumado a los elementos probatorios surge demostrada la configuración tipificada por el art. 119, primer, tercer y cuarto párrafo incs. b) y f) 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.

Al respecto 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 tercero del Código Penal que la razón de la calificante por el vínculo está dada exclusivamente por el hecho de que la relación parental facilite la tarea del autor (Cám. Nac. Crim, y Corr. Sala VI, 282-2003 "Ledesma Vallejos").

Asimismo se ha dicho que el fundamento de la agravante en el caso del encargado de la guarda reside en la infracción de los deberes particulares inherentes al cargo del autor o las obligaciones que asumiera voluntariamente. Es decir, es la particular relación del agente con la víctima la que la ley ha tenido en cuenta para fundar la mayor punibilidad. Se ha dicho que el encargado de la guarda es aquel que, de modo regular, debe cuidar a una persona por convención u oficio o por una situación de hecho, atendiendo sus necesidades, aunque no conviva con ella, y se trate de un encargado que no se desempeñe con continuidad (Donna, Edgardo A., "Derecho Penal. Parte Especial", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 608 y 609).

Es del caso destacar que la agravante alcanza a quien actúa como jefe del hogar respecto de los hijos menores dado su condición 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._____

_____ Asimismo 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, 28-2-2003 “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._____

_____ 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 la de abusar sexualmente con acceso carnal agravado por el vínculo y la convivencia en forma continuada 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 la víctima, 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, 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 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, fue derivado del relato de la víctima, quien manifestó que fue abusada sexualmente por el denunciado, señalando que los hechos tuvieron lugar en diversas ocasiones desde los 13 años hasta los 18 años de edad, primeramente en la casa de su tío y posteriormente en su propia casa ubicada en calle Clamar Buzzi Nº 375 - Bº Autodromo, describiendo las prácticas sexuales a las que fue sometida, y resultando sus dichos corroborados con otros elementos de convicción. Así, la denuncia de la víctima de fs. 1/vta., ratificada a fs. 5/6 y fs. 297 vta./298, es avalada por la declaración testimonial de Orlando Lorenzo Alfaro de fs. 8/vta., de Jacoba Vidaurre Alvarado de fs. 34/35 y fs. 299, de Edgar Orlando Lozano Vidaurre de fs. 54/55 y fs. 299 vta., pericias psicológica y psiquiátrica del imputado de fs. 58/59 y 60/vta. respectivamente, acta de nacimiento de la víctima de fs. 150, declaración testimonial de la Lic. Marcela Liliana Corte y declaración testimonial de María Regina Canchi. _____

_____ 5º) Que por otro lado es del caso recordar que la pena es la consecuencia jurídica del delito, y como tal, para su imposición debe ser la conclusión fundada en la certeza de que la culpabilidad de los causantes fue debidamente acreditada en la causa, pues sin certeza no es posible

condenar, y menos aún, si no se evaluaron los motivos en los que se basa la sanción._____
_____ Conforme a ello, la motivación es la base del reproche de culpabilidad por el acto: el motivo funda un mayor o menor reproche en razón directa con la intensidad de la conducta ilícita. De allí es que el artículo 41 del Código Penal proporciona las bases utilizables por el juez para fijar la pena en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias referidas a la conducta delictiva y las relativas a la personalidad del delincuente._____
_____ Sobre el particular, Hilda Marchiori dice que; la importancia del artículo 41 deriva del hecho que, al no haber una pena fija para el delito cometido, tratándose de penas divisibles en razón de tiempo o cantidad, los jueces deben fijar la pena aplicable dentro del mínimo o del máximo legal, establecido en las respectivas escalas penales. Es evidente –continúa– que la determinación de la pena realizada por los jueces implica su individualización al delito y al delincuente de que se trata, es un procedimiento de adaptación de la pena legal al caso concreto ("Las circunstancias para la individualización de la pena", Marcos Lerner Editora Córdoba, 1983, pág. 8)._____
_____ La individualización judicial –dice García Valdez- es la elección de la pena concreta a imponer al reo que realiza el juez. ("Teoría de la pena", Tecnos, Madrid, 1985, pág. 17). El principio de la culpa –dice Karl Larenz– señala que sólo se puede castigar donde hay un fundado reproche de culpabilidad y que la gravedad de la pena que debe corresponder a la gravedad de la culpa. Aquí entra en juego otro principio del derecho justo –señala el autor– que es el principio de proporcionalidad; la pena justa es la pena adecuada a la culpa ("Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica", Civitas, Madrid, 1993, pág. 113, 1era. reimpresión, traducción Luis Díez Picazo)._____
_____ 6º) Que de lo expuesto, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de V. A. S. a fs. 337/339 vta., y en su mérito confirmar la sentencia de fs. 304 y vta. cuyos fundamentos obran a fs. 305/316 vta._____
_____ El Dr. **Guillermo Félix Díaz**, dijo:_____
_____ Analizados los presentes autos me adhiero al voto de los Dres. Posadas y Vittar tanto en sus fundamentos como en su solución jurídica, con excepción del considerando 3º._____
_____ 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. 337/339 vta._____
_____ II. 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 Graciela Kauffman de Martinelli y Ernesto R. Samsón -Jueces de Corte-. Ante mí: Dra. Mónica Vasile de Alonso –Secretaria de Corte de Actuación-).