(Registro: Tomo 180:545/574)

_____Salta, 18 de septiembre de 2013._____
_____Y VISTOS: Estos autos caratulados **C/C LME – RECURSO DE CASACIÓN** (Expte. Nº CJS 34.913/11), y_____
_____**CONSIDERANDO**: _____
_____El Dr. **Abel Cornejo**, dijo:_____
_____1º) Que a fs. 387/392, el Sr. Fiscal de Cámara Primera en lo Criminal Dr. Justo Alberto Vaca, interpuso recurso de casación contra la sentencia de ese tribunal de fs. 320, cuyos fundamentos fueron expuestos a fs. 364/385 vta., que absolvió a MEL, a quien se acusara en el requerimiento de juicio (ver fs. 133/136) como supuesto autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa.
_____
_____2º) Que el recurrente se agravia porque el tribunal "a quo" habría incurrido en la causal prevista en el art. 466 inc. 3º del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias), esto es, en "la inobservancia de las pautas de razonabilidad en la formación de la convicción", y solicitó que se revoque la sentencia._____
_____En abono de su pretensión, dijo que con un examen de los fundamentos expuestos por el tribunal, se puede advertir que no se habrían observado las reglas de la sana crítica racional que tienen expresa consagración en las normas de los arts. 252 último párrafo y 403 3er. párrafo del citado C.P.P.- en el análisis de los elementos probatorios de valor decisivo en la causa, por lo que la sentencia adolece de un vicio esencial de motivación. _____
_____Sostuvo que, para absolver a MEL, el tribunal de sentencia centra su razonamiento en el mérito extraído de la observación del pantalón secuestrado en autos, el que vestía la víctima al momento de producirse el hecho investigado. Y es esta prueba la que le permite situarse en un estado dubitativo, especialmente con respecto al comienzo de la ejecución del ilícito por el que se acusa al imputado. _____
_____Agregó que a tal conclusión arriban los Sres. jueces, a partir de una exagerada relevancia probatoria recaída sobre este único elemento de prueba, del que se sirve para destruir el desarrollo de la hipótesis acusatoria sobre la ocurrencia de los hechos, relativizando así el valor de otra prueba –por ejemplo, las declaraciones testimoniales de la víctima- o, simplemente, prescindiendo de ellas, tal como lo hace con la testimonial del Dr. Diego Alberto San Martín Soria durante la audiencia de debate. _____
_____Respecto de esto último señaló que éste fue el médico que examinó a la damnificada en un momento inmediato posterior, y explicó el informe médico incorporado, en especial en lo que se refiere a la excoriación en cara interna tercio medio de labio menor derecho, de reciente data, producida por elemento aparentemente cilíndrico, dedo o similar.__
_____Recalcó que, además, no expusieron las razones por las cuales había que prescindir de su valor probatorio, siendo este testimonio susceptible de ser ameritado con un claro sentido incriminatorio._
_____En igual sentido precisó que las afirmaciones del profesional médico, correlacionadas con su informe preliminar, sólo permiten direccionar el razonamiento hacia la introducción de un elemento cilíndrico en la zona genital de la víctima (fs. 2 vta. y fs. 22); esa significación se potencia si se tienen en cuenta otros datos perfectamente acreditados en la causa, tales como el encierro y aislamiento buscado por el imputado clausurando la puerta y cerrando la persiana –corroborado por personal policial que arribó al lugar y los testigos que se encontraban afuera del local-, la presencia de otras lesiones en el cuerpo de la víctima compatibles con actos de resistencia –lo que se extrae del informe médico de fs. 5-, los anuncios de un acto sexual inminente por parte del acusado que se superponían a los gritos

de la víctima –conforme señalan los testigos AA y DA y se comunica en el informe ambiental de fs. 108-. _____

_____Por otra parte manifestó que los sentenciantes también olvidaron –en su opinión- confrontar lo aludido por la víctima en lo que hace a la sucesión de los eventos con las referencias contenidas en los demás elementos de prueba incorporados, entre los que se destacan no sólo las testimoniales de quienes se encontraban en las proximidades del lugar del hecho –incluso confirman la aproximación del imputado a la puerta del local con el objetivo de acallar los reclamos-, sino también el peritaje realizado por la Lic. Cianchi de Peñalva (fs. 104/105), del que no surgen datos que indiquen tendencia a la fabulación o mendacidad en la personalidad de la víctima y sí, en cambio, otros indicativos de una agresión sexual. _____

_____Agregó que el tribunal no sólo se aparta de la versión de la víctima, sino que, además, excede aquella expuesta por el acusado –al igual que lo alegado por la defensa-, al explicar la causa de las roturas del pantalón secuestrado y la intención que influía el accionar de L. al ocasionarlas. _____

_____Asimismo dijo que los gritos y la resistencia física de la agredida, la concurrencia de las personas en el frente del local comercial donde sucedían los acontecimientos, los golpes en la vitrina, la presencia de personal policial, las voces de CMDA desde el local contiguo, representan un factor extraño que indudablemente incidió en la continuidad de la conducta desplegada por el encausado; y es que el hecho de que los testigos aseguran haber visto al acusado en calzoncillos, como así también corretear y golpear a la víctima, ésta vestida sólo con ropa interior, coincide con el escenario presentado por la denunciante. _____

_____Finalmente, endilgó que surge palmariamente que, al momento de formar la convicción por parte del juzgador, no se ha efectuado un adecuando razonamiento respecto de los elementos probatorios que conforman los presentes obrados, escogiendo arbitrariamente uno de ellos, al que se dotó de una inexplicable relevancia, prescindiendo de otros de indudable valor dirigente –nada menos que la testimonial de la damnificada y el examen médico ginecológico practicado inmediatamente a la producción del hecho-, y relativizando la fuerza convictiva de los restantes elementos agregados a las actuaciones, al punto de ignorar algunos datos aportados por testigos presenciales. Citó la jurisprudencia que entiende aplicable al caso. _____

_____3º) Que el Sr. Fiscal ante la Corte Nº 1 en su informe de fs. 411, dijo que en función del principio de unidad de acción que anima al Ministerio Público y a fin de no incurrir en reiteraciones estériles se remite a los fundamentos expuestos por el Sr. Fiscal de Cámara.

_____4º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 393 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 el recurso ha sido presentado en término y por parte legitimada (v. fs. 386 y 392); además, la resolución que se pretende revertir resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (arts. 467 y 468 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 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, sin antes exculpar formalmente al causante, es pretender acotar su conducta en la libido, dado que la integridad sexual no se tutela sólo desde dicha óptica, que por estricta puede generar mayores disturbios, sino en la falta absoluta de libertad de la víctima, que por su propia condición, no sólo no tenía el discernimiento indispensable, sino que las consecuencias sobre su personalidad y equilibrio psíquico pueden ser determinantes para el resto de su vida, dejándole secuelas in-delebles._____

_____6°) Que es dable recordar que respecto del bien jurídico protegido, enseña Donna, que si bien la doctrina ha tratado de enfocarlo con distintas palabras, analizando el contenido del art. 119 3er. párrafo del C.P., puede afirmarse que la ley tiene en cuenta, en primer lugar la libertad individual, en cuanto hace a la integridad sexual de las personas. Esta libertad puede ser entendida desde un doble aspecto, positivo-dinámico, por un lado, como la capacidad de libre disposición del propio cuerpo a los efectos sexuales, es decir, del consentimiento de la víctima de mantener trato sexual con terceros con arreglo a su querer libre y consiente. Por otro lado, negativo-pasivo, esto es, la capacidad del sujeto de no ejecutar actos de naturaleza sexual que no desee.__ _____

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

_____Por eso, en segundo lugar, además de la violación a la autonomía de la libertad, especializada en el ámbito sexual, se puede afirmar que también está en juego la intangibilidad sexual o indemnidad sexual. La doctrina ha afirmado que se trata de una invasión o ataque de tal derecho mediante acciones violentas o abusivas que avasallan la libre e íntima decisión por parte del autor. Ello significa que el violador abusa o aprovecha la circunstancia o calidades de la víctima que le impide prestar válidamente su consentimiento, o bien la violencia lo elimina, reemplazando así la voluntad de la víctima –efectiva o presumida por la ley- por la suya (Donna, Edgardo A., "Derecho Penal. Parte Especial", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 567/569)._____

_____Por lo demás cabe señalar que la jurisprudencia tiene dicho que "la figura contemplada en el art. 119, inciso 3º del Código Penal se comienza a ejecutar cuando el individuo pone manos o intimida al sujeto pasivo en grado tal que incide sobre la determinación de la presunta víctima, con el ostensible propósito de someterla a trato carnal. Si no llega a consumar el hecho por la resistencia opuesta por la víctima o por razones ajenas a su voluntad el hecho debe quedar en el terreno de la tentativa (art. 42 del Cód. Penal). _____

_____No son simples actos preparatorios de carácter libidinoso, sino que importa tentativa de violación pretender mediante violencias

mantener acceso carnal con la víctima si está demostrada la voluntad de yacer y el hecho no fue consumado por la resistencia que opuso (Cám. Crim. 2º Nom. de Mercedes, San Luis, 23-5-80, “M.R.M.” JA 1982-I-388).

Por ello es que existe agravio suficiente, si según las constancias de la causa, la sentencia no 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 ocurre en el caso.

Como 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 establecerlas 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 I, 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 colorario del juicio sobre el punto del hecho, suponiendo de antemano el legislador, que este juicio emana de la convicción íntima del Juez, y de la certeza que ha adquirido sobre la verdad de los hechos cuya existencia sirve de base a la acusación (“Tratado de la prueba”, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, pág. 64, tercera edición de la traducción castellana).

A su vez Cafferata Nores, dice que: en el sistema de la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquellas según su leal saber y entender. A esta característica debe agregársele otra, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales; pero ello no significa en modo alguno la autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el buen sentido de racionalidad, connatural a todos los hombres (“La prueba en el proceso penal”, Depalma, Bs. As., 1998, pág. 45).

En 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, esos casos, dichas ideas presentan una extraordinaria firmeza y una muy difícil reductibilidad. A renglón seguido, los autores acotan: si bien en esos casos no puede hablarse de una sensible desviación del juicio, se hace evidente una marcada propensión conductal acorde al profundo convencimiento que dichas

ideas llevan implícito, y la persona focalizará su existencia alrededor de ella con una reducción de las demás expectativas evolutivas psíquicas, pues toda su actividad mental se hallará impregnada del tono típico de la pasión subyugante (“Psiquiatría forense”, Ledener Editores Asociados, Bs. As., 1987, págs. 285 y sgtes.). _____

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

_____7º) Que como premisa básica, se debe puntualizar que en los casos de los delitos contra la integridad sexual resulta casi imposible la obtención de testigos directos, debido a que por lo general el imputado sólo consuma sus propósitos cuando tiene la seguridad de que no será sorprendido ni delatado. Por ello es de vital relevancia el relato de la víctima, cuya credibilidad, apoyada en otras pruebas, permitirá decidir acerca de la existencia del delito y la participación del imputado._____

_____8º) Que 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._____

_____9º) Que conforme al sistema de la sana crítica racional y al principio de libertad probatoria, le es dable al tribunal fundar su certeza a partir de cualquier elemento conducente para el esclarecimiento de la verdad. Por ello, nada impide que un pronunciamiento condenatorio se sustente sólo en la declaración testimonial de la víctima, siempre y cuando, como en el caso, ésta sea objeto de un riguroso análisis y se expongan los aspectos que determinan que le sea asignada credibilidad, convirtiéndola en un elemento preponderante por sobre la negativa del acusado. _____

_____10) Que por lo demás, el referido sistema y el deber de motivación de la sentencia imponían que el tribunal apreciara integral y equilibradamente la prueba, y que ante la discrepancia de los diversos elementos hiciera prevalecer los que consideraba de mayor valor, exponiendo las razones de esa prevalencia. Realizado el control de logicidad de la sentencia, debe concluirse que no se ha aplicado en la fundamentación del fallo las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia._____

_____De este modo, se evidencia la afectación de la razonabilidad en la opción selectiva efectuada por el tribunal de juicio, pues resultaba adecuado a la lógica asignar preeminencia a los dichos de una persona afectada por un delito sexual, que asume con valor la carga de exponer públicamente la traumática experiencia vivida, sin que resulte acreditada alguna motivación que no se corresponda con la estricta necesidad de que en relación a ese hecho se haga justicia._____

_____11) Que la certeza necesaria para condenar no debe necesariamente surgir de un panorama totalmente desprovisto de elementos favorables a la posición del acusado; es claro que una exigencia de tal naturaleza determinaría que prácticamente cualquier movimiento defensivo en el plano de la prueba, o cualquier debilidad de la evidencia, aún de la incorporada de oficio o a pedido de la parte acusadora, frustraran la

posibilidad de una condena, situación ésta que debió advertir el tribunal de la presente causa. _____

_____12) 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, 1ra. reimpresión, traducción de Luis Díez Picazo).

_____En ese sentido, para establecer la pena aplicable debe tomarse particularmente en cuenta, conforme a lo indicado en el art. 41 del C.P., la naturaleza del accionar del imputado, la falta de antecedentes penales que registra y sus condiciones personales. En consecuencia, constituye la justa medida retributiva por el hecho cometido la pena de cuatro años y seis meses de prisión efectiva._ _____

_____En razón de lo expuesto corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal de Cámara Primera en lo Criminal y, en su mérito, dejar sin efecto la sentencia de fs. 320, 364/385 vta., condenando a MEL a la pena de cuatro años y seis meses de prisión efectiva por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con penetración en grado de tentativa acceso carnal previsto y reprimido por el art. 119 inc. 3º y en función del art. 42 del C.P.

_____

_____Los Dres. **Guillermo Félix Díaz** y **Sergio Fabián Vittar**, dijeron:_____

_____Que adherimos a los fundamentos y a la solución jurídica del voto que antecede, en el sentido de hacer lugar al recurso de casación deducido y revocar la absolución dispuesta, condenando a MEL a la pena de cuatro años y seis meses de prisión efectiva, por resultar autor responsable del delito de abuso sexual con penetración en grado de tentativa, debiéndose ordenar al tribunal de origen que disponga la inmediata detención del nombrado. _____

_____Tal conclusión responde a que el conjunto de la prueba colectada durante el juicio no condujo a un estado de duda en la convicción, como

lo argumenta el tribunal sentenciante, sino, por el contrario, a la certeza de que el acusado intentó acceder sexualmente por la violencia a su ex-pareja, realizando actos ejecutorios con ese fin, no lográndolo por razones ajenas a su voluntad.___ _____

_____La propia sentencia recurrida se hace cargo de este marco probatorio incriminante al decir que se presentaba un caso de "flagrancia de abuso sexual tentado" (ver fs. 380), ya que los actos de despliegue de una violación fue anunciada por L. a viva voz (escuchado por testigos) y su ejecución había comenzado, tan es así que dejó secuelas físicas en los genitales de la víctima._____

_____Es evidente que el tribunal sentenciante, dejando de lado la versión de la denunciante (que se vio ratificada por las pruebas subjetivas y objetivas), interpretó y otorgó prioridad al descargo del acusado de manera inadecuada. El propósito de daño, reflejado en la cantidad de jirones constatados en el pantalón que tenía puesto la víctima, no descarta la existencia del dolo de abuso sexual, porque así lo describió claramente la víctima, diferenciado en su relato dos acciones distintas llevadas a cabo por el acusado: refirió que primero le sacó el pantalón para inmediatamente romperlo y que luego de ello le metió la mano, violenta y profundamente en la zona pudenda, para intentar sacarle la bombacha, anunciándole simultáneamente sus intenciones de violarla. Es decir que existieron dos intencionalidades por parte del sujeto activo que no se excluyeron entre sí._____

_____El escenario que vieron los numerosos testigos, de encierro premeditado en el local comercial, de persecución en su interior de un hombre a una mujer, ambos sin pantalones, con golpes, gritos y amenazas de abuso, por simple lógica indicaban el inicio de ejecución del delito reprochado, a lo que cabe sumar la confirmación plena de esa hipótesis a través de lo narrado por la víctima en sede policial e instructoria y el informe médico respectivo. _____

_____2º) Que en consecuencia, se han realizado actos de ejecución guiados por el dolo de la violación (art. 119 3er. párrafo del C.P.), sin que consiguiera el autor consumar el delito por razones ajenas a su voluntad (art. 42), resultando MEL responsable penalmente en los términos señalados._____

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

_____1º) Que como mis colegas los Dres. Guillermo Félix Díaz y Sergio Fabián Vittar, adhiero a los antecedentes de la causa relatados en los considerandos 1º a 4º del voto del Dr. Abel Cornejo, como así también a los fundamentos y solución allí propuesta. _____

_____2º) Que como señalan los Dres. Díaz y Vittar, al adherir al voto del Dr. Abel Cornejo, tal decisión, formada a partir de la numerosa prueba producida durante la tramitación de la causa, se sostiene en la convicción sobre que el acusado intentó efectivamente acceder sexualmente de un modo violento a su ex-pareja, realizando actos inequívocamente ejecutorios a tal fin, sin lograr su cometido por razones ajenas a su voluntad. _____

_____3º) Que debe considerarse que el acusado y la víctima habían mantenido una relación sentimental de la cual nacieron dos hijos, encontrándose separados al momento del hecho, lo cual en los términos de la ley provincial de violencia familiar y de la ley nacional de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, no impide considerar el hecho cuya calificación penal se discute en este juicio como violencia doméstica. _____

_____El derecho moderno, hijo de una lógica binaria y patriarcal, por años, consideró la violencia doméstica o familiar, el acoso sexual, el abuso y la violación, como cuestiones de simple interés privado. Esta situación ha sido mantenida por la concepción de esferas separadas: la pública y la privada. La división de esferas, ignora el

carácter político de la distribución desigual del poder en la vida familiar, no reconoce la naturaleza política de la llamada vida privada y borra el hecho de que la esfera doméstica es, en sí misma, creada por el dominio político donde el Estado se reserva la elección de intervenir.

Tradicionalmente, el sistema internacional de protección de los derechos humanos ha incluido una cláusula de igualdad en todos sus instrumentos principales así como la prohibición de discriminar a las mujeres en el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

Asimismo, y asumiendo las históricas relaciones de poder desiguales entre varones y mujeres, en el marco de las Naciones Unidas, los Estados adoptaron la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer, que en nuestro país goza de la máxima jerarquía conforme lo establecido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

De igual modo, en el ámbito de la Organización de Estados Americanos, se advierte que tal desigualdad de poder entre varones y mujeres produce y legitima la violencia, y que esa violencia de género es una violación a los derechos humanos de las mujeres, se adoptó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belem do Pará.

Es una responsabilidad ineludible la del Poder Judicial, como poder del Estado en un sistema republicano como el nuestro, la de propiciar y adoptar una interpretación expansiva de los derechos humanos, que garantice debidamente los derechos de las mujeres, en especial a la vida, libertad, seguridad personal y, por sobre todo, la inclusión de aquéllas que son abusadas, física o psíquicamente por sus parejas, que se encuentran en una posición de domina-ción-sometimiento.

Sólo un análisis que incorpore transversalmente la perspectiva de género permite desbrozar las múltiples circunstancias que han intervenido para que una mujer se encuentre en la situación de so-metimiento brutal que implica la violencia de género, en este caso sexual y familiar.

3º) Que las pruebas colectadas en autos, como la declaración de la propia víctima, coincidente con las declaraciones de varias personas que presenciaron los hechos de violencia generados por el acusado, sus amenazas y golpes, el examen médico ginecológico practicado inme-diatamente después de ocurrido el hecho, así como las roturas que presenta el pantalón de la víctima, son contundentes a la hora de tener por acreditado el abuso sexual, frustrado por causas ajenas a la voluntad de MEL, demostrativo de la dominación que ejercía sobre MLL, lo que le permitió su sometimiento. Los testigos también otorgan certeza sobre los pedidos de auxilio de la víctima y las amenazas vertidas por el acusado.

4º) Que la Convención de Belem do Pará ya mencionada, incorporada a nuestra legislación por Ley 23179, en su art. 1º define la violencia contra la mujer como “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”. 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...”.

5º) Que por otra parte, la Ley 26485 define la violencia hacia las mujeres en forma más amplia. En efecto, de conformidad con lo

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

_____6º) Que ese contexto normativo, condiciona en la actualidad el marco conceptual a partir del cual debemos interpretar distintas conductas prohibidas y sancionadas no sólo por el derecho penal, sino también, por caso, por el derecho de familia o laboral. 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 otros poderes del Estado. Y, por otra parte, su desconocimiento puede llegar a implicar casos de violencia institucional, en los términos del art. 6º inc. b). _____

_____7º) Que en el contexto de la escena del crimen, coincidentemente relatado por las declaraciones testimoniales de vendedoras de locales vecinos, por transeúntes y por los policías que intervinieron para hacer cesar el ataque (puerta cerrada con llave, persiana baja, en horario comercial, mesa de vidrio rota, local notoriamente desordenado, gritos de pedido de auxilio de la víctima, amenazas de violación proferidas por el imputado, mujer casi desnuda, hombre en igual circunstancia), mal puede interpretarse que un pantalón visiblemente destrozado, por el imputado, como –só-lo en este punto- bien asume la ex Cámara Primera en lo Criminal, pasa de ser una “acción instrumental para posibilitar el acceso”, a una “acción final reveladora de una intención de daño minucioso y reiterado sobre la prenda”._____

_____De igual modo, una correcta conceptualización de la violencia, impide pensar que una disputa entre quienes detentan las responsabilidades derivadas de la autoridad parental, o un pretendido perfil “histérico” de la víctima, o una conducta desagradecida de ésta hacia los favores o consideraciones de su familia política, puedan funcionar como disparadores justificantes de la agresión vivida aquella mañana del 4 de mayo de 2006 por MNL, en vísperas del cumpleaños de su hija. _____

_____8º) Que al encuadrar el caso en examen en la normativa antes reseñada, y en atención a las numerosas y coincidentes pruebas producidas en la causa, considero que debe hacerse lugar al recurso de casación, revocarse la sentencia casada, y en consecuencia MEL debe ser condenado a la pena de cuatro años y seis meses de prisión efectiva, por abuso sexual con penetración en grado de tentativa. _____

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

_____Comparto los considerandos 1º a 5º del voto del Dr. Cornejo, no así sus fundamentos ni la solución jurídica a la que arriba por las siguientes razones. _____

_____1º) Que de un análisis dogmático-jurídico del art. 42 del C.P. se infiere que para que exista tentativa se precisa de la concurrencia simultánea de tres elementos, a saber: a) finalidad o propósito del autor de cometer un “delito determinado” (elemento intencional-subjetivo); b) comienzo de ejecución de ese “delito determinado”

(elemento material-objetivo positivo); y c) falta de consumación del delito por razones ajenas a la voluntad del sujeto agente (elemento material-objetivo negativo). _____

_____El aspecto esencial que confiere unidad de sentido a los referidos elementos (fundamentalmente a los mencionados en los literales a y b) está dado por el carácter unívoco o inequívoco –es decir, preciso, definido e indubitablemente ligado a la perpetración de un delito determinado- que deben presentar tanto la intencionalidad delictiva (dolo, propósito o finalidad) cuanto el comienzo de ejecución de la conducta típica (o sea: el inicio ejecutivo del verbo típico que define el núcleo fáctico de la figura respectiva: matar, robar, violar, etc.).

_____

_____En el caso, tales aspectos (la finalidad o propósito criminal y el comienzo de ejecución) aparecen signados por la ambigüedad y se presentan al entendimiento como meramente verosímiles y probables. Mas no alcanzan a sostenerse con la convicción necesaria para sustentar racionalmente una sentencia de condena. Ello es así, toda vez que de una valoración general e integral de la prueba surgen alternativamente como probables diversas hipótesis fácticas que impiden adquirir convicción en grado de certeza positiva respecto del acaecimiento del hecho conforme la descripción incriminatoria de la acusación._____

_____Más aún, en el “sub lite” aparecen seriamente cuestionados y dubitados todos los extremos definitorios del instituto de la tentativa en relación con el delito de abuso sexual con acceso carnal, pues, concretamente, el acusado expresó de manera equívoca su intención de menoscabar la integridad psico-física de la víctima, en un escenario claramente revelador de un desborde emocional y significativo, más bien, de su propósito de agredir verbal y físicamente a MLL y de causarle angustia, aflicción o dolor moral. _____

_____Por otro lado, cabe advertir que permanece inescrutable el comienzo de ejecución –amén de indeterminado el delito que se pretende tentado-, pues no resulta inequívoco y se compadece con la fisonomía de variadas y diversas formas delictivas. Sin embargo, las constancias de la causa dan cuenta acabada de los rasgos enfermizos, compulsivos y agresivos que tenía la relación afectiva entre L y la damnificada. Tampoco surge diáfano el tercer requisito de la tentativa, pues existe la probabilidad de que el acusado haya mudado su propósito criminal originario o que haya desistido voluntariamente de proseguir con la anunciada agresión sexual. _____

_____Propicio es recordar aquí las esclarecedoras enseñanzas de Carrara respecto a la inequivocidad de los actos exteriores en su orientación teleológica hacia la consumación del delito determinado y su distinción frente a la categoría de los llamados actos preparatorios: “La univocidad de su dirección hacia el delito es la primera característica indispensable que ha de buscarse en los actos externos que se quieren imputar como tentativas. Mientras el acto externo sea de tal índole, que pueda conducir así al delito como también a una acción inofensiva, no tendremos sino un acto preparatorio, que no puede imputarse como tentativa” (Carrara, Francesco, “Programa de Derecho criminal. Parte General”, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1956, Vol. I, parágrafo 358, págs. 247/ 248). Por su parte, Welzel sostiene un criterio subjetivo-objetivo y entiende que la determinación del límite separativo entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos de un delito debe fijarse según el plan que tuvo el autor al momento en que se decidió a comenzar su ejecución y la cercanía o proximidad que su acción haya alcanzado respecto de la lesión concreta al bien jurídico (Welzel, Hans, “Derecho Penal Alemán”, Ediciones Jurídicas Chile, Santiago de Chile, 1970, pág. 263). _____

_____Las aludidas alternativas penales fueron exhaustivamente evaluadas por el tribunal de juicio y dieron adecuado sustento a la

“duda razonable” que fundó la absolución de MEL. En tal sentido, la ex Cámara en lo Criminal aplicó correctamente el principio “in dubio pro reo”, toda vez que en el derecho penal liberal propio del estado constitucional de derecho la duda (y aún la probabilidad) implica libertad y absolución, pues no puede condenarse por sospechas o por meras probabilidades; ello sería violatorio del principio de inocencia (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.). _____

_____Por ello, ha dicho la Corte Federal que “las hipótesis de probabilidad o de verosimilitud son grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado, con base en el in dubio pro reo” (Fallos, 324:4039). Es que “la falta de certeza, la incertidumbre, la duda resultan un obstáculo insoslayable para el dictado de una sentencia condenatoria (...) el juez, ante un estado de duda, debe adoptar la posición que resulte más beneficiosa para el imputado (...) El que duda no puede juzgar ni condenar porque no puede afirmar ni negar y por ello nadie puede ser condenado por “sospechoso” y es mejor dejar impune un delito que condenar a un inocente o a quien se duda si resultó culpable” (Cúneo Libarona, Mariano, “Procedimiento Penal – Garantías Constitucionales en un Estado de Derecho”, Ed. La Ley, Bs. As., 2012, págs. 711/712). _____

_____2º) Que esta Corte ha resuelto que en materia penal no puede hablarse de sentencias fronterizas: o se tiene certeza sobre la existencia del hecho y la autoría del acusado, o la falta de ese estado en el razonamiento conduce inexorablemente a la absolución. Un razonamiento fronterizo es aquel que está al borde de la duda y en esas condiciones no puede condenarse (Tomo 149:861). _____

_____En tal sentido, ha dicho la doctrina que “los motivos que dan lugar a `dudas razonables´ en una cuestión relevante para el fallo de culpabilidad se oponen a una condena” (Roxin, Claus, “Derecho Procesal Penal”, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2000, pág. 104); que la falta de certeza debe favorecer siempre al imputado, determinando la aplicación de la consecuencia más benigna (Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal – Fundamentos”, Ed. Del Puerto, Bs. As., 1999, Tomo I, pág. 501); que “la duda –para ser beneficiosa- deberá recaer sobre aspectos fácticos (físicos o psíquicos) relacionados a la imputación. Se referirá especialmente a la materialidad del delito, a sus circunstancias jurídicamente relevantes, a la participación culpable del imputado y a la existencia de causas de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusas absolutorias que pudieran haberse planteado en el proceso” (Cafferata Nores, José I., “Proceso Penal y Derechos Humanos”, Ed. Del Puerto y CELS, Bs. As., 2011, págs. 87/88); y que “la existencia de duda no depende de que el juez se plantee la situación de duda, sino de las circunstancias objetivas que surjan de la causa y de la debida fundamentación de las resoluciones. Dicho de otro modo, la aplicación del beneficio de la duda depende de las circunstancias objetivas de la causa, y no del estado de ánimo del juzgador” (Brown, Guillermo, “Límites a la Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”, Ed. Nova Tesis, Rosario de Santa Fe, 2007, pág. 83). _____

_____3º) Que en el “sub judice” la prueba sugiere un cuadro fáctico difuso de agresión contra la integridad física y moral de la supuesta víctima y de daño a su vestimenta, mas no puede afirmarse categóricamente que haya mediado un ataque contra su integridad sexual, existiendo, por el contrario, indicios suficientes de que se habría tratado de una pelea motivada por celos de un amante despechado y por causa de los hijos de la pareja. _____

_____4º) Que en consecuencia, corresponde rechazar el recurso y confirmar la sentencia. _____

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

_____Compartimos el voto del Dr. Guillermo Alberto Posadas y estimamos

oportuno agregar lo siguiente: _____
_____1º) Que en derecho penal, el principio de la duda opera respecto a las circunstancias fácticas de la causa, es decir que produce sus efectos en lo relativo a la valoración del material probatorio y a las conclusiones de esa índole que de ello resulten por aplicación de las reglas de la sana crítica racional (cfr. esta Corte, Tomo 130:1073; 136:179; 143:25, entre otros). Los presupuestos de la imputación, así, pueden ser alcanzados por aquél en cuanto la falta de certeza afecte el proceso de subsunción legal del hecho o no permita afirmar la concurrencia de alguno de los requisitos que exige un determinado instituto de la parte general como es, a la sazón, el de la tentativa. _____
_____2º) Que en ese contexto, la conclusión absolutoria de la ex Cámara en lo Criminal es acertada, pues la concreta materialización del hecho delictivo no surge clara y tal situación alcanza a los presupuestos exigidos para ampliar el radio de punibilidad de la figura prevista en el art. 119 3er. párrafo del C.P., en especial, al comienzo de ejecución del delito supuestamente tentado. _____
_____3º) Que en efecto, los testimonios producidos en debate y la documental introducida sólo permiten afirmar: la existencia de un episodio de violencia que incluyó la persecución y golpes propinados por el acusado; la producción de distintos daños, entre ellos los del pantalón de la víctima, cuya magnitud y características –según pudo observar directamente el tribunal de grado- no son necesariamente compatibles con una acción de contenido sexual; una lesión en sus zonas pudendas no conclusiva –de acuerdo a lo especificado por el profesional médico interviniente- con causa posible tanto en un contacto sexual como un golpe, un apretón e incluso otras actividades ajenas al suceso; otras excoriaciones de menor magnitud; el reconocimiento del acusado que se encontraba sin pantalones y en calzoncillos. _____
_____4º) Que ninguna de esas circunstancias –incluso ponderadas en conjunto- demuestran inequívocamente el comienzo de ejecución del agravio sexual imputado, pues no constituyen acciones directamente identificadas con el núcleo del tipo penal ni tampoco otras que se vinculen necesariamente con aquél; ergo, no cabe al respecto formular reproche penal. Las probanzas de la causa, a lo sumo, acreditan actos en la especie preparatorios de la concreta infracción imputada, y si bien en esa etapa del “iter criminis” podría concurrir la consumación de distintos delitos autónomos, como bien señaló el tribunal “a quo”, éstos no pueden ser objeto de consideración ya que, a la fecha, la acción penal se encuentra prescripta._____ _____
_____5º) Que por consiguiente la sentencia absolutoria cuestionada es ajustada a derecho y, por ende, debe rechazarse el recurso de casación._____
_____Por lo que resulta de la votación que antecede, _____
_____**LA CORTE DE JUSTICIA**, _____
_____**RESUELVE**: _____
_____I. **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 387/ 392 y, en su mérito, **dejar sin efecto** la sentencia de fs. 320 cuyos fundamentos obran a fs. 364/385 vta. y **condenar** a MEL y demás condiciones personales a la pena de cuatro años y seis meses de prisión efectiva por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con penetración en grado de tentativa previsto y reprimido por el art. 119 inc. 3º del C.P en función del 42 del C.P. y **ordenar** al tribunal de origen que, previo cómputo del tiempo de detención sufrido en autos, si corresponde ordene su inmediata detención. _____
_____II. MANDAR que se registre, notifique y, oportunamente, bajen los autos._____

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