(Registro: Tomo 186:909/930)

_____ Salta, 01 de abril de 2014. _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados **"C/C L.O.E.; A.T.F.; L.J.R.; L.D.D.; M.P.E.; S.A.M.; T.A.P. – RECURSO DE CASACIÓN"** (Expte. N° CJS 35.984/12), y _____

_____**CONSIDERANDO**:_____

_____ El Dr. **Guillermo Félix Díaz**, dijo: _____

_____ 1°) Que a fs. 263/267, la Dra. Josefina David de Herrera, Fiscal de Impugnación, interpone recurso de casación contra la resolución la Sala I del Tribunal de Impugnación de fs. 255/259 vta. que rechazó el recurso de apelación deducido y confirmó la resolución que dispuso el sobreseimiento dictado a favor de todos los imputados en autos en virtud de lo dispuesto por los arts. 324 y 326 inc. 3º del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias). _

_____ La recurrente sostiene que la resolución que confirma el sobreseimiento es arbitraria porque posee importantes errores en su estructura lógica por haber analizado en forma caprichosa la constancias existentes en la causa. _____

_____ Destaca que el tribunal, al sostener que la víctima estaba en condiciones de consentir una relación sexual conforme el informe médico practicado, desconoce un dato relevante, cual es que dormía cuando su hermana la encontró siendo accedida por P.E.M., y además porque no se tuvo en cuenta la disminución del grado de alcohol desde el momento del hecho hasta el referido examen, habiendo transcurrido más de 10 horas. Es decir que se demuestra en autos que hubo un aprovechamiento del estado de la víctima, quien se durmiera en virtud del estado de ebriedad que cursaba, lo que la privó de sentido para comprender el acto. Agrega que la afirmación del tribunal sobre la inexistencia del elemento subjetivo en cuanto a la conducta de M., resulta arbitraria porque además se contrapone a los mismos dichos de éste, de que intentó penetrar a la menor al verla recostada al lado.

_____ En cuanto a la participación del resto de los imputados, aduce que no es posible descartar con grado de certeza que no hayan mantenido contacto sexual con la víctima, porque resta practicar una diligencia probatoria de carácter objetivo y científico: prueba de ADN en los líquidos recogidos desde la vagina de la damnificada, lo que eventualmente podría inculparlos.

_____ 2°) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (fs. 278 y vta.), previo a expedirse sobre los motivos invocados por la 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)._____

_____ En ese orden se advierte que el recurso ha sido presentado en término, conforme constancias de fs. 259 vta. y 267, y por parte legitimada (arts. 468 y 472 del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias). _____

_____ Si bien el cuestionado se trata del auto que pone fin a la acción, la recurrente pretende someter a conocimiento de esta Corte un sobreseimiento revisado y confirmado por el tribunal

natural de alzada de la etapa procesal en que fuera dictado -instrucción formal-. En esa línea, plantea contra dicha resolución cuestiones de prueba y derecho tratadas tanto por el juez de primera instancia como por la mencionada Sala de la ex-Cámara de Acusación. Circunscripto de ese modo el recurso, se impone efectuar ciertas precisiones a efectos de determinar si la pretensión resulta procedente.__ _____

_____ De acuerdo a la doctrina sentada por esta Corte en sus precedentes de Tomo 133:105; 134:347; 143:1109; 155:141; 159:797, entre otros, en la causa se encuentra cumplida la exigencia de la doble instancia en virtud de la específica intervención del tribunal de apelación y de acuerdo a lo establecido en los arts. 24 inc. 1º, 443, 444, 459 y cc. del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias). Máxime cuando el recurso de apelación, por su propia naturaleza procesal, habilitó a dicho tribunal a revisar los hechos, la prueba y la viabilidad jurídica del sobreseimiento dictado. _____

_____ En efecto, de las constancias de la causa surge que el tribunal de apelación resolvió a fs. 255/259 vta. el recurso deducido por la Sra. Agente Fiscal Nº 2 contra el auto de sobreseimiento dictado por el ex Juzgado de Instrucción a favor de los imputados, manteniendo dicha decisión desincriminatoria. _____

_____ A partir de ello, surge que contrariamente a lo indicado por la impugnante, el tribunal “a quo” en sus fundamentos ha valorado de manera adecuada las diligencias cumplidas en la causa y ha llegado a un pronunciamiento liberatorio, al considerar que no existe prueba para colegir que la relación sexual que mantuvo P.E.M. con la menor (mayor de 13 años) haya encuadrado en la norma penal reprochada, en grado de probabilidad en la convicción, descartando asimismo que un mayor esfuerzo investigativo pueda servir para salir de ese estado negativo sobre la imputación en relación al resto de los imputados. Se advierte que, en rigor, la impugnante se limita en sus agravios, a reeditar los ya expuestos por la Agente Fiscal al momento de fundar la apelación. _____

_____ De este modo, la recurrente no ha satisfecho adecuadamente la carga procesal de fundamentación en los términos que señala el art. 472 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias), en tanto no refuta de manera atendible los capítulos de la resolución que pretende revertir y se limita a reproducir un conjunto de conceptos ya tratados y resueltos, cuyos argumentos constituyen meras discrepancias con el fallo, que no especifican si se hizo caso omiso del marco normativo vigente o posee vicios que lo descalifiquen como un pronunciamiento jurisdiccional válido y permitan abordar una nueva revisión._____

_____ Ante esa concreta intervención, no puede perderse de vista que las disposiciones que regulan al recurso de casación carecen de efectos abrogatorios o derogatorios de los restantes preceptos del Código y deben ser objeto de una armoniosa aplicación. Su alcance, entonces, no puede ser entendido como una tercera instancia no prevista y su admisibilidad debe responder a la existencia de agravios y motivos que, por imperativo de orden procesal, deben ser individualizados por el recurrente. _____

_____ Siendo ello así, no se advierten vicios, falencias o errores notorios y manifiestos que viabilicen dar trámite al nuevo recurso intentado, como tampoco que la sentencia sea insostenible, o irregular, o anómala, o carente de fundamentos suficientes para sustentarla, o desprovista de todo apoyo legal y fundada tan sólo en la voluntad de los jueces que la suscriben (cfr. Carrió, Genaro y Carrió, Alejandro, "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", Edit. Abeledo-Perrot, pág. 25).

_____ En efecto, la resolución confirmatoria encuentra sustento en las constancias de la causa, cuenta con una debida motivación y, fundamentalmente, analiza de manera pormenorizada el esfuerzo probatorio llevado a cabo en la fase instructoria. Además, no ha dejado de considerar constancias o pruebas disponibles que asumen la condición de decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso y cuya valoración puede ser significativa para alterar el resultado del pleito (cfr. CSJN, Fallos, 284:115; 306:441; 308: 1882). Se observa, por ende, que el fallo es fruto de las reglas que gobiernan la construcción racional en las decisiones jurisdiccionales.

_____ 3º) Que en tales condiciones, los agravios esgrimidos no poseen aptitud ni actualizan motivos válidos de casación y pese a la invocación legal que se formula, el recurso carece de adecuación legal. Por consiguiente, debe ser declarado inadmisible.

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

_____ 1º) Que adhiero a los considerandos del punto 1º y primero y segundo párrafo del 2º apartado del voto del señor juez preopinante pero no comparto la solución jurídica a la que arriba por las siguientes razones.

_____ 2º) Que a fs. 295 y vta. el Fiscal ante la Corte Nº 2 señala en su dictamen que la apelación casatoria propugnada por la Sra. Fiscal de Impugnación, se sustenta en merituaciones atendibles y suficientes. Solicita se tengan por reproducidos los argumentos dados en el escrito de interposición a fin de no reingresar en alegaciones ya dadas y observar de tal modo el principio de unidad de actuación propio del Ministerio Fiscal.

_____ 3º) Que la Defensora Oficial Penal Nº 10 sostiene en su informe de fs. 299 y vta. que el delito que se trata se configura con el acceso carnal, el cual debe ser a su vez ilegítimo, es decir debe mediar violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechándose que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción, lo que no obra en autos ni siquiera a título de probabilidad, por lo que estima que corresponde confirmar la resolución desincriminatoria a favor de sus defendidos, dictada por el ex Juzgado de Instrucción Formal de Sexta Nominación y confirmada por el tribunal de alzada.

_____ 4º) Que a su turno la Asesora General de Incapaces en su informe de fs. 301/304 advierte que la conducta del Sr. P.E.M. encuadra en la figura del abuso sexual con acceso carnal, pues se encuentran acreditados los elementos objetivos y subjetivos del tipo, sin que su estado de ebriedad resulte suficiente para

excluir el dolo, toda vez que de su propia declaración surge la intención de penetrar a la niña víctima._____

_____ Sostiene que tampoco la circunstancia que la víctima y el imputado hayan participado de una reunión en que se ha bebido en abundancia permite por sí solo descartar que haya habido aprovechamiento de P.E.M. de la situación en la que se encontraba la adolescente, como lo pretende irrazonablemente el tribunal "a quo" (fs. 258 vta. y 259). Estima que ese razonamiento sugiere que el sólo hecho que una adolescente participara de una reunión en la que se quedó dormida, por la ingesta de bebidas alcohólicas, autoriza por si solo a los adultos a perpetrar impunemente un ataque a su reserva sexual, lo que no puede sostenerse válidamente. _____

_____ Agrega que debe tenerse presente que de conformidad al ordenamiento jurídico vigente, el Estado se encuentra obligado a garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por los Tratados de Derechos Humanos, entre los que se encuentra la Convención de los Derechos del Niño, que establece para ellos la necesidad de una protección especial por su condición de ser humano en desarrollo y especialmente resguardarlos contra toda situación de abuso sexual. Por tanto –continúa-, las circunstancias que rodean la vida de esta adolescente víctima obligan a los jueces a aplicar un razonamiento inverso al plasmado en la decisión confirmada, dado que demuestran la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra C.A.B., lo que exige de los órganos estatales ahondar en las medidas y acciones positivas en protección de sus derechos y no a la inversa._____

_____ Por último destaca que respecto de la situación de los otros imputados sobreseídos no existe un estado de certeza que autorice el sobreseimiento, toda vez que existen medidas probatorias ordenadas –ADN- cuya realización fue suspendida sin fundamento, las que deberán llevarse a cabo para descartar con ánimo y convicción cierta la falta de participación de los Sres. O.E.L., T.F.A., J.R.L., D.D.L., A.M.S. y A.P.T..._____

_____ Por todo lo expuesto concluye que el dictado de una sentencia de condena que resulte justa y razonable de conformidad a la conducta atribuida al Sr. M. constitutiva de un delito, y la revocación del sobreseimiento del resto de los imputados hasta tanto se agoten las medidas probatorias propuestas, concretará el derecho del niño a ser protegido por el Estado contra toda forma de explotación o abuso sexual (art. 34 de la Convención de los Derechos del Niño). _____

_____ 5º) Que en orden a la impugnabilidad objetiva, si bien se ha cumplido con la necesaria revisión de la resolución cuestionada, en razón de haber intervenido el tribunal de Apelación, al que se accedió haciendo uso del recurso previsto en el art. 459 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias), con lo que "prima facie" parece satisfacerse la doble instancia -que en estos supuestos otorga el ordenamiento procesal en beneficio del Ministerio Fiscal-, en el caso de autos adquiere particular relevancia el hecho que la impugnante pone de relieve sobre distintos aspectos de la investigación, relativos a omisiones

probatorias que tornarían precipitado el auto liberatorio de los acusados, resultando una crítica apta para instar la revisión de esta Corte. En consecuencia corresponde ingresar al examen de la cuestión planteada en el recurso. _____

_____ 6º) Que el auto de sobreseimiento es una decisión que cierra definitiva e irrevocablemente el proceso penal, según lo prevé el art. 325 del C.P.P. -texto Ley 6345 y modificatorias-; es por ello que su pronunciamiento sólo está autorizado cuando se ha adquirido un estado de convicción asimilable a la certeza absoluta, es decir, que no existen dudas sobre la responsabilidad penal de los imputados (esta Corte, Tomo 90:611; 106:403)._____

_____ Al respecto la doctrina puntualiza: "... cualquiera sea la causal que lo fundamente, por regla general el sobreseimiento procede cuando se adquiere certeza acerca de ella; vale decir, cuando no queda duda acerca de la extinción del ejercicio de los poderes de acción y jurisdicción, o de la inexistencia de responsabilidad penal del imputado con respecto al cual se dicte" (Clariá Olmedo, Jorge A., "Tratado de derecho procesal penal", Tomo IV, "La actividad procesal", Ed. Ediar, Bs. As., 1964, pág. 328).

_____ 7º) Que esta Corte ha subrayado en sus precedentes las múltiples dificultades que suelen presentarse en la comprobación de los delitos contra la integridad sexual, y con mayor razón cuando aquellos involucran a víctimas menores de edad, ya que los hechos suelen cometerse en un marco de privacidad._____

_____ Tales características obligan a los jueces a diversificar los medios de prueba, en un estimable esfuerzo de investigación cuya orientación puede variar según sean los resultados que se obtengan en el curso del proceso. _____

_____ En tal sentido, se advierten en autos algunos vicios de la investigación referidos a circunstancias de los hechos que se considera necesario develar, como la compatibilidad del patrón genético del semen hallado en el examen ginecológico de la menor C.A.B. con el de los acusados, a los fines de determinar si hubo acceso carnal por parte de los incoados, para luego realizar una interpretación global y lógica que concuerde con los testimonios de las Sras. M.A.C., Z.A.C. y la menor M.D.R.B. (hermana de la víctima) quienes relataron haber visto a Miranda encima de la menor damnificada, sumado al informe médico de fs. 14 del que surge que C.A.B., al momento del examen, presentaba ligero aliento etílico, circunstancia esta última que condice con el relato de la menor víctima cuando adujo que el día del hecho se encontraba ingiriendo bebidas alcohólicas en la casa de "pichinga", donde luego ingresó "mocora" quien comenzó a manosearla en el sector de los senos, glúteos y en su parte íntima, pero que debido a la gran cantidad de bebidas alcohólicas ingeridas no recuerda lo que sucedió a posteriori (v. fs. 28 y 84 vta.) y con la declaración indagatoria de P.E.M. (v. fs. 50 y vta.) quien reconoció mantener relaciones sexuales con la menor._____

_____ Ante tales premisas cabe resaltar que existen elementos de convicción suficientes para presuponer el aprovechamiento del estado de inconciencia de la menor C.A.B. por parte, al menos, del

Sr. M., para violentar su integridad sexual, toda vez que si se compara la declaración de la damnificada, donde manifiesta el consumo excesivo de alcohol desde la tarde del día 07/03/10, con el informe médico de fs. 14 de fecha 08/03/10 realizado a hs. 10:30 donde consta que la víctima aún a esa hora presentaba un ligero aliento etílico, surge que la capacidad de determinación de la menor para repeler un ataque sexual contra su persona se hallaba inhibida ante la excesiva presencia de alcohol en sangre, lo que generó su estado de inconciencia al punto de no recordar nada de lo sucedido al otro día del hecho, lo que produjo además una suerte de desvanecimiento somnoliento profundo apreciable al momento en que la Sra. C. (madre de la damnificada), la Sra. C. y la menor M.D.R.B. auxiliaron a la víctima menor del ataque producido por el Sr. M.. _____

_____ La Sra. M.A.C. dijo haber encontrado a M., quien ingresaba su miembro viril en la vagina de la menor, y que ésta última se encontraba en estado de ebriedad, dormida y desnuda. (v. fs. 3 y 106 y vta.). _____

_____ De igual manera se pronuncia la Sra. Z.A.C. cuando manifestó que al ingresar al lugar del hecho observó a "m." que abusaba sexualmente de la menor C.A.B. quien se encontraba acostada de cúbito dorsal, desnuda y dormida, mientras que el masculino estaba encima de ella con el pantalón abajo, introduciendo su pene en el interior de su vagina. Agrega que intentó despertar a la menor, la que abrió sus ojos pero volvió a dormirse. (v. fs. 4 y 110)_____

_____ Por su parte la menor M.D.R.B. también se expidió de manera concordante con lo relatado en las declaraciones testimoniales arriba mencionadas. (v. fs. 108). _____

_____ Es de destacar entonces que el estado inconciente de la menor víctima y el presunto ataque sexual por parte de los acusados se encuentran fundados en pruebas e indicios obrantes en autos, por lo que, sin embargo, sólo resta dilucidar el grado de participación de aquellos para lo que resulta necesario y pertinente la producción de la prueba comparativa entre los ADN de la menor C.A.B. y el de los acusados._____

_____ 8º) Que la jurisprudencia citada por el ex Juez de Instrucción Formal de Sexta Nominación en el auto de sobreseimiento de fs. 164/175 carece de todo asidero legal en la actualidad en atención a que ambas citas datan de fechas anteriores (año 1982 y 1969) a la reforma del Código Penal mediante Ley 25087 -del 14 de mayo de 1999- en el que el Título III deja de denominarse "Delitos contra la honestidad" para pasar a llamarse "Delitos contra la integridad sexual"._____

_____ Al respecto Edgardo A. Donna señala: "En su versión original, este título se rubricaba Delitos contra la honestidad, pero dicho rótulo ha sido modificado por la Ley 25087 que lo denominó Delitos contra la integridad sexual. El legislador fundó el cambio sosteniendo que se ha redefinido el bien jurídicamente protegido, que pasa a ser la integridad sexual de la persona y no un concepto público de honestidad o la honra de los varones allegados a la víctima" ("Derecho Penal, Ed. Rubinzal Culzoni,

201, Tomo I, pág. 522). _____

_____ Citando a Creus sostiene el autor que el bien jurídico protegido es la integridad sexual como el normal ejercicio de la sexualidad, básicamente asentado sobre la libertad del individuo, cuya exigencia se prepara mediante la normalidad del desarrollo de la sexualidad en el mismo que depende tanto de las circunstancias individuales cuanto del entorno social. En el mismo sentido, Buompadre intentando buscar cuál es el bien jurídico, afirma que pareciera que la idea de la integridad sexual es un aspecto de la libertad personal en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad. Por lo tanto, cree que la integridad sexual hace referencia a la libertad sexual entendida como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad (ob. cit., págs. 523/524). _____

_____ Por su parte Donna afirma que “el bien jurídico integridad sexual no es otra cosa que la libertad sexual de la persona mayor de 18 años, y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir, y menos aún en quien no lo puede hacer” (ob. cit., pág. 524). _____

_____ 9º) Que la conducta llevada a cabo por los acusados encuadra como un ataque contra la integridad sexual de la menor C.A.B., aprovechamiento que la víctima no ha podido consentir libremente, en este caso por encontrarse en estado de inconciencia por el excesivo consumo de alcohol. _____

_____ Donna se refiere al tema bajo el título de “Víctima privada de sentido”. Expresa que también en este caso el autor se aprovecha del estado de la víctima que se encuentra privada de sentido para comprender el acto. Esto supone la carencia o grave perturbación de las facultades cognoscitivas y volitivas de la víctima, por razones no patológicas. Son casos que la doctrina y la jurisprudencia han conceptualizado como formas de pérdida o trastorno de la conciencia, que le impiden a la víctima comprender la significación de su acto. Se puede ejemplificar: sueño, ebriedad total, desmayo, sonambulismo, etc.... En consecuencia, en los casos en que el abuso sexual se efectúa sin el consentimiento de la víctima, mientras ella se halla sumida en el sueño, se configura el delito, porque la víctima no puedo consentir libremente la acción, situación de la que el autor se aprovechó” (ob. cit. pág. 548). Tal es lo ocurrido en autos._____

_____ 10) Que es preciso considerar como marco normativo en el análisis de la presente causa, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional, como la Ley 26061 de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes que expresan los principios rectores aplicables en estos supuestos._____

_____ El art. 3º de la Convención de los derechos del niño prescribe que en todas las medidas concernientes a los niños los tribunales, entre otros operadores, la consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño._____

_____ A su vez la Ley 26061 recoge este principio del "favor minoris" al establecer que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños o adolescentes, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (art. 3º). _____

_____ También la Convención dispone en sus artículos 19 y 34 la protección de los niños y niñas contra toda forma de violencia o perjuicio, incluido el abuso sexual, que también lo prevé la Ley 26601 en sus arts. 9º, 27 y concordantes, constituyendo en responsable al Estado signatario frente a su incumplimiento. _____

_____ A su vez la Ley 26061 que regla la Protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes asegura -en el segundo párrafo del art. 1º- su máxima exigibilidad y sustento en el principio del interés superior del niño/a por lo que prescribe, en el último párrafo del mismo artículo: "Los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles". Esta normativa prevé -en su art. 9º- que: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral" (esta Corte, Tomo 176:127). _____

_____ Nuestro país ha suscrito numerosos instrumentos internacionales y regionales de protección a los Derechos Humanos (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer –CEDAW- y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención 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 relación con éstas últimas, además tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 19) como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (C.D.N.) demandan al Estado un plus de protección, precisamente requerido en función de la edad de quien aún no ha alcanzado los 18 años de vida, por encontrarse esta condición etaria en situación de mayor vulnerabilidad al tratarse de personas en desarrollo respecto de sus posibilidades de autovalimiento, autodeterminación y autoprotección. Además, concretamente, por imperio del art. 34 de la C.D.N., los Estados “se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales”; y, como consecuencia de lo establecido por el art. 19 de esa Convención, también es un deber estatal adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”.

_____ Resulta fundamental visualizar que en el marco de la C.D.N. el abuso sexual ejercido contra un niño, niña o adolescente transgrede una serie de derechos, como ser el derecho a la integridad física, psíquica y sexual, al desarrollo armónico de la personalidad, a la propia imagen, a no ser objeto de discriminación, de violencia y de actos inhumanos o degradantes, y a acceder, frente a la violación de alguno de esos derechos, a un

sistema de restitución que incluya la rehabilitación y el tratamiento especializado necesario._____

_____ Todos esos derechos, en el plano del derecho interno, además fueron reconocidos por la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. En particular, viene al caso destacar de manera expresa lo dispuesto por el art. 9º de esa ley: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral”, norma que, además, y como consecuencia de ese reconocimiento en consonancia con los mandatos que Argentina asume por imperativo de la C.D.N., establece que “Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes”. _____

_____ 11) Que por último corresponde señalar que ante el ataque sexual, al constituir un hecho de violencia contra la mujer, resulta aplicable la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará, ratificada por Ley 24632 B.O. del 09/04/1996). En efecto, el art. 1º de la Convención establece que: “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”; el art. 2.b establece que: “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 […]”. También, el art. 7º impone las obligaciones de “b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”, […] “ e. tomar todas las medidas apropiadas […] para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” y “f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”. _____

_____ 12) Que en consecuencia corresponde concluir que la clausura arbitraria de la persecución penal en orden a una acusación que “prima facie” constituiría un hecho de violencia contra la mujer, tiene la virtualidad de comprometer la responsabilidad internacional del estado argentino, ante el incumplimiento del deber de investigar con la debida diligencia y prevenir este tipo de hechos. El abandono de la investigación no solamente constituiría una infracción al deber de establecer la verdad sobre

lo ocurrido, sino que sería una grave infracción a obligaciones internacionales, toda vez que, como tiene dicho la Corte Interamericana de derechos humanos: “La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia” (Corte IDH, Caso “González y otras `Campo Algodonero´ v. México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 400). Es precisamente por éste tipo de decisiones que renuncian apresurada e infundadamente a investigar hechos de violencia contra la mujer, que podría incurrirse en responsabilidad por incumplir con el deber asumido en virtud del art. 7.b de la Convención Belém do Pará en orden a: “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”, “adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad” (7.d). Asimismo, es necesario: “tomar todas las medidas apropiadas […] para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7.e) y “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos” (7.f) (Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, fallo “Viñabal, Walter Adrián s/ recurso de casación”, 16/04/13, Registro 296/13). _____

_____ 13) Que en virtud de lo expuesto corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 263/267, en su mérito revocar las resoluciones del ex Juzgado de Instrucción Formal de Sexta Nominación de fs. 164/175 y del Tribunal de Impugnación, Sala I, de fs. 255/259 vta., y en consecuencia ordenar la continuidad de la investigación penal y el agotamiento de las medidas probatorias, a los fines de establecer el grado de participación de cada uno de los acusados en las presentes actuaciones para así determinar la responsabilidad penal que les cabe.

_____ Los Dres. **Guillermo Alberto Posadas, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Alberto Catalano, Abel Cornejo** y **Ernesto R. Samsón**, dijeron: _____

_____

_____ Compartimos el relato de antecedentes efectuado en el considerando 1º del voto del Dr. Guillermo Félix Díaz, no así los fundamentos y la solución que allí se propicia, por los motivos que a continuación exponemos. _____

_____ 1º) Que el recurso de casación interpuesto por la Fiscal del Tribunal de Impugnación ha sido oportunamente concedido (v. fs. 278 y vta.) y cumple con los recaudos de tiempo y forma a los que la ley supedita su admisibilidad formal (v. fs. 259 vta. y 267).

Asimismo, se ha otorgado la correspondiente intervención a todos los interesados, según lo indica el art. 36 de la Ley 7716. _____

_____ 2º) Que en ese contexto, aun cuando se encuentre cumplida la exigencia de la doble instancia en virtud de la específica intervención de la ex Cámara de Acusación, ello no impide a esta Corte conocer excepcionalmente el nuevo recurso planteado cuando advierta la posible existencia de vicios, falencias o errores notorios y manifiestos que viabilicen darle trámite por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad (cfr. Tomo 143:1109; 154:5, entre otros). _____

_____ 3º) Que la existencia de esos supuestos extraordinarios surge de las constancias de la causa, pues el sobreseimiento confirmado por el tribunal "a quo" resulta contradictorio con otras resoluciones dictadas por el instructor; cuestión que torna al auto ahora examinado como carente de fundamentación o dotado de una motivación sólo aparente (cfr. Carrió, Genaro y Carrió, Alejandro, “El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1983, págs. 222 y sgtes.). _____

_____ 4º) Que concretamente, la oposición en el razonamiento del juez se colige a confrontar la medida ordenada a fs. 120 -prueba de ADN, que incluso calificara de "suma necesidad" (v. fs. 158)- con el auto liberatorio dictado sin su producción, previa revocación por decreto simple de la diligencia, mediando remisión genérica a las constancias de autos y sin dar otro motivo que justifique tal proceder (v. fs. 168 y 169/175). Por ende, el sobreseimiento cuestionado es fruto de dos premisas opuestas y viola el principio de razón suficiente, máxime cuando esa decisión cierra definitivamente el proceso penal y, para ser válido, exigía un estado intelectivo de certeza (esta Corte, Tomo 130:715). _____

_____ 5º) Que en virtud de lo expuesto, aun cuando en este momento procesal tampoco existen elementos de convicción suficiente para sostener la posible existencia de un hecho con relevancia penal y para afirmar la participación de los imputados –aspectos que deben ser examinados en la instancia de grado a efectos de resolver su situación procesal- el sobreseimiento, amén de contradecir las constancias de autos, resulta precipitado y, por idénticos motivos, se colige la necesidad de producir la prueba de ADN que fuera ordenada a fs. 120. _____

_____ 6º) Que por consiguiente, corresponde hacer lugar al recurso de casación y, en su mérito, dejar sin efecto la resolución de fs. 255/259 vta. y, consecuentemente, el punto I de la resolución de fs. 169/175. _____

_____ Por lo que resulta de la votación que antecede, _____

_____**LA CORTE DE JUSTICIA**,_____

_____**RESUELVE**:_____

_____ I. **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 263/267 y, en su mérito, **dejar sin efecto** la resolución de fs. 255/259 vta. y, consecuentemente, el punto I de la resolución de fs. 169/175._____

_____ 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-).