____ Salta, 21 de abril de 2014. _____

____ Y VISTOS: Estos autos caratulados **C/C V.Q.T.- RECURSO DE CASACIÓN”** (Expte. Nº CJS 36.564/13), y _____

_____**CONSIDERANDO**: _____

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

____ 1º) Que a fs. 255/259 vta. el Dr. Pablo Mariño, Fiscal de ex Cámara del Crimen Nº 4, interpone recurso de casación en contra del fallo de fs. 241 y vta., cuyos fundamentos obran agregados a fs. 243/251, invocando los arts. 466 incs. 2º y 3º, 467 y cc. de la ley adjetiva. _____

____ Sostiene que se condenó a T.V.Q. a la pena de diez años de prisión por resultar penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, cuando el Ministerio Público que representa solicitó la pena de ocho años de prisión efectiva. Por tal razón entiende que, al tratarse de sentencia definitiva, se encuentra habilitado para recurrir mediante recurso de casación al vulnerarse garantías y principios de jerarquía constitucional. _____

____ Hace referencia al proceso penal acusatorio y manifiesta que la esencia del juicio adversarial entre el fiscal y la defensa implica que el tribunal debe abstenerse de introducir en la sentencia cuestiones de hecho no debatidas por las partes como tampoco puede asignar a los sucesos significaciones jurídicas distintas a las propuestas, ni fijar montos y tipos de pena que superen los topes requeridos por el acusador. Agrega que la pena forma parte de los temas centrales que se debaten en el juicio y que, así como la culpabilidad y la determinación de la existencia del hecho, la pena es objeto de prueba en el debate y por ende de controversia entre las partes. Cita los arts. 40 y 41 de la ley sustantiva como factores de ponderación subjetiva que tanto el acusador como la defensa pueden introducir para hacerlas valer como atenuantes o agravantes, lo que denota su naturaleza controvertible. _____

____ Manifiesta que la defensa tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la pena de ocho años pedida por su parte y no sobre la que se impuso en definitiva, afectándose su derecho a ser oída. Asimismo señala que al aplicar una pena mayor a la peticionada por el fiscal se puso al acusado en una situación más gravosa. _____

____ A continuación fundamenta el por qué su pedido de pena de ocho años de prisión, basando sus dichos en el informe socio-ambiental, en el informe psicológico del imputado, en la situación de promiscuidad y hacinamiento en la que vivía la familia, la edad del imputado, su condición de primario y la jurisprudencia del Tribunal de juicio. _____

____ Expresa que el art. 488 inc. e) del C.P.P. sanciona de nulidad la sentencia que establece una pena mayor a la solicitada por el fiscal o la querella salvo que se hubiera producido un cambio de calificación previa advertencia por parte del Tribunal, conforme lo establece el art. 478 de la mencionada norma. Lo contrario -dice- sería violatorio del principio de congruencia acorde al derecho de defensa y al principio de contradicción._____

_____ A fs. 291 el Fiscal ante la Corte Nº 1, en función de la unidad de la acción, adhiere a los fundamentos dados por el recurrente._____

_____ A fs. 293/294 la Dra. Nora Gómez de Marquiegui, Defensora de Juicio y Ejecución Nº 4 produce el informe previsto en el art. 477 del C.P.P. en el mismo sentido que lo expresado por el recurrente, y añade que el tribunal ha excedido su papel juzgador e incurrió en un fallo "ultra petita". _____

_____ A fs. 297 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme._____

_____ 2º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 284/285) previo a expedirse sobre los motivos invocados por los recurrentes incumbe a esta Corte, en la presente instancia, efectuar un nuevo control de los recaudos de orden formal a los que la ley subordina su admisibilidad (art. 36 de la Ley 7716).___

_____ A ese respecto, se observa que ha sido presentado en término y por parte legitimada (v. fs. 252/259 vta.); además, la sentencia resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (arts. 466, incs. 1º y 2º, 472 y concordantes 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._____

_____ 3º) Que el tribunal "a quo" tuvo por acreditada la autoría responsable del imputado y tipificó los hechos como constitutivos del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, en los términos del art. 119 cuarto párrafo inc. b del Código Penal, e impuso una condena a diez años de prisión de cumplimiento efectivo. A los fines de establecer la pena sostuvo el tribunal que la acción desplegada por el acusado atenta contra la libertad sexual de una menor de quince años, al momento en que aquél la iniciara en la práctica sexual, además de ser el padre de la menor y cónyuge de la madre. Valora asimismo su condición de primario, su historia de vida, su edad, el perjuicio moral y psicológico ocasionado a la niña, todo lo cual determina como justa la imposición de la pena de diez años de prisión efectiva.__

_____ Consideró el tribunal que no correspondía hacer lugar a la pena de ocho años solicitada por el fiscal porque el condenado es agresivo para satisfacer sus intereses o alcanzar su objetivo; por no interesarle los medios; por su falta de consideración a los valores; su falta de arrepentimiento y por el hecho de no demostrar emociones ni compromiso. Agrega el fallo que el principio de la "reformatio in peius" no impide al tribunal imponer la pena que evalúe como más conveniente y cita al efecto jurisprudencia de esta Corte de Justicia que establece que la imposición de una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal no constituye agravio constitucional. _____

_____ 4º) Que el Fiscal se agravia porque el tribunal condenó al acusado a diez años de prisión efectiva cuando su parte había solicitado la pena de ocho años. Considera que de esta manera se viola el sistema acusatorio de contradicción o adversarial entre la fiscalía y la defensa con lo cual se afecta el derecho de

defensa y se incurre en la “reformatio in peius”. Asimismo en sus agravios manifiesta que se violó el art. 488 inciso e) del nuevo Código Procesal que sanciona con nulidad la sentencia condenatoria cuando se aplicare una pena mayor a la solicitada por el fiscal o la querella, salvo que se hubiera producido un cambio de calificación previa advertencia por parte del tribunal, conforme el art. 478 de la mencionada norma. _____

_____ 5º) Que la Ley 7690 -referida a las Normas de Implementación del nuevo Código Procesal- en su título V, capítulo 1 prevé que su aplicación se haría en diferentes y sucesivas etapas. La primera etapa comenzaría a regir a los seis (6) meses de la publicación del Código y por el plazo de un año. En el apartado 2) se establece que “Las causas iniciadas con anterioridad a esa fecha, continuarán su trámite hasta su finalización según las normas de las Leyes 6345, 7262 y 7562”. _____

_____ De acuerdo con las constancias de autos, el presente juicio se inició en octubre de 2011 mientras que el nuevo código de rito entró en vigencia con posterioridad, el día 6 de junio de 2012, o sea que no resulta aplicable en autos la reforma procedimental. De modo tal que el agravio referido a la nulidad prevista en el artículo 488 inciso e) no es admisible en el supuesto en examen.__

_____ Tampoco es atendible el agravio referido al principio de benignidad de la ley a favor del imputado. Sobre la irretroactividad de la ley procesal penal cabe traer a colación lo señalado por Eduardo Jauchen al referirse al comienzo de vigencia de la ley. Dice este autor que, como regla, ese momento inicial está indicado por la misma ley (art. 2º, 1er. párr. del C.C.) al ordenar que “Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determine”, y para el caso de que esto no ocurra la situación está resuelta por la segunda parte de dicha norma que dispone: “Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial”. A partir de ese momento, en un determinado ámbito territorial (provincial, nacional o federal) dentro del mismo ordenamiento procesal penal, la misma ley puede determinar qué partes de la ley anterior deroga -derogación expresa- o no hacerlo, y regular idénticos actos, situaciones o trámites sin manifestar nada respecto a la eficacia de la vieja regulación (derogación tácita). De ordinario, las leyes sólo rigen para el futuro” (“Tratado de derecho procesal penal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012, Tomo I, págs. 41/42). _____

_____ Es decir que la nueva ley procesal cobra operatividad a través de lo que dispongan sus normas de implementación en el tiempo, sin perjuicio de tener en cuenta que entre ellas puede disponer de manera excepcional y expresa la retroactividad de las nuevas normas vigentes lo que obedecerá a razones de una correcta administración procedimental y respeto a las garantías constitucionales que deban prevalecer. _____

_____ Resulta propicio citar lo señalado por Clariá Olmedo: “La regla de la irretroactividad significa que la nueva ley regirá para todo proceso a iniciarse y para la continuación de todo proceso ya iniciado. Las posibles excepciones deben ser expresas y

se las encuentra entre las disposiciones transitorias de esos códigos. En realidad, estas normas transitorias regulan la ultra-actividad de la ley derogada. Para reafirmar el principio, se expresa que conservarán plena validez los actos cumplidos de acuerdo con el Código derogado, antes de la vigencia del nuevo Código" ("Derecho procesal penal", Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, Tomo I, pág. 108).

____ Como se ha dicho, en el caso rige el apartado 2º de la Ley 7690 por tratarse de una causa iniciada con anterioridad a la fecha de vigencia de la nueva ley.

____ 6º) Que esta Corte ha precisado que de acuerdo al precedente "Amodio" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, 330:2658), la potestad del órgano jurisdiccional al ejercer las atribuciones de los arts. 40 y 41 del C.P. no se encuentra limitada por el concreto pedido de pena efectuado por el Ministerio Público Fiscal (Tomo 142:99).

____ Ello constituye un corolario de la garantía penal de "judicialidad" consagrada en el art. 18 de la C.N., los arts. 14.1 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.1 y 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; pilar fundamental de nuestro derecho penal según el cual la pena debe encontrarse previamente establecida en la ley y sólo puede ser impuesta por el juez competente (esta Corte, Tomo 149:337).

____ Además, al determinar las pautas para la individualización judicial de la pena, con meridiana claridad y en armonía con las cláusulas supralegales la ley de fondo precisa que "los tribunales fijarán la condenación" (art. 40 y 41 del C.P.); a lo que cabe agregar que, conforme constante doctrina del Superior Tribunal de la Nación (Fallos, 189:34; 308:1557, entre muchos otros), la existencia de una acusación concreta y oportunamente intimada -base del juicio penal- cumple las exigencias del debido proceso y salvaguarda absolutamente el derecho de defensa, en un todo de acuerdo a las garantías de legalidad y de judicialidad.

____ En cuanto a la individualización judicial de la pena impuesta (arts. 40 y 41 del C.P.), el tribunal ha fijado el reproche (art. 408 del C.P.P.), a partir de la consideración puntual del conjunto de circunstancias personales y objetivas atenuantes y agravantes que se describen en la ley de fondo para la operación de individualización de la pena (fs. 250 y vta.); procedimiento valorativo que integra la órbita de facultades discrecionales de apreciación de la sanción y de ponderación de hechos que en el debate puede cumplirse de modo directo dadas las características del proceso (esta Corte, Tomo 125:735; 147:269, entre otros).

____ Por otro lado, cabe considerar que V.Q. ha consentido la pena impuesta por lo que el recurso de casación interpuesto por el fiscal, en tanto se agravia de la violación del derecho de defensa del acusado, aparece como carente de legitimación para la modificación de la sanción penal.

____ 7º) Que es preciso también 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 26601 de

Protección Integral de niños, niñas y adolescentes que expresan los principios rectores aplicables en estos supuestos. _____

____ El artículo 3º de la Convención de los derechos del niño prescribe que en todas las medidas concernientes a los niños, entre otros operadores los tribunales, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. A su vez la Ley 26601 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 cc., constituyendo en responsable al Estado signatario frente a su incumplimiento. _____

____ Resulta indiscutible, en la actualidad, la protección de los derechos de los menores por lo que su superior interés es el que debe regir en todas las decisiones que recaigan cuando las víctimas sean niñas, niños o adolescentes. El derecho de menores presenta como su más destacada nota distintiva el carácter tutelar y protectorio que orienta todas sus normas. La particularidad de los menores está dada por no tratarse de seres completamente desarrollados en sus aspectos biológicos, psíquicos y sociales por lo que el derecho que los ampara se debe considerar con una orientación tuitiva que se muestre presente en todo momento y que se convierta, a la vez, en principio interpretativo. _____

____ La jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño y su operatividad, ratificada por Ley 23489, hace que se deba considerar su normativa al momento de fallar y de aplicar la pena. En este sentido, el art. 34 de la Convención establece en forma expresa que los Estados Partes se comprometen a proteger al niño/a contra todas las formas de explotación y abusos sexuales._____

____ 8º) Que por otra parte es necesario considerar que la violencia contra la mujer se entronca con la propia naturaleza de las relaciones familiares, que por sus características de subordinación y dependencia favorecen la posición de dominio de los miembros más fuertes sobre los más débiles. Pero mientras los niños, los ancianos o los incapaces ocupan necesariamente una posición de partida subordinada y son naturalmente vulnerables, a la mujer es el agresor el que la hace vulnerable a través de la violencia. Así, se ha dicho que, la causa de la violencia contra ellas no procede del vínculo familiar sino de la discriminación estructural consecuencia de la ancestral desigualdad que proviene de la distribución de roles. De ahí el cambio del término "sexo", que alude a las diferencias biológicas, al de "género", que explica una desigualdad construida históricamente como fruto de la estructura patriarcal._____

____ Por violencia de género hay que entender todo acto de violencias físicas y psicológicas, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación

arbitraria de la libertad. La violencia en contra la mujer, se describe como la manifestación más brutal de la desigualdad entre el hombre y la mujer en nuestra sociedad y se define como la violencia que se dirige sobre las mujeres “por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”.___

_____ La CEDAW insta a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra las mujeres, comprometiendo al Estado a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso aquellas de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, disposiciones penales nacionales, reglamentos, usos y prácticas discriminatorios contra las mujeres._____

_____ Asimismo, dispone que el Estado deberá tomar todas las medidas apropiadas para modificar aquellos patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con el objetivo de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. _____

_____ Por otra parte, la Convención de Belém do Pará ordena al Estado adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en particular, “todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”. _____

_____ En nuestro país, la sanción de la Ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (11/03/09) vino a saldar, en este sentido, una deuda con las mujeres, y a llenar un vacío normativo e institucional en la lucha contra la problemática, interpelando al Estado a promover y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia. _____

_____ Fundamentalmente, institucionaliza un nuevo paradigma al promover un cambio estructural de las políticas públicas de género impulsando una reorganización y reasignación de competencias en los distintos niveles y poderes del Estado, promoviendo la remoción de prácticas y patrones socioculturales que sostienen y legitiman la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres._____

_____ En base a las disposiciones contenidas en la normativa citada los jueces deben interpretar de manera insoslayable los distintos institutos de naturaleza penal que se relacionen en casos que involucran a mujeres que hayan sufrido cualquier tipo de violencia, bajo pena de hacer incurrir al Estado Nacional en incumplimiento de sus obligaciones internacionales. _____

_____ En este caso, el recurso del fiscal pretendiendo se disminuya la pena impuesta al padre que accedió carnalmente a su hija menor es un claro ejemplo de la legitimación de la

desigualdad y de los patrones socioculturales que padece nuestra sociedad._____

____ 9º) Que la sentencia condenatoria al aplicar la pena se sustenta en una motivación regular, elaborada en consideración a las pruebas introducidas en el proceso sin objeción alguna, que cumple con el presupuesto legal de fundamentación al corresponderse con el plexo probatorio y la valoración que de las pruebas se efectuara, dándose las explicaciones necesarias por las cuales se arriba a la decisión cuestionada, en una valoración de las constancias de la causa que observa las pautas de razonabilidad, con cumplimiento de las exigencias a los fines de ser considerada como acto judicial debidamente motivado. _____

____ De modo tal que la sentencia, en tanto condena al acusado a la pena de diez años de prisión efectiva como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, no sólo es ajustada a la norma penal aplicable sino también a la normativa supra legal, reseñada “ut supra”, por lo que la sentencia debe ser confirmada. _____

____ Los Dres. **Sergio Fabián Vittar, Guillermo Alberto Catalano,** y **Guillermo Félix Díaz**, dijeron: _____

____ Compartimos los considerandos 1º, 2º, 3º y 4º del voto precedente y su solución jurídica por las siguientes razones._____

____ 1º) Que esta Corte ha precisado que de acuerdo al precedente "Amodio" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, 330:2658), la potestad del órgano jurisdiccional al ejercer las atribuciones de los arts. 40 y 41 del C.P. no se encuentra limitada por el concreto pedido de pena efectuado por el Ministerio Público Fiscal (Tomo 142:99). _____

____ 2º) Que ello constituye un corolario de la garantía penal de "judicialidad" consagrada en el art. 18 de la C.N., los arts. 14.1 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.1 y 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; pilar fundamental de nuestro derecho penal según el cual la pena debe encontrarse previamente establecida en la ley y sólo puede ser impuesta por el juez competente (esta Corte, Tomo 149:337). _____

____ 3º) Que además, al determinar las pautas para la individualización judicial de la pena, con meridiana claridad y en armonía con las cláusulas supralegales la ley de fondo precisa que "los tribunales fijarán la condenación" (art. 40 y 41 del C.P.); a lo que cabe agregar que, conforme constante doctrina del Superior Tribunal de la Nación (Fallos, 189:34; 308:1557, entre muchos o-tros), la existencia de una acusación concreta y oportunamente intimada –base del juicio penal- cumple las exigencias del debido proceso y salvaguarda absolutamente el derecho de defensa, en un todo de acuerdo a las garantías de legalidad y de judicialidad.___

____ 4º) Que en ese contexto, la pena de diez años de prisión impuesta a T.V.Q. por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo es conteste al art. 119, párrafo 4º, inc. b), 40 y 41 del C.P., respeta las pautas fijadas en éste último y se corresponde con la doctrina sentada por esta Corte en su precedente de Tomo 127:589. _____

_____ 5º) Que para la individualización de la pena, el tribunal “a quo” partió de la consideración puntual del conjunto de circunstancias personales y objetivas atenuantes y agravantes que se describen en la ley de fondo y consideró la naturaleza y modalidad de la acción desplegada, atentatoria de la libertad sexual de una menor de quince años -cuando la inició en la práctica sexual- y con la que compartía residencia por ser su padre biológico como así también su condición de primario (R.N.R.), su historia de vida conforme surge de los informes ambiental y psicológico, su edad, el grave perjuicio moral y psicológico ocasionado en la menor y su falta de arrepentimiento._

_____ 6º) Que es justa la pena impuesta si al individualizarla el tribunal aplicó correctamente los parámetros de los artículos 40 y 41 del Código Penal y fundó suficientemente su decisión de conformidad a las circunstancias que demuestran el mayor reproche y la mayor peligrosidad del acusado y, en sentido contrario, otros que atenúan la magnitud de su punibilidad -carencia de antecedentes condenatorios- (esta Corte, Tomo 145:413). _____

_____ Los Dres**. Guillermo Alberto Posadas** y **Abel Cornejo**, dijeron:

_____ 1º) Que de conformidad con los fundamentos expuestos en el voto registrado en el Tomo 182:299, compartimos la solución jurídica excogitada por los distinguidos colegas preopinantes y los argumentos esgrimidos por los Dres. Vittar, Catalano y Díaz.__

_____ 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. 255/259 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 y Susana G. Kauffman de Martinelli -Jueces de Corte-. Ante mí: Dra. Mónica Vasile de Alonso –Secretaria de Corte de Actuación-).