Tomo 190:1065/1088)

_____ Salta, 31 de julio de 2014. _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados **“C/C A, J P – RECURSO DE CASACIÓN”** (Expte. Nº 36.711/13), y_____

_____**CONSIDERANDO**:_____

_____ Los Dres. Sergio Fabián Vittar, Guillermo Alberto Posadas, Ernesto R. Samsón, Guillermo Alberto Catalano y Guillermo Félix Díaz, dijeron:_____

_____ 1º) Que a fs. 661 bis/664 vta., el Fiscal de la ex Cámara Cuarta del Crimen, Dr. Pablo Mariño, interpone recurso de casación en contra de la sentencia de ese tribunal de fs. 636 y vta., cuyos fundamentos rolan a fs. 644/658 vta., que dispone condenar a J P A a la pena de diecisiete años de prisión por resultar autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda y la convivencia (dos hechos) en concurso real._____

_____ 2º) Que el recurrente sostiene que el tribunal “a quo” incurre en inobservancia de los principios acusatorio, de imparcialidad, de congruencia y del derecho de defensa en juicio, toda vez que se condenó al imputado aplicando agravantes que no fueron objeto de la acusación ni de los alegatos y en consecuencia, impuso una pena superior a la pretensión punitiva del representante del Estado en la acusación penal._____

_____ Agrega que la acusación y la sentencia lo fueron por dos hechos, el primero cuando la víctima contaba con 19 años de edad y concibió al niño JC A y el segundo, entre los meses de Enero y Febrero de 2010, en consecuencia, la víctima era ya mayor de 18 años y por lo tanto no correspondía se aplicaran las agravantes por las que J P A resultó condenado.

_____ Por último, formula reserva del recurso extraordinario federal.

_____ _____

_____

_____ 3º) Que el Sr. Fiscal ante la Corte Nº 2 a fs. 692 y vta. sostiene el recurso interpuesto en observancia del principio de unidad de actuación propio del organismo requirente plasmado en la Ley Orgánica del Ministerio Público 7328, art. 3º._____

_____ A fs. 694/695, la Dra. Nora Gómez de Marquiegui, Defensora de Juicio y Ejecución Nº 4, en oportunidad de producir el informe previsto por el art. 477 del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias), por las razones allí expuestas, considera que el planteo del Sr. Fiscal de Cámara deviene acertado y en consecuencia solicita se haga lugar al mismo._____

_____ 4º) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 686/687), previo a expedirse sobre los motivos invocados por el recurrente, incumbe a esta Corte en la presente instancia efectuar un nuevo control de los recaudos de orden formal a los que la ley subordina su admisibilidad (art. 36 de la Ley 7716).

_____ A ese respecto, se observa que ha sido presentado en término y por parte legitimada (v. fs. 659 y 664 vta.); además, la resolución resulta objetivamente impugnable y los motivos expuestos encuentran adecuación legal (arts. 466 incs. 1º y 2º, 468 inc. 2º y cc. del C.P.P., texto según Ley 6345 y modificatorias), razón por la cual, cabe ingresar al examen de la cuestión planteada en el recurso.

_____ 5º) Que tras reseñar los términos de la acusación y evaluar la prueba rendida en autos, el tribunal de juicio arribó a la convicción antes referenciada y consideró que se reunieron los requisitos típicos exigidos por el art. 119, 3er. y 4to. párrafos, letras b) y f) del C.P., correspondiendo, por tanto, condenar al encausado en los términos arriba señalados.

_____ 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. y en 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; 169:137).

_____ 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” (arts. 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 (esta Corte,

Tomo 167:451); máxime cuando las circunstancias que inciden en la individualización de la pena se encuentran preestablecidas en la ley y la concreta imposición sólo puede basarse en las constancias de la causa._____

_____ El modelo acusatorio parte, precisamente, de la idea directriz de propiciar una nítida distinción entre los roles que deben desempeñar los distintos sujetos esenciales del proceso, de modo que ni el juez, ni el fiscal ni la defensa –tanto material como técnica- incurran en una sustitución funcional contraria a los principios, derechos y garantías que limitan el desarrollo procesal. En ese sentido, es al órgano judicial a quien le compete con exclusividad ejercer la función jurisdiccional, que comprende –co-mo manifestación específica de sus poderes de cognición y decisión- la potestad de aplicar la ley al caso y, particularmente, los arts. 40 y 41 del C.P. (esta Corte, Tomo 152:979). Entonces, estrictas razones jurídicas se oponen a las pretensiones recursivas._____

_____ 7º) Que la sentencia recurrida tuvo por acreditado con el grado de certeza requerido para condenar a J P A que cometió abusó sexual con acceso carnal (dos hechos) en perjuicio de V R A, hija de su concubina, cuando la nombrada contaba con 19 y 26 años respectivamente._____

_____ A esa conclusión llegó el tribunal de juicio tras un destacable esfuerzo de valoración de la prueba agregada a la causa, en especial la producida en la etapa de instrucción, determinándose que J. C. A. es hijo del acusado y fue concebido como consecuencia del primer hecho referido._____

_____ 8º) Que el bien jurídico protegido por la figura del abuso sexual con acceso carnal –violación- es la libertad, entendida como el derecho de las personas a tener voluntario y consentido trato sexual, a determinar libremente sus conductas íntimas y a que no se ataque su reserva (Cám. Nac. de Casación Penal, Sala III, 28/8/2002 – “Ifran, C. A.”, JPBA 121-45, LNO Nro. 30002943), entendida como la libre disposición del cuerpo, y abarca el pudor individual de las personas que sufren tales abusos, quienes ven afectadas su integridad sexual o su pudicia individual._____

_____ 9º) Que el concubino de la madre de las víctimas se encuentra atrapado por la calificante, cuando actúa como jefe del hogar respecto de los hijos de su concubina, dado su condición de encargado de la guarda, también llamado guardador. En la guarda se halla implícito el deber moral de asumir el amparo físico y moral del menor, que se entrega con la confianza de que habrá de ser resguardado debidamente. El concepto de guardador no es jurídico, dado que sus deberes no son solamente legales sino también sociales o de hecho. Al

tener el guardador el cuidado de la persona del menor con el que convive bajo el mismo techo, está obligado a cumplir con el deber de vigilarlo o ampararlo, y el que comete alguno de los delitos contra la integridad sexual, con su conducta está violando gravemente ese deber que lo obliga a velar moralmente por el menor, a favorecer la formación de su personalidad y, por tanto, a no atentar contra ella arrasando con su libertad y su dignidad (esta Corte, Tomo 141:465), situación que no se verifica en autos atento la edad de V R A.___

_____ Respecto a la agravante contemplada en el art. 119, 4to. párrafo, letra f) del C.P., cuando "el hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo", tampoco se corrobora en autos, toda vez que el tribunal consideró debidamente probada la comisión sólo de dos hechos; el primero, cuando la denunciante contaba con diecinueve años de edad y como consecuencia del mismo nació J. C. A., hijo también del acusado conforme los estudios de ADN realizados y el segundo, unos meses antes de la denuncia que motivara las presentes actuaciones, oportunidad en la que contaba con veintiseis años de edad. _____

_____ 10) Que si bien el concurso real y esa situación de convivencia agravan la pena, de acuerdo a los arts. 40 y 41 del C.P. y a lo precisado por esta Corte en su precedente de Tomo 127:589, para individualizar la pena es necesario valorar otras circunstancias objetivas y subjetivas que, en la presente, impiden ejercer competencia positiva._____

_____ 11) Que por consiguiente, corresponde hacer lugar al recurso de casación y, en su mérito, establecer que la condena dictada en autos lo es por el delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, 3er. párrafo del C.P.), y ordenar que bajen los autos al tribunal de origen a fin de que individualice la pena de acuerdo al presente._____

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

_____ 1º) Que por razones de brevedad doy por reproducida la reseña de los hechos efectuada en los considerandos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º Y 7º por los distinguidos señores Jueces preopinantes, como así también comparto la solución jurídica a que arribaron, no obstante lo cual deseo agregar los fundamentos que se exponen a continuación. _____

_____ 2º) Que antes que nada debe señalarse que, en los delitos contra la integridad sexual, normalmente existen serias dificultades para desentrañar lo verdaderamente ocurrido, pues es una característica de los ofensores 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 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 de un menor 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 indelebles._____

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

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

_____ Por su parte Donna define al "acceso carnal" como la penetración del órgano masculino en el cuerpo de la víctima, con el propósito de practicar coito, siendo indiferente que la penetración sea total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la eyaculación. Para que

exista violación –agrega el autor citado- es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no interesando si esta introducción es completa o sólo a medias, basta con que ella haya existido real y efectivamente._____

_____ Asimismo se ha afirmado en la doctrina y en la jurisprudencia que el delito de abuso sexual con acceso carnal se consuma cualquiera sea el grado de penetración, de modo que no se requiere penetración completa ni el perfeccionamiento fisiológico del acto sexual; que la finalidad del agente resulta entonces clave para la tipificación del hecho, debiendo establecerse que el propósito del agente era el acceso carnal y no simplemente la búsqueda de un torpe desahogo sexual, para calificar a un hecho como abuso sexual mediante acceso carnal en grado de tentativa (Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 590/592)._____

_____ A su vez, se ha dicho con acierto que, el acceso carnal, que significa la introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de la otra persona, implícitamente se refiere a penetraciones capaces de posibilitar una cópula sexual o un equivalente de ella, comprendiendo como modalidad comisiva otras formas de penetración diferentes de la vaginal (Cám. Casación Penal de Bs. As., Sala II, 25/10/05, “F., C.A., 15/3/06, J.A. 2006-I-433)._____

_____ En igual sentido se dijo que la violación se consuma con el acceso carnal, esto es, con la penetración aunque no fuera perfecta o completa (haya o no eyaculación). Es suficiente que el acceso carnal sea parcial; este tipo de abuso sexual es un delito de acción, es decir que se realiza a través de una conducta activa con exclusión de todo comportamiento omisivo; es de mera conducta o de pura actividad, pues para la integración del tipo es suficiente con el acceso carnal, sin que se requiera una modificación en el mundo exterior que recaiga sobre el objeto de la acción (la víctima); es en suma, un delito instantáneo pues se consuma y desaparece y no requiere resultado material alguno -voto del Dr. Riggi, adhiere la Dra. Catucci, el Dr. Tragant por su voto- (Cám. Nac. Casación Penal, Sala III, 4/2/2004, “Ramírez, Sergio M. s/ Recurso de Casación”)._____

_____ Por lo demás es del caso destacar que para la aplicación de las agravantes del inc. b) y f) del art. 119, cuarto párrafo del Código Penal resultan elementos del tipo penal objetivo la minoridad de la víctima y la circunstancia de aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente y las consecuente facilidades que le otorgan al

sujeto esta proximidad y la relación de confianza con el menor, lo que no ocurre en el caso de autos, toda vez que la víctima al momento de la comisión de ambos delitos contaba con diecinueve y veintiséis años respectivamente._____

_____ Es del caso mencionar que la jurisprudencia señaló en relación a la agravante del inc. b) del art. 119, párrafo tercero del Código Penal que la razón de la calificante por el vínculo está dada exclusivamente por el hecho de que la relación parental facilite la tarea del autor (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala VI 282-2003 “Ledesma Vallejos”)._____

_____ Se ha dicho que el concubino de la madre de las víctimas se encuentra atrapado por la calificante, cuando actúa como jefe del hogar respecto de los hijos menores de su concubina dado su condición de encargado de la guarda, también llamado guardador. En la guarda se halla implícito el deber moral de asumir el amparo físico y moral del menor, que se entrega con la confianza de que habrá de ser resguardado debidamente. El concepto de guardador no es jurídico, dado que sus deberes no son solamente legales sino también sociales o de hecho. Al tener el guardador el cuidado de la persona del menor con el que convive bajo el mismo techo, está obligado a cumplir con el deber de vigilarlo o ampararlo, y el que comete alguno de los delitos contra la integridad sexual, con su conducta está violando gravemente ese deber que lo obliga a velar moralmente por el menor, a favorecer la formación de su personalidad y, por tanto, a no atentar contra ella arrasando con su libertad (Tomo 141:465).

_____ Asimismo cabe agregar en relación a la agravante del inc. f) que no se requiere de la convivencia de las personas, sino que es compatible con la solución de continuidad y con relaciones de más corta duración._____

_____ Por su parte, el término convivencia no se refiere a la cantidad o calidad de tiempo y forma de cohabitar un mismo techo entre los sujetos del ilícito, sino en la posibilidad con la que cuenta el autor del hecho de estar próximo a la víctima hará abusarla. En el caso, la conducta desplegada por el autor no queda tipificada por aquella modalidad atento la edad de la víctima._____

_____ Por ello es que existe agravio constitucional 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 lo enseña Florián: en verdad, la prueba física y material del resultado delictivo, en el cual consiste el

delito, será preferible y tal vez la única que tranquiliza plenamente; más las exigencias prácticas de la justicia no permiten ir tan adelante, ni pretender establecerla siempre, inclusive porque a veces es imposible, razón por la cual debe aceptarse, como, por otra parte, se acepta ordinariamente, que el cuerpo del delito puede probarse también por medios indirectos (“De las pruebas penales”, Temis, Bogotá, 1982, Tomo 1, pág. 422, traducción de Jorge Guerrero, tercera edición).

Con arreglo a ello, hace muchos años, Mittermaier señaló que, la sentencia criminal no es más que el corolario del juicio sobre el punto de hecho, suponiendo de antemano el legislador, que este juicio emana de la convicción íntima del Juez, y de la certeza que ha adquirido sobre la verdad de los hechos cuya existencia sirve de base a la acusación (“Tratado de la prueba”, Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1877, pág. 64, tercera edición de la traducción castellana).

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

En la evaluación de los hechos que fueron objeto de examen por el juzgador, se desvirtuó la conducta que se le atribuye al causante: abusar sexualmente mediante acceso carnal agravado por la guarda y la convivencia a la víctima. Las conclusiones a las que se arriba en la sentencia recurrida en casación no son sólidas, dado que en el caso como el que se dirimió la cuestión era inexorable que la víctima al momento de consumación de los delitos no era menor de edad; de allí que no se comprende que se haya arribado a una afirmación categórica, cuando la investigación quedó concluida por un veredicto que no posee congruencia en la decisión final, en el análisis entre el hecho denunciado y sus pruebas.

En el presente caso, el modo en que ocurrieron los hechos deriva del relato efectuado por la víctima en su denuncia y ratificación de fs. 1, 20/21 y 350/351, quien manifestó que fue abusada sexualmente por el denunciado y describió las prácticas sexuales a las que fue sometida; todo lo cual ha sido corroborado por otros elementos de convicción. Asimismo la denuncia efectuada es avalada por

informe policial de fs. 29; declaración de Luis Alberto Vais de fs. 109; de Zoila Suárez de Díaz de fs. 110; acta de careo entre denunciante e imputado de fs. 123; declaración de J O A de fs. 138 y vta.; de D A de fs. 139 y vta.; de Teresa Bedoya de fs. 140 y vta.; informes psicológicos de la víctima y del imputado de fs. 97/98 y 207/208 respectivamente; pericia psiquiátrica de la víctima y del imputado de fs. 37 y 238 respectivamente; informe de las Lic. Carolina Cornejo y Carolina Higa de fs. 319/322; informe en cámara Gesell de las menores R. A. y G. A. de fs. 211; pericia de ADN de fs. 228/230 y acta de nacimiento del menor J.C.A. de fs. 537.___

_____ 3º) 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 del causante 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 art. 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 Valdéz- 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 debe corresponder a la gravedad de la culpa. Aquí entra en juego otro principio del derecho justo –señala el autor– que es el principio de proporcionalidad; la pena justa es la pena adecuada a la

culpa (“Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica”, Civitas, Madrid, 1993, pág. 113, 1era. reimpresión, traducción Luis Díez Picazo).

Así planteadas las cosas, no puede perderse de vista que la sentencia es la decisión del juez que agota la relación procesal o una fase de ella, que por lo demás debe ser autosuficiente, y bastarse a sí misma mediante su lógica interna, de modo que si se arriba a un pronunciamiento absolutorio carente de motivación, debe prosperar la casación interpuesta, debido a que evidentemente hubo una inobservancia normativa; conforme a ello Clariá Olmedo dice que: la sentencia estará afectada por falta de motivación en grado de nulidad cuando los fundamentos sean insuficientes o contradictorios, de manera tal que no alcancen el mínimo necesario como para justificar la decisión (“Derecho Procesal”, Depalma, Bs. As., 1983, Tomo II, pág. 236), lo que ocurre en el caso.

4º) Que de lo expuesto, puede concluirse que la sentencia no contiene una fundamentación adecuada respecto de los hechos atribuidos al acusado, no advirtiéndose una correcta valoración de la prueba, por lo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la fiscalía a fs. 661 bis/664 vta. y en su mérito, establecer que la condena dictada en autos lo es por el delito de abuso sexual con acceso carnal (dos hechos) y ordenar bajen los autos al tribunal de origen a fin de que se individualice la pena aplicable.

La Dra. Susana Graciela Kauffman de Martinelli, dijo:

1º) Que adhiero al voto de los Dres. Vittar, Posadas y Samsón, sin perjuicio de añadir las siguientes consideraciones.

2º) Que tradicionalmente, el sistema internacional de protección y promoción de los derechos humanos ha incluido una cláusula de igualdad en todos sus instrumentos principales así como la prohibición de discriminar a las mujeres en el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y de ejercer sobre ellas algún tipo de violencia.

En esta tarea la responsabilidad del Estado es central para una interpretación expansiva de los derechos humanos que busca incluir los derechos de las mujeres a la vida, libertad, seguridad personal y, por sobre todo, la inclusión de aquellas que son abusadas física o psíquicamente por ser consideradas como un mero objeto del que se puede abusar cuándo, cómo y dónde les plazca.

3º) Que Argentina ha suscrito numerosos instrumentos internacionales y regionales de protección a los derechos humanos (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- y Convención

Interamericana para prevenir, 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 particular, cabe mencionar la Convención de Belem do Pará que desde un abordaje que dimensiona la violencia de género como un problema social, de tipo estructural en nuestras sociedades aún fuertemente sexistas, define la violencia hacia las mujeres y niñas como una violación a los derechos humanos de aquellas, cuya persistencia condiciona el potencial de crecimiento de la sociedad toda. En concreto, en el art. 1º, la Convención entiende que es violencia contra la mujer "cualquier acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico (...), tanto en el ámbito público como en el privado". Y en el art. 2º, entiende que la "violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual...".

El art. 7º de esta Convención hace referencia expresa a la condena de los Estados Parte a todas las formas de violencia contra las mujeres y conviene en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. Entre las políticas que se propone llevar a cabo se encuentra la de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (inc. b).

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular deben contar -dice- con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva en los casos de violencia contra la mujer(Corte IDH, caso "Campo Algodonero", párrafo 258).

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._____

_____ Por su parte, la Ley 26485 define la violencia de género en forma más amplia en su art. 4º: "Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal".____

_____ En su art. 5º se determinan las características de estos tipos de violencia. Al referirse a la violencia sexual se describe como: "cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres".____

_____ 4º) Que desde hace algunos años, nuestro país no sólo rechaza en todas sus formas la violencia de género, sino que además (y como consecuencia de asignarle un disvalor a esa expresión de las relaciones sociales) ha asumido el compromiso de trabajar desde cada una de las instancias del Estado para prevenir, investigar, sancionar y erradicar esta cruenta versión de la discriminación. "La violencia es poder y el poder genera sumisión, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento. La violencia presupone, por lo general, posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder. La violencia de género implica todo esto, y mucho más, cuya hiperincriminación se justifica, precisamente, porque germina, se desarrolla y ataca en un contexto específico, el contexto de género" (Buompadre, Jorge Eduardo, "Los delitos de género en la reforma penal. Ley 26791", pág. 2)_____

_____ 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._____

_____Se debe tener presente que esta Corte de Justicia suscribió el Convenio Marco de Colaboración con la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el que se comprometió a incorporar la perspectiva de género, en aras de promover la igualdad de género e incorporar una política institucional transversal en todos los niveles y en todas las áreas de la organización interna y en el servicio de justicia, asumiendo el compromiso de poner de resalto en las sentencias esta problemática para que pueda ser visibilizada._____

_____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 aquellos respecto de los cuales se encuentran en una posición de dominación-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 sometimiento brutal que implica la violencia de género, en este caso sexual y familiar._____

_____5º) 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).

_____Por lo que resulta de la votación que antecede,_____

_____**LA CORTE DE JUSTICIA**,_____

_____**RESUELVE**:_____

_____I. **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 661 bis/664 vta. y **establecer** que la condena dictada contra J P A lo es como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, 3er. párrafo del C.P.) y **ordenar** que bajen los autos al tribunal de origen a fin de que individualice la pena de acuerdo al presente._____

_____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-).