



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)
Juzgado de Instrucción N°17
“M., J. s/ampliación del procesamiento”

//////////nos Aires, 20 de diciembre de 2013.-

I.-) Celebrada la audiencia prevista en el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación y la deliberación pertinente, trataremos el recurso de apelación interpuesto por la defensa (ver fs.4368/4385), contra los puntos 1 y 2 del auto de fs.4307/4341 a través de los cuales adecuó se dispuso adecuar el procesamiento de fs.1267/1286 respecto de *J. N. M.* a la nueva plataforma fáctica por la que se lo indagó a fs.4283/4297 y modifica la calificación legal atribuida por los delitos de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa agravado por haber causado un grave daño a la salud física de la víctima en concurso real con el de femicidio también agravado por haber sido cometido “*criminis causae*” y mantener la prisión preventiva (arts.42, 45, 55, 80 incs.7° y 11° y 119 tercer párrafo inc. “a” del Código Penal).-

II.-) De la valoración probatoria:

En las anteriores intervenciones (ver copias de fs.3673/3685, 3686/3690 y 3691/3716), el Tribunal ponderó la prueba de cargo que demostraba la autoría de *J. N. M.* en el homicidio de *A. R.* y brindó las razones por las cuales se rechazaron los pedidos de nulidad de la defensa relacionados con la cadena de custodia de las muestras biológicas y con su presunta contaminación.-

En el marco de la audiencia la defensa pretendió introducir como novedosos argumentos que ya fueron ventilados y sustanciados en las audiencias anteriores y por ello, en esta oportunidad habremos de expedirnos exclusivamente en relación a los agravios vinculados a los nuevos elementos incorporados a la investigación que motivaron la modificación del sustrato fáctico como así su asignación jurídica.-

En este sentido cobra relevancia el informe confeccionado por la última junta médica, un aporte científico que permite, a la luz de la descripción de las lesiones que mostraba el cuerpo de la occisa, considerar como razonable la hipótesis que el imputado habría atentado contra la integridad sexual de la joven previo a su muerte.-

En efecto, el estudio pericial señaló que se hallaron en el cadáver equimosis en la cara interna de la rodilla izquierda (confirmación histopatológica), cara interna de raíz de muslo izquierdo (ingle confirmación histopatológica-), cara interna de ambos muslos y dorso de manos (durante la revisión del caso y con el apoyo iconográfico de ambas peritaciones) -ver fs.3951 y fs.3956- y concluyó que las lesiones descriptas eran compatibles con las del tipo defensivo, de producción contemporánea entre sí y *“compatibles con las observadas en las agresiones sexuales”* (ver fs.3957, punto 72 j).-

Los expertos lo afirmaron luego de practicar las operaciones técnicas pertinentes a través de las cuales obtuvieron los tejidos cadavéricos para su peritación y en el marco de una junta médica que sesionó durante varias jornadas en las que se llevó a cabo el análisis científico de la totalidad de las muestras, de la documental radiográfica e iconográfica y los resultados histopatológicos de las extraídas el 11 de junio en la autopsia y el 20 de agosto pasados en la revisión técnica complementaria (ver la pericia N°27.714/27.717/13 que corre por cuerda y dictamen de fs.3944/3957). Como bien han señalado los galenos: *“Las respuestas que oportunamente se expresarán, han sido elaboradas mediante el aporte de los conocimientos específicos correspondientes a las respectivas especialidades médicas de las/os profesionales integradas/os en junta médica y los criterios médico-legales comunes a todos”* (ver, puntualmente, fs.3948).-

Si bien el juez es libre al valorar la prueba pericial, la regla de la sana crítica requiere que cuando son necesarios conocimientos específicos de una temática se acuda a los expertos en la materia y sólo se puede apartar de su postura cuando *“evidencian errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos o lucen defectuosos o incompletos (...)”* (En este sentido, Sala VI, la causa N°737-12 “Celasco, Luis Gustavo y otros s/sobreseimiento y costas”, rta: 31/7/2012, en donde se citó a Navarro-Daray, “Código Procesal Penal de la Nación”, Tomo 1, Editorial Hammurabi, año 2004, págs.648/649).-

En el caso, los profesionales intervinientes brindaron sus razones como así también el método utilizado para ello, por lo que no surgen



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)

Juzgado de Instrucción N°17

“M., J. s/ampliación del procesamiento”

motivos para apartarnos de ellas, máxime cuando el perito de la defensa, Dr. D., tampoco cuestionó puntos dirimientes del asunto tales como la vitalidad de las lesiones halladas en la zona para-genital de la víctima ni descartó que su origen fuera compatible con una agresión sexual. Sólo añadió que “podieron ser de otro tipo” (ver fs.3951, punto 72 j), lo que pone en duda la seriedad de la impugnación.-

Los motivos expuestos permiten de manera plausible sostener, con apoyo en esta nueva prueba de cargo, que el imputado previo a dar muerte a A. R. a través de una asfixia mixta, intentó accederla carnalmente mediante violencia y es factible tener por acreditado este último extremo por las lesiones óseas vitales constatadas en el tórax de la joven (ver fs.3948 punto 8/9 b).-

III.-) De la calificación legal:

Voto del Dr. Julio Marcelo Lucini:

Modificada la intimación en la declaración indagatoria, el Sr. Juez de instrucción subsumió la conducta de J. M. en los delitos de “*abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa por haberse causado un grave daño en la salud física de la víctima en concurso real con el delito de femicidio también agravado por su comisión criminis causae -por haber sido cometido para ocultar el delito precedente y procurar su impunidad-, debiendo responder J. N. M. como autor*”.-

Disiento con esta asignación jurídica ya que sin perjuicio de señalar la confusa manera en que se expresa, la posible pluriofensividad de las conductas en estudio merece un prudente tratamiento.-

Sí comparto la prueba valorada por el Juez para tener en principio acreditada la comisión de un abuso sexual con acceso carnal tentado y, por ende, la conexión final, ideológica o subjetiva que lo une con el homicidio. Las lesiones graves causadas en el cuerpo de la menor en el contexto del ataque sexual (ver fs.3948 en donde se describen), quedaron absorbidas en el resultado fatal.-

El plan concreto del autor, que no debe entenderse como una programación altamente elaborada o premeditada, sino simplemente el *cómo* de la realización típica que puede ser decidido en forma súbita (Zaffaroni, Raúl, “Derecho Penal”, Parte General, págs.792 y ss., Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000), torna razonable sostener que la conducta traída a estudio encuentra subsunción típica en el art.80 inc.7° del Código Penal, que tiene la finalidad de agravar la comisión de un homicidio destinado a servir a la ejecución de otro delito. Es un medio y el fundamento de la norma reside en la protección del valor “vida” en el sentido puesto de manifiesto por el imperativo kantiano: “obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio” (Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio, “Código Penal y normas complementarias”, Tomo 3, págs.271 y ss., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007).-

Es que más allá de que gran parte de la doctrina entiende que entre el homicidio y el otro delito conexo media un concurso real por tratarse de dos acciones distintas que realizan tipos penales diversos (ver, entre otros, Donna, Edgardo Alberto, “Derecho Penal”, Parte Especial, Tomo I, Segunda Edición Actualizada, págs.112, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003), lo cierto es que desde el punto de vista del plan concreto del autor -teoría objetivo-individual-, el deceso de la víctima, ocurrido sin solución de continuidad después del intento frustrado de acceso carnal mediante violencia, abarcó aquel resultado parcial y momentáneo.-

En el contexto en que se ejecutó el hecho, infiero que M., tras la resistencia de A. R. a ser abusada, le quitó la vida para ocultar su acción precedente y lograr así su impunidad. En otras palabras, lo hizo para evitar ser descubierto y un indicio que sustenta esta hipótesis es que intentó hacer “desaparecer” el cuerpo al introducirlo en el circuito de procesamiento de residuos.-

El tipo subjetivo de esta figura no exige un propósito preordenado a la comisión del homicidio, razón por la cual si el acusado decidió dar muerte a la joven desde el momento en la que la interceptó en el edificio, o si lo hizo con posterioridad a ello, carece de relevancia a los fines de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)
Juzgado de Instrucción N°17
“M., J. s/ampliación del procesamiento”

la tipificación de la agravante pues, como se dijera, el nexo final que vincula ambas acciones está verificado.-

Lo expuesto ilustra que están presentes los requisitos del homicidio *criminis causae*.-

Otro tema que amerita un estudio detenido es el “femicidio” con el que el Sr. Juez de Instrucción también agravó el homicidio, al señalar que “la acción de matar a la niña, mediando violencia de género y para ocultar los delitos precedentemente cometidos -que como vimos queda subsumido en uno- y procurar su impunidad, resulta constitutiva del delito de femicidio también agravado por su comisión *criminis causae*”.-

A través de distintos instrumentos normativos se han intentado hallar medidas concretas para proteger el derecho de las mujeres a una vida libre de agresiones, tanto dentro, como fuera de su hogar y núcleo familiar y se han delineado los alcances de los términos de violencia contra las mujeres.-

Para ello se han utilizado los conceptos “*femicidio*” o “*feminicidio*” en diferentes países de la región, dotándolos de diversos contenidos atendiendo a la diversidad de problemáticas que subyacen en cada uno de ellos.-

Así, la ley N°24.417 sobre “***Protección contra la violencia familiar***” fue significativa para proteger las situaciones de violencia doméstica, no obstante lo cual aún dejaba afuera de previsión algunas específicas que tenían lugar en ámbitos públicos.-

Luego, para definir a la violencia de género, la “***Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer***” (Convención de Bélem do Pará, República Federativa de Brasil del 9 de junio de 1994 -aprobada por ley N°24.632) destaca 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 privado* (...)” y puntualiza que la doctrina enseña que “*violencia de género es violencia contra la mujer, pero no*

toda violencia contra la mujer es violencia de género. Esta presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor (...) La violencia de género también es violencia, pero que se nutre de otros componentes, diferentes a aquellos que caracterizan a los crímenes violentos convencionales: un sujeto pasivo femenino, un sujeto activo masculino y un contexto específico en el que germina la conducta criminal para doblegar y someter a la víctima”.-

Este documento internacional introdujo el vocablo “género” aunque sin desarrollarlo y amplió el ámbito de aplicación del término “violencia” al extenderlo a lugares públicos y a relaciones interpersonales ajenas al núcleo familiar o doméstico.-

También el **“Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”** adoptado por la Asamblea General en su resolución A/54/4 del 6 de octubre de 1999 y aprobado por la ley 26.171 alude a la cuestión de “género” al condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas.-

La violencia de género está basada en una construcción cultural histórica con características propias, entre ellas, la relación de dominio y desigualdad que establece el hombre en la pareja y cierto amparo social que recibe esta conducta y las dificultades de la víctima para reconocerse como tal y denunciarlo (Patsilí Toledo Vázquez, “Feminicidio”, Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1º edición, 2009).-

La ley N°26.485 de **“Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”** define la violencia contra las mujeres como: *“toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)

Juzgado de Instrucción N°17

“M., J. s/ampliación del procesamiento”

conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón” (art.4°).-

Finalmente, el punto de culminación en el desarrollo progresivo de esta temática fue la reciente sanción de la ley N°26.791 que reformó el Código Penal al incorporar en forma expresa agravantes autónomas que involucran al **género** como sujeto pasivo quedando redactado el art.80 inc.11° de esta manera: **“Se impondrá (...) al que matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediere violencia de género”.-**

Contempla así esta agravante de homicidio a la forma más brutal de violencia de género y entiende que la mujer es un sujeto vulnerable que debe ser su objeto de protección.-

En este contexto es posible concluir que la violencia contra las mujeres abarca una serie de atentados cuyo común denominador es la presencia de un sujeto pasivo femenino que es objeto de maltrato por su pertenencia a ese género y cuyo agresor se caracteriza por pertenecer al opuesto.-

La expresión género permitiría incluir a los crímenes de violencia contra las mujeres en los denominados “*hate crimes*” o crímenes de odio o prejuicios originados en el derecho anglosajón y que son perpetrados contra una víctima determinada. Para eso, debe ser percibida como parte de un grupo determinado (religioso, étnico o, en este caso, de género).-

Justamente la prudencia de la inclusión en este tipo de figuras que pretenden evitar toda forma de discriminación radica en que “si todas las víctimas de crímenes son víctimas de *hate crimes*, entonces ***estos pierden su poder simbólico especial***” (Jacobs, James, Potter, Kimberley, Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics. Oxford University Press, New York 1998, citado por Patsilí Toledo Vázquez, ob. cit.).-

Advierto que este elemento normativo del tipo en muchas ocasiones se lo utiliza indistintamente como: “violencia de género”, “violencia contra las mujeres”, “violencia doméstica”, “violencia familiar o intrafamiliar”, etc.-

No debe perderse de vista que aquellas categorías analíticas provienen de las ciencias sociales y de la antropología, constituyendo marcos teóricos y políticos para la acción e investigación respecto de este fenómeno. Por lo tanto, no es posible su aplicación directa en el ámbito jurídico, en particular en lo penal, en donde el principio de legalidad importa exigencias materiales y formales especialmente rigurosas en lo referido a la precisión, determinación y taxatividad de sus conceptos (conf. Patsilí Toledo Vázquez, ob. cit.).-

Los antecedentes reseñados son relevantes para la apreciación y construcción de este término pues le dieron significado al tipo legal recientemente creado.-

Esta línea de política criminal parece haber adoptado el legislador nacional al dejar asentado, en el art.41 de la ley 26.485, que en ningún caso las conductas, actos u omisiones previstas en ella importarán la creación de nuevos tipos penales ni la modificación o derogación de los vigentes.-

Por lo expuesto y sin soslayar que el problema que subyace a todas estas cuestiones es revisar la capacidad del derecho penal para abordar delitos comunes cuando tienen el especial antecedente de estar vinculados con eventos de violencia hacia la mujer, habremos de analizar el nuevo tipo penal bajo el prisma del principio de legalidad previsto en el art.18 de la Constitución Nacional que impone delimitar la tipicidad de la conducta en forma restrictiva.-

Así, tomando como base la redacción del art.80 inc.11° y el debate parlamentario que justificó su inclusión como figura agravada, el concepto de violencia contra la mujer, desde el punto de vista jurídico-penal tiene, además de esta caracterización binaria de sus protagonistas ***hombre-mujer***, un componente subjetivo, misógino, que es el que guía la conducta del autor: ***causar un daño por el hecho de ser mujer***.-

Con ello se quiere decir que ***“no cualquier ejercicio de violencia contra una mujer es violencia de género, sino sólo aquélla que se realiza contra una persona por el hecho de pertenecer al género femenino”***



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)
Juzgado de Instrucción N°17
“M., J. s/ampliación del procesamiento”

(Tribunal Oral en lo Criminal N°16, causa N°4026 “A.E. H s/homicidio”, rta: 31/5/2013).-

Debe verificarse así un nuevo componente en el diseño del autor: La misoginia, expresión derivada del griego que significa odio a las mujeres y que da cuenta de su aversión a lo vinculado a ellas (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición).-

Lo contrario implica poner en riesgo la constitucionalidad de la norma ya que el aumento de la pena se fundaría sólo en el sexo y no en el género. Para que ello no ocurra debe contextualizarse el hecho y así incluir a los otros elementos que la figura requiere.-

En los homicidios calificados por el parentesco se fundamenta la mayor severidad de la pena en el plus del injusto porque atenta contra una persona con la que se tiene una relación de parentesco o convivencia pues se vulneran deberes de cuidado y respeto que surgen del derecho civil e incluso de la Constitución Nacional.-

Es entonces, bajo este baremo, donde corresponde analizar si en esta causa se verifican los elementos objetivos y subjetivos de la agravante en cuestión. Y, a mi criterio, la respuesta habrá de ser negativa ya que no están presentes dos cuestiones indispensables para su configuración: *a.-*) que la muerte de la víctima hubiera estado motivada por ese elemento subjetivo que radica en su pertenencia al género femenino; y *b.-*) que la violencia exteriorizada hubiera estado sostenida en una situación de dominación y desigualdad.-

En cuanto al primer ítem, la prueba de cargo reunida hasta el momento permite avizorar que el homicidio de A. R. habría sido perpetrado por M. para ocultar el delito precedente, esto es el intento de abuso sexual con acceso carnal. Posteriormente, para lograr su impunidad pretendió -después de darle muerte- hacer desaparecer el cuerpo a través de su introducción en el procesamiento de residuos. Su actuar habría estado dirigido por ese dolo específico, por esa conexión ideológica o subjetiva que exige el art.80 inc.7°

del Código Penal y no *por* el hecho de ser mujer. Está ausente entonces ese requisito adicional, *misógino*, necesario para la conformación del tipo.-

En cuanto al segundo, entiendo que tampoco se constata el elemento normativo: “*violencia de género*”, expresión que, como se señalara anteriormente, es conocida en el ámbito de los derechos de las mujeres pero que carece de un sentido unívoco, por lo que corresponde delimitar el núcleo de la conducta prohibida para satisfacer la exigencia del principio de legalidad y tipicidad (Patsilí Toledo Vázquez, ob. cit.).-

Para comprender y delimitar entonces su alcance debe acudirse a los instrumentos nacionales e internacionales indicados como así también a los términos utilizados por los miembros informantes en el debate parlamentario en donde se discutió sobre la pertinencia o no de la creación de un tipo penal autónomo para reprimir acciones de esta naturaleza (conf. versión taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación, Período 130°, 16° Reunión - 11° Sesión ordinaria - 3 de octubre de 2012). Allí se hizo hincapié en la necesidad de reconocer esta situación sociocultural de opresión de las mujeres en cuanto estereotipos que las reducen a categorías al servicio del varón que las considera parte de su patrimonio y las castiga cuando no cumple sus expectativas (Senadora Escudero) y se enfatizó la presencia de un componente más que era la discriminación hacia ellas: “*esta condición de subordinación a la que se encuentra sometida la mujer que es producto del femicidio*” (senadora Higonet).-

En esta línea de pensamiento se expidió el Superior Tribunal de Justicia de la ciudad de Formosa al señalar que con este contexto normativo “*se pretende hacer visible la violencia sistemática y generalizada que sufren las mujeres por el hecho de ser tales, para así combatir su aceptación y naturalización cultural*” (Sentencia registrada al Tomo 2013, Fallo 4066, expediente N°66 “Z.S, D, s/homicidio en grado de tentativa”, rta: 6/8/2013. En similar senda, el voto de la Dra. Susana Graciela Kauffman de Martinelli, Corte Suprema de Justicia de Salta, Registro: Tomo 173: 13/30, expte. CJS 35.072/11 - V, rta: 4/2/2013).-

Concluyendo, el art. 80 inciso 11° protege el bien jurídico vida, pero en un contexto particular en el que existe discriminación y una



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)

Juzgado de Instrucción N°17

“M., J. s/ampliación del procesamiento”

relación de poder, de subordinación en el cual el autor incurre en actos de violencia que tienen a la mujer como destinataria. Estos serán parte de los elementos del tipo objetivo, que según su redacción quedan contenidos en la expresión “mediare violencia de género”.-

El evento que aquí se analiza carece de las características desarrolladas. Se trata de un suceso aislado, puntual, en el que la prueba de cargo reunida indica que no estuvo motivado *por* la pertenencia de la víctima al género femenino; ni que la violencia exteriorizada haya sido producto del mantenimiento de una relación de dominación y desigualdad de poder.-

El Sr. Juez de Instrucción destaca que M. violentó la integridad sexual de A. R. *aprovechándose de su superioridad física y de edad*, en que se conocían desde tiempo atrás, en que uno residía en el edificio como encargado y otra como hija de una propietaria, lo que a su juicio “*generó un ámbito específico y un determinado vínculo entre ellos que fue aprovechado por M. para cumplir sus objetivos criminales*” (...) e “*implicó la cosificación de la víctima A. R., pues nadie puede negar que ha tratado a la víctima como un objeto o cosa*” (...).-

No obstante, en virtud de lo desarrollado precedentemente, esos extremos no son suficientes para tener por superado el test de tipicidad.-

La corpulencia del autor que naturalmente le otorga ventajas físicas para doblegar la voluntad de la víctima y neutralizar su eventual resistencia y la circunstancia de que uno fuera encargado y otra hija de la propietaria de la vivienda no parecen ser indicadores válidos que responden a los parámetros y categorías analíticas que se tuvieron en consideración al momento de definir el concepto de violencia de género.-

Por otro lado la preposición utilizada en el inciso séptimo del artículo 80 del catálogo sustantivo “*para*” (preparar, consumir u ocultar otro delito o *para* asegurar sus resultados o procurar la impunidad) sugiere excluir, al menos en este caso de manera clara, la posibilidad de que quien mata con tal propósito, al mismo tiempo tenga en su designio quitar la vida a una mujer “*por*” una cuestión de género.-

Y además, como enfatizara anteriormente, si todo crimen contra una mujer es una cuestión de género, este concepto perdería todo valor simbólico.-

Si prestamos atención a este caso queda claro, a mi juicio, que el término “cosificación” es ponderado por los acusadores cuando aluden al primer tramo de la conducta de M., el cual se subsumió en un delito que afecta la integridad sexual de R. y que, al frustrarse su consumación por su resistencia, nace un nuevo designio criminal en el autor: ***dar muerte para ocultar el delito precedente y procurar la impunidad.-***

En ese contexto el dolo específico del femicidio está ausente ya que no basta, por todos los argumentos vertidos precedentemente, que la víctima sea mujer.-

En consecuencia, **M. habría matado tras pretender satisfacer un deseo sexual para no ser descubierto y no porque mediara una cuestión de género**, lo que excluye la posibilidad de agravar su conducta en los términos del art.80 inc.11° del Código Penal. Por ello, considero que la acción analizada debe ser calificada como abuso sexual con acceso carnal tentado en concurso real con homicidio *criminis causae* (arts.45, 55, 119 tercer párrafo y 80 inc.7° del Código Penal).-

Así voto.-

Voto del Dr. Mario Filozof:

Magüer las ponderaciones que se comparten volcadas en la deliberación y en el voto que antecede, se habrán de efectuar algunas disquisiciones.-

Para estimar la fuerza probatoria del dictamen pericial, más allá de la amplia facultad jurisdiccional, desde la sana crítica se debe tener en cuenta: la competencia de los peritos, la uniformidad de opiniones y los principios científicos en que se fundan.-

Por eso, el discurso defensorista no logra conmover los argumentos de la decisión examinada.-



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)
Juzgado de Instrucción N°17
“M., J. s/ampliación del procesamiento”

Las opiniones de los colaboradores técnicos, el análisis de las razones que sustentan las opiniones divergentes no dejan lugar a dudas en cuanto a que este proceso debe seguir adelante en pos de una eventual etapa más avanzada.-

De todos modos se efectuarán algunas ponderaciones obiter dictum:

La violencia de género, es un concepto elaborado cultural e históricamente.-

La diferencia conceptual sobre "ser" hombre o mujer no es una condición natural, sino una construcción social. Los procesos normativos siempre llegan junto al cambio cultural.-

Debe quedar claro que en la literatura y en el lenguaje jurídico cuando se menciona a la mujer refiriéndose al género se habla de “persona del sexo femenino”.-

Refieren a ello, obras como: Gil Ruíz, Juana María, "Los diferentes rostros de la violencia de género", Dykinson, S.L., Madrid, España, 2007, pág. 51; Larrauri, Elena, "Criminología crítica y violencia de género", Editorial Trotta, Madrid, España, 2007; Osborne Raquel, “Las agresiones sexuales” Capítulo I de la obra “Violencia contra la Mujer” Universidad nacional de Educación a distancia, Madrid, España, 2001, p.19, entre muchas otras.-

Textos que explican acabadamente los alcances de la “violencia de género”.-

La violencia misógina surgida por las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujer y hombre, tal como plantea la Convención de Belem do Pará, hoy tiene un castigo específico. El desprecio, el placer o el profundo **sentimiento de propiedad sobre la mujer víctima**, que

deriva en un resultado fatal tiene un tratamiento jurisdiccional diferenciado a través de la figura penal en examen.-

La violencia, el **acoso sexual** o laboral, la explotación **sexual**, la **violación**, son algunas de las maneras en las que se manifiesta este fenómeno que tiene el mismo sustrato, la **reducción de la mujer a la condición de objeto**, la desestimación de su libertad y sus intereses. Se omite su condición de igual como ser humano.-

Tales conductas contra la mujer revelan cobardía y el femicidio o feminicidio está presente cuando aparece la **violencia sexista**. Es el asesinato cometido por un hombre hacia una mujer con quien se pretende tener **sexo sin su consentimiento, la considera de su propiedad por el hecho de ser él hombre y ella mujer**.-

El homicidio de mujeres, por el hecho de serlo, es visto por las investigaciones producidas en América Latina (Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos) como la muerte violenta por razones de género.-

Dentro de sus especies se observa al femicidio no íntimo: es el que ocurre por amigos, vecinos, conocidos y aún desconocidos. Esto es, cuando se **ataca sexualmente a la víctima antes de matarla**, a sabiendas de la superioridad física. Nada más parecido a lo que se desprende de este sumario.-

La Declaración sobre la eliminación de la Violencia contra la Mujer ratificada por las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993 define la violencia contra la mujer como “(...) *todo acto (...) basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado **un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico** para la mujer, su **privación ilegal de la libertad**, tanto si se producen en la vida pública como en la privada (...)*. Las Naciones Unidas reconocen tal acto como “(...) *un grave atentado contra los derechos humanos (...)*”.-

La Reforma Constitucional de 1994, ha elevado a jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)
Juzgado de Instrucción N°17
“M., J. s/ampliación del procesamiento”

ingles), el que resulta un pacto internacional fundamental en lo que hace a la violencia de género (ver por ejemplo su artículo 7°).-

La Recomendación General nro. 19 emitida en 1992 por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer refleja “(...) la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre (...)”.-

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la mujer más conocida como “Convención de Belem do Pará” (adhesión por Asamblea General de la Organización de Estados Americanos del 9 de junio de 1994 ratificada por nuestro país el 5 de julio de 1996 Ley 24.632) coloca en su lugar de igualdad a la persona de sexo femenino.-

La ley N°26.171 de aprobación del protocolo facultativo de la Convención sobre eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Ley 26.485 son un paradigma jurídico a los efectos del tema tratado.-

En igual sintonía, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “(...) Los delitos que son incluidos en el concepto de violencia contra la mujer constituyen una violación de los derechos humanos de acuerdo con la Convención Americana y los términos más específicos de la Convención de Belém do Pará (...), el uso de la violencia contra la integridad física y/o mental de una mujer o un hombre son responsabilidad directa del Estado (...)” un acto de violación puede acarrear responsabilidad estatal “no por el acto mismo, sino por la falta de debida diligencia para prevenir la violación o responder a ella como requiere la Convención”.-

En idéntica dirección, nuestra Carla Magna incorporó el inciso 23 al artículo 75, que establece: *"Corresponde al Congreso: Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes*

sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".-

Entre las normas internacionales que comprometieron a nuestro país, se encuentran: las Reglas de Brasilia; la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida como "La Carta Magna de las Mujeres", adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (1979); la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, sobre los derechos humanos de las mujeres (1993); la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Resolución 48/104 de la Asamblea General de Naciones Unidas (1993); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belem do Para" de la Organización de Estados Americanos (1994); Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo (1994); la Declaración y Plataforma de Acción de la VI Conferencia Mundial de la Mujer, capítulo D "La violencia contra la mujer" (1995); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Asamblea General de Naciones Unidas (1999).-

No es posible omitir el "Protocolo a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer", adoptado por la Asamblea de la Unión Africana el 11 de julio de 2003 en Maputo (Mozambique) y la "Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer" -Declaración y Plataforma de Acción de Beijing-, de 1995.-

El término "femicidio" fue utilizado ya en el año 1976, ante el Tribunal Internacional de Crímenes contra Mujeres, instalado en la ciudad de Bruselas, destacó que apresa una matriz indiscutidamente cultural y la definió como la forma más expresiva de violencia pues ubica a la mujer en un lugar de absoluta desventaja.-



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)
Juzgado de Instrucción N°17
“M., J. s/ampliación del procesamiento”

Así este injusto, incorporado al Código Penal trata el crimen cometido en razón de género de manera que la violencia machista tenga, como pena, la prisión perpetua.-

Es una respuesta a "una de las formas más extremas de violencia hacia las mujeres; es el asesinato cometido por un hombre hacia una mujer, agrediéndola por ser tal. Una cuestión cultural le hace considerarla de su propiedad. Se le denomina también feminicidio *"al asesinato de mujeres por hombres, motivado por el odio, desprecio, **placer o sentido de posesión hacia la mujer**"* (ver del T.O.C. 9, causa N°3674 “Corina Nidia Beatriz Fernández” del 8 de agosto de 2012).-

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Salta en los autos caratulados “C.c. Vidaurre Sandro s/recurso de casación” (expediente N° CSJ 35.072/11 del 4 de diciembre de 2013) y la confirmatoria de la sentencia de la Cámara en lo Criminal del Distrito judicial de Orán refiriéndose al homicidio de M.L.P. prestó especial atención a la víctima del delito, la mujer, equiparándola con la protección internacional de los derechos humanos y el debido control de la convencionalidad (ver *mutatis mutandi* Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Mazzeo, Julio Lilo” del 13 de Julio de 2007, considerando 21, caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis” del 27 de diciembre de 2012, considerando 12).-

Refuerza lo que se viene desarrollando la historia legislativa. Así la Ley 25.087 -sancionada el 14 de abril de 1999 y promulgada el 7 de mayo del mismo año- (B.O. nro. 29.147, de fecha 14 de mayo de 1999), sustituyó el Título III, del Libro Segundo del Código Penal - "Delitos contra la honestidad", por el de "Delitos contra la integridad sexual", así modifica el otrora bien jurídico protegido. Desde su sanción se protege la **integridad sexual** de la persona.-

Respecto de la discusión parlamentaria hago remisión a “Edgardo Alberto Donna, Revista de Derecho Penal, Doctrina- Jurisprudencia

-Actualidad, Culpabilidad: nuevas tendencias - 1, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires 2013, 1° Edición, págs. 513/519” y las referencias al discurso de las Senadoras Escudero y Riofrío.-

La voluntad del legislador fue *“establecer una perspectiva de género en la mirada de la legislación argentina” “considerar la fragilidad y vulnerabilidad de la mujer en notable cantidad de situaciones y de ámbitos” “otorgarle visibilidad a la problemática”.-*

En esa inteligencia el inciso 11 del artículo 80 del cuerpo sustantivo criminal es la columna vertebral y última reforma. Incorpora a nuestro ordenamiento penal el delito de femicidio o feminicidio.-

A la luz de lo normado, el sujeto pasivo del delito sólo puede ser una mujer, y el sujeto activo sólo puede ser un hombre.-

Para encuadrarse en esta norma no basta la muerte de la mujer en manos de un hombre, sino que para que se tipifique debe mediar violencia de género.-

Ni más ni menos que las agresiones contra la mujer sean previas al homicidio, antes de llegar a la violencia última: la muerte.-

Tal violencia debe enmarcarse dentro del concepto de género.-

Para aplicar este agravante no se consideran la extensión o intensidad de la violencia ejercida (insultos, agresiones), mientras haya sido efectivamente cuanto menos iniciada.-

Se verifica además el ámbito de protección del bien jurídico tutelado: la vida y el derecho a la igualdad de la mujer.-

La Ley 26.791 proyecta en el artículo 80 del Código Penal que los delitos allí contemplados revisten mayor gravedad porque, además de atentar contra la vida humana, vulneran también la prohibición de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)
Juzgado de Instrucción N°17
“M., J. s/ampliación del procesamiento”

discriminación e igualdad de trato garantizado por nuestra Constitución Nacional, generando un mayor daño individual y colectivo.-

Esto es, se protege a la mujer de la **violencia, en especial la física**, por la fragilidad -no en términos absolutos-, del sexo femenino, aún cuando no medie con el agresor vínculo alguno.-

Las normas referidas fueron el fundamento del legislador al momento de describir la conducta sancionable con el basamento que la discriminación estructural es consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles.-

Incluye tal concepto todo acto de violencia por la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un **daño o sufrimiento físico, sexual** o psicológico para las mujeres inclusive la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada.-

A nivel internacional, puede decirse que, en España, la Ley orgánica 1-2004 medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, establece que se considera violencia de género:

Violencia física: cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer.-

Violencia psicológica: toda conducta, verbal o no verbal, que produzca en la mujer desvalorización o sufrimiento a través de humillaciones o vejaciones, exigencia o sumisión o limitaciones de su ámbito de libertad.-

Violencia sexual y abusos sexuales, que incluyen cualquier acto de naturaleza sexual forzada por el agresor o no contenida por la mujer, abarcando la imposición, mediante la fuerza o con intimidación, de relaciones sexuales no consentidas, y el abuso sexual.-

En Guatemala se cuenta con una ley especial que aborda el femicidio (Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la Mujer de Guatemala). El Decreto 22-2008 del 2 de mayo de 2008, art 6 inc. “e”: el **menosprecio del cuerpo de la víctima** para satisfacción de **instintos sexuales** o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier tipo de mutilación.-

El Salvador define “violencia feminicida” (Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres) Decreto 520, del 25 de noviembre de 2010, Título II Delitos y Sanciones, Artículo 45 feminicidio: *“existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias: d- que previo a la muerte de la mujer el autor hubiere cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la **libertad sexual**”*.-

Con base en el bien jurídico tutelado: la vida y el derecho a la igualdad de la mujer, la norma en tratamiento pretende tutelar toda violencia sexista.-

Preventivamente se pretende (ver discusión parlamentaria) vayan desapareciendo las mujeres asesinadas por violencia de género y va de suyo esa noción de que las mujeres son un bien disponible para varones, a merced de sus **deseos o sus impulsos**.-

Entonces, la letra de la ley, su historia, la intención del legislador, son pautas que concluyen se está en presencia de un claro ejemplo de violencia de género.-

En estos actuados está probado holgadamente en lo que, a términos provisorios se refiere, existió una **agresión sexual previa a la muerte**; la menor fue utilizada como objeto, pues aún su resistencia se la agredió desde la diferencia de edad, físico, y fuerza, hasta lograr su muerte.-

Puede sostenerse en este estadio que M. vio frustrado su acceso carnal sobre la menor; aplicó violencia física contra la resistencia de la víctima y en ese contexto le quitó la vida.-



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)
Juzgado de Instrucción N°17
“M., J. s/ampliación del procesamiento”

Este ejercicio de violencia por pertenecer al género femenino, fue un ataque sexual apoyado en desigualdad y concepto equivocado de dominación de la especie.-

Lo actuado impone aplicar al caso el injusto que prevé el artículo 80 inciso 11 del Código Penal.-

Las evidencias de autos acreditan la violencia de género, a lo que debe adicionarse que en la audiencia en la defensa prácticamente no cuestionó las calificaciones, y su lacónico alegato sobre ello no logró conmover lo decidido por la instancia anterior. Por consecuencia y amén de lo expresado más arriba propongo se confirme lo decidido permitiendo en un futuro un mejor y adecuado derecho de defensa.-

Los tipos escogidos por el colega cuya decisión se encuentra en Alzada podrán ser evaluados con mayor amplitud de progresar a otra etapa más avanzada (artículo 401 del Código Procesal Penal de la Nación).-

Así voto.-

Voto del Dr. Ricardo Matías Pinto:

1. Adhiero en lo sustancial al primer voto en el sentido que el agravio vinculado a la valoración de la prueba de la ampliación del objeto procesal por el delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de conato resulta ajustado a las constancias del sumario.

En este sentido, se advierte una valoración razonable del informe pericial confeccionado por los especialistas médicos de la junta médica quienes dictaminaron que *“las lesiones descriptas en dorso de manos, cara interna de rodilla izquierda y cara interna de ambos muslos, son compatibles con lesiones de tipo defensivo”* y *“las lesiones descriptas en la zona paragenital y las mencionadas como de tipo defensivo, son compatibles con las observadas en las agresiones sexuales”* (fs.3957).

El agravio de la parte respecto de la ausencia de un estudio histopatológico no puede tener recepción por cuanto la pericia estableció que *“el estudio de las partes blandas y óseas de los cuatro miembros, ha*

comprobado signos de vitalidad, en la piel (equimosis) de cara interna de rodilla izquierda (confirmación histopatológica); cara interna de raíz de muslo izquierdo -ingle- (confirmación histopatológica); cara interna de ambos muslos (durante la revisión del caso y con el apoyo iconográfico de ambas peritaciones); dorso de manos (durante la revisión del caso y con el apoyo iconográfico de ambas peritaciones)” (ver fs. 3951).

Por último, la cuestión vinculada a la presencia de “neuronas rojas” aludida en la audiencia por la defensa ya ha merecido la debida explicación por parte de la junta médica en su anterior intervención y fue valorada por el Tribunal oportunamente. Detallaron los forenses a fs. 3383/4, puntos 47 y 48 del dictamen, que la *“presencia de “neuronas rojas” es atribuible a fenómenos de tipo anóxico-isquémicos de instalación aguda y son el sustrato histomorfológico de muerte neuronal. Sobre esta base no es posible asimilar el término médico legal agonía al término neurona roja, tanto para el concepto de agonía como para la duración del período agónico”*. Por lo cual, la queja relacionada a esta conclusión, sin brindar sustento científico que desacredite la opinión de los expertos no puede ser admitida.

| Por estas razones, el agravio presentado por la defensa a la pericia no puede prosperar por cuanto en este estado preliminar del proceso aparecen como verosímiles y lógicas las conclusiones del material analizado sin que se adviertan motivos para apartarse de su fundamentación (criterio expresado por esta Sala en la causa “Celasco, Luis Gustavo”, rta.31/7/12).

2. Corresponde analizar el gravamen de la parte por la calificación legal, en tanto cuestionó la tipificación de la conducta como un abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, y aplicación del agravante previsto en el art. 80 inc. 11° del C.P. La defensa alegó que no concurrían los elementos para sostener un intento de acceso carnal por no poderse probar que las lesiones en muslos y el dorso de las manos fueran vitales. Alegó que tampoco estaba demostrado que la muerte haya sido el producto de una cuestión de género.

a. Planteado el recurso en esos términos y limitado el conocimiento de la cuestión dado el marco del art. 454 del ordenamiento procesal, adhiero a lo expuesto en el voto que lidera el acuerdo en cuanto que la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)

Juzgado de Instrucción N°17

“M., J. s/ampliación del procesamiento”

calificación respecto del primer tramo del hecho investigado constituye un abuso sexual agravado por ser con acceso carnal tentado. Resulta razonable concluir a partir de la prueba colectada, y en especial del informe de la junta médica, que detalló las lesiones vitales constatadas en los muslos de la joven víctima y en el dorso de las manos, que éstas resultan compatibles con el inicio de actos tendientes a realizar un abuso sexual de ésta con el claro designio de accederla carnalmente. En este aspecto, el móvil buscado por el acusado a partir de las constancias del legajo es dable ponderarlo como uno de índole sexual. En suma, más allá de la intención del autor, se verifican actos que objetivamente aparecen encaminados hacia el abuso sexual agravado (D'Alessio, Director, *Código Penal Comentado*, 2° ed. Ed. La Ley, Bs. As., T. II, p. 252). Se comparte la postura de la doctrina médico legal en tanto que en los casos de violación seguida de muerte las causas más frecuentes son entre otras la asfixia mecánica. Se sostiene como pauta indicativa de estos crímenes que las lesiones paragenitales se observan en la cara interna de los muslos, abdomen inferior y periné, y son producidas por la separación violenta de los muslos de la víctima, y por las tentativas de penetración genital del agresor contra su víctima que se resiste (Raffo, Osvaldo, *Tanatología. Investigación de homicidios*, Ed. Universidad, Bs. As. p. 314 y siguientes y Patitó, José Angel; *Manual de Medicina Legal*, 1° ed. Librería Akadia Editorial, Bs. As., p. 199). En los delitos de índole sexual el especialista médico examina y descarta lesiones que muestren maniobras de defensa por parte de la víctima, y se debe analizar debajo de las uñas dado que allí es posible encontrar restos epidormoides del autor (Vázquez Fanego, Héctor; *Investigación médico-legal de la muerte. Tanatología forense*, ed. Astrea, Bs. As. 2003, p. 417 y siguientes). Estas consideraciones de la doctrina médica se compadecen con los hallazgos de lesiones vitales en la damnificada, y de su ADN en las uñas del procesado todo lo cual le brinda sustento a la hipótesis de los acusadores y amerita confirmar el auto recurrido.

b. En relación a la aplicación del agravante prescripto en el art. 80 inc. 11° del C.P. estimo que se adecua a las constancias de la

investigación, y por las razones que paso a detallar comparto la solución propuesta por el Juez Filozof en esta cuestión.

En este aspecto el concepto previsto en la norma en cuestión, en tanto requiere que el homicidio sea cometido “*a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género*” (inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012), debe ser evaluado como a la luz del principio de legalidad de forma tal de precisar y delimitar el elemento normativo del tipo penal configurado por el concepto de “violencia de género”. A estos fines debe recurrirse a la normativa que le ha dado origen, “*La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belém do Pará"*”, ley 24.632 en tanto delimita las obligaciones estatales tendientes a prevenir y castigar los actos de violencia contra las mujeres (arts. 75 incs. 22 y 23 de la C.N.).

En este sentido la violencia de género debe ser evaluada a partir de lo previsto en el art. 1° de la Convención que dispone 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.*” Además el art. 2 detalla que se entiende como violencia contra la mujer e incluye la violencia física. El inciso a) del art. 2° explica que la violencia debe tener 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 la violación, maltrato y abuso sexual. El inciso b) alude a la violencia que tiene lugar en la comunidad por cualquier persona y que comprende entre otros la violación, el abuso sexual en el lugar de trabajo, como en instituciones educativas, establecimientos de salud o *cualquier otro lugar*.

La aplicación de las normas de esta convención debe ser puesta en consideración en la interpretación de la ley de acuerdo a las obligaciones estatales previstas en el art. 7. inc.b) que prescribe: “*Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)

Juzgado de Instrucción N°17

“M., J. s/ampliación del procesamiento”

a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.”

Tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la violencia de género en el caso “Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, Párrafo 193, que “*En casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección*”.

Por último debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 9 de la Convención en tanto se debe tener en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia en casos de menores. En este sentido surge de la norma que “*para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de emigrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad (...).*”

Al evaluar la aplicación de este agravante al caso en estudio a la luz de las normas reseñadas se advierte que se comprueba una situación de violencia de género vinculada a la relación interpersonal entre las partes, y por cuanto el delito de homicidio fue cometido cuando el autor realizaba actos que implican una violencia de género en sí misma por el grado de sometimiento y humillación del abuso sexual reprochado.

En este aspecto la recomendación nro. 19 de las Recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la O.N.U. establece que *“El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia.”* Estas recomendaciones permiten analizar la *“Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer”* que tiene jerarquía constitucional en función de lo previsto en el art. 75 inc. 22 de la C.N.

La cuestión debe ser evaluada considerando que el legislador considera que hay ciertas acciones que son más graves, porque son expresión de una desigualdad y de una situación de abuso de poder, de una situación de discriminación en que se encuentran muchas mujeres (Tribunal Constitucional español nro. 59/2008 14/5/2008; citado en Toledo Vázquez, Patsilí; *Feminicidio*, Consultoría para la oficina en México del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 71.).

En este supuesto existe un plus de injusto o mayor antijuricidad que justifica la agravación de la pena al reconocer una situación de discriminación contra las mujeres en cuya erradicación se encuentra comprometido el Estado a partir de la adscripción de los tratados de derechos humanos reseñados. (Toledo Vázquez, Patsilí, ob. cit., p. 72). Puede evaluarse que las normas previstas por la ley 26.791 constituyen acciones de discriminación inversa -acciones positivas- en función de la protección de los



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)
Juzgado de Instrucción N°17
“M., J. s/ampliación del procesamiento”

miembros de un grupo social para sancionar la desigualdad que se presenta. (ver Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, 1992, p. 424)

De acuerdo a la situación probada el imputado abusó sexualmente con intención de acceder carnalmente a la joven y luego le dio muerte en este contexto. El indagado realizó el acto sobre la menor a la cual conocía, y con quien tenía un trato diario y cotidiano. De esta forma, el ámbito de desarrollo de sus relaciones interpersonales no era familiar o laboral en relación de dependencia, pero tenía una característica que supera una relación social casual dado el lugar en el cual se desplegaba en donde el imputado trabajaba como portero en el edificio en el cual vivía la víctima. Especialmente debe considerarse que la afectación a la integridad física de la joven se produjo en el contexto del abuso sexual agravado, y por ello la muerte de ésta constituye una conducta atrapada mediando violencia de género.

El abuso sexual agravado por el acceso carnal tentado demuestra un acto de sometimiento y humillación que permite considerar que el homicidio cometido en ese contexto constituye violencia de género. (art. 2 inc. b) de la “Convención de Belém do Pará”). El accionar del imputado fue realizado para doblegar y someter a la víctima aprovechándose de la situación de vulnerabilidad de ésta dada su condición de mujer menor de edad (Art. 9° de la Convención citada). Esta interpretación permite aplicar la Convención y precisar el alcance del elemento normativo previsto en el agravante en cuestión. La afectación a la libertad de determinación en la sexualidad de la damnificada constituye un acto de violencia en el contexto de un abuso de poder específico por la desigualdad estructural que se presentaba.

La conducta es dolosa por cuanto se advierte que actuó con conocimiento y voluntad de realización en las circunstancias descriptas. Por último, se puede interpretar la norma en forma tal de delimitar los otros supuestos de violencia de género cuando sea consecuencia de una relación de pareja en el supuesto del inc. 1° del art. 80, y cuando el móvil del autor del homicidio esté constituido por el género nos encontraríamos en el apartado 4°

del art. 80 del Código Penal. Por ello la hipótesis analizada sería subsidiaria pues no llega a configurar los otros supuestos expuestos (ver Asturias, Miguel, Coordinador, *Código Penal. Comentado y Anotado*, Ed. Cathedra, Buenos Aires, 2013, T. 2, p. 62). También se advierte que este supuesto se encuentra en un concurso aparente con el tipo penal prescripto en el art. 124 del Código Penal que resultaría una figura subsidiaria a las analizadas pero que tiene idéntica penalidad, por lo cual dada la provisoriedad de las calificaciones legales en esta etapa la cuestión deberá ser evaluada oportunamente.

Por último, comparto con el primer voto en el sentido de que se presenta el agravante prescripto en el art. 80 inc.7° por cuanto se ha demostrado en forma clara que el imputado le causó la muerte a la joven con el claro designio de ocultar el delito cometido y para procurar su impunidad._

En suma, sin perjuicio de la calificación que en definitiva corresponda a la luz del principio previsto en el art. 401 del C.P.P.N. y limitado por el marco del recurso interpuesto vinculado a los aspectos cuestionados adhiero en lo sustancial -en lo pertinente- a los votos de mis colegas en tanto debe confirmarse la resolución cuestionada sin perjuicio de la tipificación legal que el curso del proceso permita tener por comprobada en su caso.

Así voto.

IV.-) De la prisión preventiva:

Los peligros procesales mensurados en la anterior intervención y que motivaron la confirmación de la imposición de la medida cautelar no han dejado de estar vigentes. Por el contrario, su situación procesal se ha agravado a la luz de la nueva prueba de cargo incorporada y la escasa motivación del recurrente no logra conmover la decisión de la instancia anterior.-

Por lo expuesto, la decisión del Sr. Juez de la instancia anterior de mantener la prisión preventiva es ajustada a derecho y a los términos del art.312 inc.1° del Código Procesal Penal de la Nación.-

En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 29907/2013/CA5

Interlocutoria Sala VI (1)
Juzgado de Instrucción N°17
“M., J. s/ampliación del procesamiento”

I.-) Confirmar el punto 1 del auto de fs.4307/4341 en todo en cuanto fuera materia de recurso.-

II.-) Confirmar el punto 2 del citado decisorio en cuanto mantuvo la prisión preventiva.-

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordada N°15/13 CSJN), a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara.-

Devuélvanse las presentes actuaciones al Juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.-

Mario Filozof

-por su voto-

Julio Marcelo Lucini

-en disidencia parcial-

Ricardo Matías Pinto

-por su voto-

Ante mí:

Cinthia Oberlander

Secretaria de Cámara

