

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-05037523-9/1((018601-40710))

QUERELLANTE Y F. C/ ZURITA ABREGO JESUS M. Y ALCARAZ
PEREZ MARIA FERNANDA P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO
(40710/18) (40710) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

105203365

En Mendoza, a los once días del mes de septiembre del año dos mil veinte, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-05037523-9** caratulada “**FC/ZURITA ABREGO JESÚS MANUEL Y ALCARAZ PÉREZ MARÍA FERNANDA P/CASACIÓN**”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. OMAR A. PALERMO**, segundo **Dr. MARIO D. ADARO** y tercero **Dr. JOSÉ V. VALERIO**.

A fs. 820/831vta. | la defensa oficial de María Fernanda Alcaraz Pérez, promueve recurso de casación en contra de la sentencia n° 944, de fecha 18 de octubre de 2.019, obrante a fs. 819 y sus fundamentos vertidos oralmente en audiencia de debate, en tanto se condenó a la nombrada a la pena de diecinueve años de prisión como partícipe necesaria del delito de abusos sexuales simples agravados por la convivencia y por ser encargado de la guarda en concurso real (reiterados en un número indeterminado de hechos) en concurso real con abusos sexuales con acceso carnal en concurso real (dos hechos) agravados por ser encargado de la guarda y la convivencia preexistente en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por la situación de guarda y convivencia (arts. 119 primer párrafo en función con el quinto párrafo letra b y f, 54, 125 tercer párrafo, 45 segundo supuesto, 12 y 29 inc. tercero del Código

Penal).

El pronunciamiento fue dictado por Sala Unipersonal del Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos n° P-40710/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis tuvo por probado que: *«En fecha no determinada, pero aproximadamente entre el mes de enero y mayo de 2018, Jesús Manuel Zurita Abrego en reiteradas oportunidades abusó sexualmente de la menor Valentina Micaela Montenegro, de 11 años de edad, hija de su pareja María Fernanda Alcaraz Pérez, con la cual convivió en el domicilio ubicado en la calle Las Heras n° 732 de la localidad de Eugenio Bustos sito en San Carlos, Mendoza. El primer episodio se produjo en horas de la noche en momentos que la señora Alcaraz se había retirado de la vivienda para dirigirse al departamento de Rivadavia dejando a Valentina Montenegro junto a sus cuatro hermanos al cuidado de Zurita, ahí es cuando la menor dice que la violó, en la Cámara Gesell. Luego a mediados del mes de enero del mismo año en horas de la madrugada en momentos en que la niña había vuelto del baño a acostarse en su cama, tras quedarse dormida Jesús Manuel Zurita Abrego, se le subió nuevamente encima, le bajó los pantalones cortos y la penetró por la vagina. Dichos episodios fueron perpetrados por el señor Zurita en el domicilio donde convivían accediéndola en forma vaginal y anal incluso en presencia, alguno de*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

estos abusos de una hermana menor. Abordando a la niña en distintas oportunidades en el suelo del dormitorio, manoseándola cuando la misma limpiaba el baño, o incluso espiando a la menor cuando la misma se estaba duchando y como consecuencia Valentina Montenegro quedó embarazada manteniendo la gestación de aproximadamente dieciocho semanas. Asimismo tales sucesos sucedieron gracias a la indiferencia y despreocupación demostrada por la ciudadana María Fernanda Alcaraz Pérez que también hizo actos materiales tendientes a facilitarle desde el punto de vista técnico jurídico, promover la corrupción de su hija menor, prestándole la cama con el cambio de cama, para que el que empezó siendo novio de ella pasara a tener relaciones sexuales con su hija, sabiendo ella, prestándoles el lugar para que lo hicieran» (registro audiovisual del día 18/10/19 a partir de la hora 1:39:50).

Para así decidir el juez de sentencia valoró las testimoniales prestadas en audiencia de debate por: la Lic. Etelvina Nuñez; la Lic. Roxana Paola Romero; el Lic. Ángel Alberto Valenzuela; Gabriela Marisol Bordón Nuarte; la Dra. Claudia Gómez; el Dr. Cristian Ordovini; las testimoniales prestadas en la investigación penal preparatoria por María Eugenia Farías; Matías Coronel Martínez; Víctor Ortiz; Noelia Carrizo; informes del Lic. Bertello, del Dr. Chambella; de la Lic. Pelaia; del Dr. Marino; del Dr. Herrera Mingorance; de Carlos Coronel; Marta Zapata; las declaraciones prestadas en audiencia de debate por los imputados Zurita y Alcaraz, como también el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

2.- El recurso de casación

La defensa oficial de María Fernanda Alcaraz Pérez formula recurso de casación a tenor del art. 474 inc. 2 del CPP, por entender que se han inaplicado normas que el código procesal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad.

Refiere que no se ha observado lo dispuesto en los arts. 403, 416

inc. 3 del código de rito y no se ha cumplido lo prescripto por los principios nucleares del proceso penal mendocino, esto es: progresividad y preclusión, congruencia, imparcialidad del juez y reglas del sistema acusatorio adversarial.

Considera que la sentencia padece de defectos en su motivación que le impiden erigirse como acto jurisdiccional válido por haberse transgredido en ella reglas procesales y principios que la revisten de apariencia fundada, manifestándose el vicio de arbitrariedad y en consecuencia resulta nula.

Afirma que se no se observó lo prescripto por el art. 403 del CPP cuando el sentenciante admitió prueba nueva (art. 403 del CPP) no solicitada por los acusadores. Explica que durante el debate el juzgador admitió un pedido de nueva prueba que no fue solicitado por las partes y aún en contra de la expresa mención del Ministerio Público Fiscal de que no se trataba de nueva prueba.

Explica que durante el debate se presentó a declarar Gabriela Bordón –Técnica en Minoridad y Familia– del equipo de trabajo del E.T.I. (antes Oal). Al declarar el Fiscal en Jefe le exhibió constancias de fs. 38 y ss –copias simples de actas de intervención del expte. Administrativo del Oal–; minutos más tarde el representante de la Fiscalía advirtió que había olvidado ofrecer la prueba instrumental en original o copias certificadas por lo que solicitó al juez la remisión urgente de los originales de las copias que obran en el expte. de fs. 38 y siguientes, enmascarando su omisión de ofrecerlas oportunamente. Refiere el recurrente que en el afán de suplir dicha omisión señaló que del debate surgía la necesidad de incorporar los mismos pero que no se trataba de nueva prueba. Señala que se opuso a dicha remisión en atención a que no fue ofrecida oportunamente como prueba instrumental en la audiencia preliminar llevada a cabo.

Cuestiona que el juez al resolver no tan solo aplicó el art. 403 del CPP, resolución claramente *extra petita* que viola los principios de contradicción y del sistema acusatorio adversarial ya que no fue solicitado en dicho carácter por el fiscal, sino que además ordenó incorporar no solo las copias solicitadas sino

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

todo el expediente Administrativo por resultar favorable a la teoría del caso de la fiscalía y por resultar con mayor poder convictivo que las copias simples.

Entiende que estas irregularidades vulneran la *imparcialidad* del juzgador ya que el juez de sentencia no hizo más que suplir el accionar deficiente de la Fiscalía y la querrela al momento de ofrecer prueba en el momento procesal oportuno. Añade que se agravia porque la petición tuvo amplia acogida en el juzgador con un rotulo distinto al pretendido pero acogido al fin.

Agrega que el agravio no reside solamente en la incorporación de ese medio de prueba, sino que fue utilizado en gran medida por los acusadores al efectuar sus conclusiones finales, y por el sentenciante al fundar citando fojas y fragmentos de sendas actas de intervención.

Afirma que el sentenciante vulneró el principio de imparcialidad del juez y el de congruencia (art. 416 inc. 3 del CPP). Manifiesta que el juez de la causa se encuentra en posición de sujeción a lo expresado por las partes, independientemente de que haga uso del principio *iura novit curia*. Considera que perjudica a su defendida el hecho de que el juez valoró en extremo la circunstancia de que aquella brindó su cama matrimonial a la menor víctima de autos para compartirla con Zurita.

Agrega que al momento de los alegatos los acusadores no podían valorar ese aspecto ya que estaba comprendido en una testimonial que no fue incorporada como prueba –relativa a una testimonial en cámara Gesell de una hermana de la víctima–.

Agrega el recurrente que el tratamiento del dato en cuestión llevó al juez a efectuar una serie de razonamientos como descartar una calificación más benigna. Además, este pormenor fue utilizado por el juzgador para cambiar la calificación legal de los delitos atribuidos, así mutó la facilitación de la corrupción a la promoción de corrupción al ponderar la mencionada cesión de la cama matrimonial como una prueba grave y contundente en contra de su pupila. Agrega que el juez no explica de qué elemento probatorio obtuvo dicha información y

señala el defensor que no existía medio probatorio independiente del que surgiera esa circunstancia fáctica.

Así entiende que el juez violó palmariamente tanto los principios del sistema acusatorio adversarial como lo dispuesto en el art. 416 inc. 3 del CPP puesto que si los acusadores no incluyeron valoración y mención a ese dato mal puede el sentenciante utilizarlo como punto de apoyo para motivar su acto sentencial. Ello no solo por violar las reglas del sistema acusatorio adversarial sino por tornar al fallo carente de nexo lógico entre las pruebas rendidas en el debate y lo alegado por las partes y las conclusiones a las que llegó el juez.

Formula reserva del caso federal.

3.- La vista de la Asesora de Menores

A fs. 851/854 se expide la Asesora de Menores en su carácter de querellante particular por la víctima Valentina Montenegro. Analiza los agravios formulados y solicita se rechace el recurso de casación promovido.

Refiere que no es cierto que la prueba no fuera solicitada por las partes, que la prueba fue requerida por la propia defensa de los imputados tal como surge de fs. 278 *in fine* de autos. Por ello entiende que no ha existido violación al principio de contradicción y sistema acusatorio adversarial ya que la parte también estaba en conocimiento del ofrecimiento de la prueba. Además, entiende que el contradictorio pudo ejercerse ampliamente en el momento del debate donde los defensores pudieron controlarla y controvertirla.

En relación al segundo agravio esgrimido señala que en los delitos contra la integridad sexual los tribunales suelen tener un criterio más amplio en la valoración de la prueba, cita jurisprudencia y entiende que es precisamente eso lo realizado por el juzgador al fundar su decisión, ha valorado cada uno de los elementos con que contó en el juicio sin valerse de la prueba que él mismo decidió invalidar. Considera que en la causa existen elementos que permiten concluir con

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

certeza en la participación, aval y consentimiento de la madre respecto de las conductas abusivas de Zurita.

Señala que a esos efectos el juez valoró la declaración de la Lic. Etelvina Núñez; la inspección ocular del lugar del hecho; la existencia de las cartas pegadas a la pared; el relato de Jesús Montenegro corroborado por el testimonio del Dr. Ordovini; la declaración del Lic. Valenzuela; la declaración de Alcaraz; la declaración de la auxiliar del Oal Gabriela Bordón; las declaraciones de Eugenia Farías; el secuestro de cartas de fs. 285/287 y la pericia caligráfica de fs. 599/607; declaraciones de testigos como Marcelo y Matías Coronel, Ortiz Molina y Carrizo.

En su opinión ese cúmulo de pruebas permitió al juzgador llegar a la conclusión condenatoria y a la calificación de los hechos cumpliendo acabadamente con lo dispuesto por el art. 416 del CPP y la doctrina.

Tampoco considera que se dé la invocada violación al principio de congruencia ya que la base fáctica que dio origen a la decisión no ha sido modificada a lo largo del proceso.

Por los motivos expuestos entiende que el recurso es improcedente y se impone su rechazo.

4.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 858/860 se expide el Procurador General. Luego de examinar los agravios promovidos considera que el recurso no resulta procedente en lo sustancial.

Señala que el sentenciante durante el desarrollo del debate hizo lugar al pedido del representante del Ministerio Público Fiscal respecto a la solicitud de remisión legajo original y brindó motivadamente las razones por las que entendía corresponda acoger la petición.

Señala el Procurador General que la intervención del Juez fue imparcial y ajustada a derecho, de modo que no le asiste razón a la defensa en cuanto sostiene que la incorporación de ese elemento no había sido solicitada por las partes y que de la grabación de la audiencia del 17 de octubre surge que fue petitionado por el Fiscal, acogido por el sentenciante conforme los principios del sistema acusatorio adversarial. Agrega que en el expediente se encuentran agregadas copias simples de las actuaciones y fueron ofrecidas como prueba, que la Lic. Bordón al declarar en el debate, reconoció la firma de Eugenia Farías en el acta de intervención de fs. 38 y el Tribunal estuvo en condiciones de efectuar el mérito sobre su valor convictivo.

Señala que aún así de suprimirse mentalmente el legajo administrativo el resultado habría sido el mismo ya que la materialidad del hecho y la participación de Alcaraz quedó acreditada por el resto del plexo probatorio.

En segundo lugar, señala que el juez no valoró la declaración de Ana María Alcaraz en Cámara Gesell. En su lugar el *a quo* se refirió a otros medios probatorios que si contenían los dichos de Ana María Alcaraz. Estima que tampoco procede el segundo agravio tratado.

Aconseja el rechazo del recurso casatorio y la convalidación de la sentencia impugnada.

5.- La solución del caso

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido por la defensa técnica de María Fernanda Alcaraz Pérez, anticipo mi opinión en el sentido de que aquél debe ser acogido y, en consecuencia, la sentencia condenatoria y el debate –sólo en relación a la recurrente– deben ser anulados. Veamos.

De forma preliminar debe señalarse que en esta causa resultaron condenados Jesús Zurita Abrego y María Fernanda Alcaraz, ambos a la pena de diecinueve años de prisión. El primero como autor de los delitos de abusos

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

sexuales simples agravados por la convivencia y por ser encargado de la guarda en concurso real (reiterados en un número indeterminado de hechos), en concurso real con abusos sexuales con acceso carnal en concurso real (dos hechos) agravados por ser encargado de la guarda y la convivencia preexistente en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por la situación de guarda y convivencia (arts. 119 primer párrafo en función con el quinto párrafo letra b y f del cuarto párrafo, 55, 119 tercer párrafo, en función con el cuarto párrafo letra b y f, 54, 125 tercer párrafo, 12 y 29 inc. tercero del Código Penal). A su vez, María Fernanda Alcaraz Pérez fue condenada como partícipe necesaria en aquellos delitos atribuidos a Jesús Zurita Abrego.

Ahora bien, la facultad de impugnar la condena fue sólo ejercida por María Fernanda Alcaraz, de modo tal que el análisis de la cuestión se va a centrar sólo en relación a ella y su intervención en los hechos objeto de la presente causa.

a.- Arbitrariedad en la valoración de la prueba

En primer lugar debo señalar que entiendo que le asiste razón a la recurrente en relación a su cuestionamiento vinculado a la valoración de los elementos de prueba llevada adelante por el juez de la instancia anterior. Ello, en tanto advierto arbitrariedad en tal labor.

En efecto, en la instancia anterior se asignó responsabilidad penal a María Fernanda Alcaraz en razón del conocimiento que ella tenía de la «relación sentimental» y sexual mantenida por Zurita con V.M.M. y, además, la omisión de cuidados debidos. Ello, sumado al supuesto cambio de camas operado.

Respecto al conocimiento de los hechos de los que fuera víctima V.M.M, como la omisión de cuidados debidos y la consecuente falta de evitación de los abusos por parte de Zurita, atribuidos a Fernanda Alcaraz, como base del reproche jurídico penal, advierto que no se investigó durante el proceso, ni se estableció en la sentencia que la condenó a partir de qué momento la acusada tomó conocimiento de los hechos, así como tampoco si ella estuvo en condiciones

de evitarlos.

Al respecto en la sentencia se señalan como elementos convictivos que llevan al convencimiento del conocimiento de Alcaraz de la situación, las manifestaciones de las técnicas de la OAL, a quienes los niños –A.M.A., J.M. y V.M.M.– contaron tal circunstancia. Sumado a ello, también se consideraron las cartas escritas por Zurita a V.M.M., evento admitido por la imputada al declarar.

Ello se torna relevante pues cuando ocurrió el primer abuso sexual con acceso carnal, tal como se estableció en la sentencia –y así lo dijo V.M.M.–, la imputada no se encontraba presente –ver al respecto la declaración en Cámara Gesell de la niña–. De esta forma el *a quo* no ha logrado explicar adecuadamente en base a qué elementos de prueba era posible sustentar el conocimiento de Fernanda Alcaraz de los abusos sexuales sufridos por V.M.M. por parte de Zurita en forma previa a la realización de cada uno de esos hechos, circunstancia ésta fundamental para derivar la responsabilidad jurídico-penal de Fernanda Alcaraz.

En relación a la posibilidad de evitación que Fernanda Alcaraz tuvo de los hechos llevados a cabo por Zurita, entiendo –como anticipé– que ella no ha sido investigada. En efecto, su situación de vulnerabilidad se desprende de diversas constancias de la causa. Así, por ejemplo, el examen psíquico que se le practicó da cuenta de su «*personalidad de bajo nivel sociocultural, primitiva, con baja capacidad deliberativa, sumisa [...] adoptando una actitud de pasividad frente a situaciones de riesgo para su entorno*» (ver fs. 593). Este aspecto debió vincularse con los dichos de su hijo menor de edad J.M., relativos a que su madre habría sido víctima de golpes por parte de Miguel Montenegro (padre de J.M. y V.M.M.). De igual manera, las constancias del expediente administrativo de las que puede advertirse que para el mes de octubre del año 2017, Fernanda Alcaraz concurrió a la Comisaría 18 de San Carlos para denunciar que había sido víctima de violencia de género por parte de su pareja. Menos aún se reparó en la propia historia de Fernanda Alcaraz, quien conforme se desprende de las constancias, a los veintiocho años de edad tiene cinco hijos e hijas menores de edad, todos a su

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

cargo y sin cumplimiento de los deberes de responsabilidad parental por parte de los padres de aquéllos –conforme refirió la propia acusada en su declaración prestada en la Investigación Penal Preparatoria–. A ello debe sumarse que su lugar de residencia fue lejos de su hogar de contención primario –sus padres vivían en Rivadavia– y que ella misma fue madre de su primer hijo a los quince años de edad.

Todas estas circunstancias no han sido objeto de investigación, ni de análisis en la instancia anterior. En particular la circunstancia vinculada a la violencia en contexto de género de la que habría sido víctima –aun cuando no sería Zurita el autor–. Lo mismo puede decirse de las condiciones socioeconómicas y de vivienda que Fernanda Alcaraz podía ofrecer a sus hijos e hijas. Sin embargo, se le atribuyó en la sentencia no haber garantizado privacidad e intimidad en el lugar donde vivían. A su vez, la característica de «sumisa» fue utilizada por el representante del Ministerio Público Fiscal en desmedro de Fernanda Alcaraz.

Reconducidos estos extremos y consideraciones al concreto análisis de la causa y del acto sentencial puesto en crisis, entiendo que el impacto no ha sido menor. Por el contrario ha tenido gravitación decisiva al momento de establecer los hechos que se le atribuyeron y tener por acreditados los mismos.

En efecto, del análisis de la causa se desprende que, entre las causas que motivaron la intervención del OAL en el año 2017, se encontraba la denuncia anónima relativa al cuidado negligente asignado a Fernanda Alcaraz respecto de sus hijos e hijas menores de edad. En opinión de una de las técnicas de ese organismo administrativo (ver fs. 276) tal denuncia anónima habría sido realizada por el padre de uno de los hijos o hijas de Fernanda Alcaraz. En tanto que del expediente penal se desprende que, luego de determinar la aprehensión de la imputada, personal de la OAL entrevistó a Miguel Montenegro. Sin embargo, su testimonio sobre el conocimiento de los hechos de los que fue víctima su hija –V.M.M.– nunca fue requerido por la Fiscalía a cargo de la investigación.

En otro orden, y relacionado con relación la conducta atribuida a Alcaraz de haber cedido su cama matrimonial a Zurita, advierto que esta circunstancia surgió de los dichos de su hija menor de edad A.M.A de nueve años de edad en Cámara Gesell. Ahora bien, esta declaración fue excluida por el juez de la instancia previa. Aun así, consideró acreditado aquél extremo de acuerdo a las manifestaciones del Lic. Valenzuela, quien entrevistó a la niña A.M.A en forma previa –evaluación– y luego en Cámara Gesell. Más allá de la (in)validez de la consideración de aquella declaración del Lic. Valenzuela, lo cierto es que ella fue meritada en forma solitaria, sin contextualizarse con los otros elementos de prueba obrantes en la causa.

En efecto, el juez de la instancia anterior no vinculó la referencia del Lic. Valenzuela a la cantidad de camas de la vivienda donde residían Fernanda Alcaraz, Zurita, V. M. M. y sus hermanos con las declaraciones de los testigos que se refirieron a ello. Estos testigos son los efectivos policiales que participaron en el allanamiento. Así, Raúl Martínez relató que en el lugar vio sólo dos camas (una grande de tipo matrimonial y una pequeña) –ver fs. 337 y vta.–; en tanto que Javier Barbagallo refirió no recordar la cantidad de aquéllas (fs. 340). Tal detalle no resulta a mi criterio de menor trascendencia puesto que en ese domicilio habitaban y dormían, conforme surge de las constancias de la causa, siete personas: cinco niños menores de edad y dos personas mayores (Zurita y Alcaraz). Ahora bien, en la sentencia no se explica de manera debida cómo es que habría se habría materializado el reparto de tales camas que, en opinión del representante del Ministerio Público Fiscal y del juez de sentencia, configuró la conducta comisiva del delito de promoción a la corrupción de personas menores de edad. De tal manera, y de acuerdo a ello, la sentencia cuestionada no aparece suficiente fundada para tener por acreditado el extremo endilgado a la acusada.

A su vez, existen circunstancias consideradas en la plataforma fáctica determinada por el *a quo* que, a mi modo de ver, tampoco se encontrarían debidamente acreditadas. En este orden, el juez señaló, al momento de fijar los hechos, los tocamientos de los que habría sido víctima V. M. M. por parte de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Zurita mientras limpiaba el baño, como también que la espiaba mientras se duchaba. En relación a tales conductas, por un lado, encuentro que no se explica cuál sería, en relación a esos hechos en concreto, la conducta exigida a Fernanda Alcaraz y cómo es que también estaba en conocimiento de ellos y pudiendo evitarlos no lo hizo.

Por otro lado, debe señalarse que tales eventos sólo surgen de la declaración en Cámara Gesell de la menor de edad A. M. A., elemento de prueba que fue excluido y el *a quo* no explica de qué otros medios de convicción debía derivarse tales eventos que se incluyeron en la plataforma fáctica.

Los defectos señalados tornan al acto sentencial nulo por cuanto la fundamentación de la sentencia resulta insuficiente al momento del establecimiento de los hechos y de la intervención en ellos por parte de Fernanda Alcaraz.

b.- Ausencia perspectiva de género en la valoración de los hechos y en consideraciones en el ámbito de la teoría del delito

En segundo lugar, debe entiendo importante referir que la sentencia cuestionada por la defensa también debe ser anulada por ausencia de perspectiva de género. Así, y contrariamente a lo que ocurrió, considero que la perspectiva de género debió haber ocupado un lugar en el análisis de los hechos investigados desde diversas perspectivas: en la valoración de los hechos y en el ámbito de análisis del caso a luz de la teoría del delito.

Tal preterición de imprimir al proceso de un enfoque de género respecto de Fernanda Alcaraz, quien pertenece a un sector vulnerable de la población por ser mujer y por su condición socioeconómica, se apoya en estereotipos respecto de la mujer en relación al rol materno. Esta circunstancia, surge evidente de diversas expresiones referidas por el representante del Ministerio Público Fiscal que formuló el alegato acusatorio final y por el juez que dictó la sentencia condenatoria aquí en revisión.

En este punto estimo oportuno reproducir parte de las expresiones vertidas por el representante del Ministerio Público Fiscal en el debate –específicamente, al momento de formular alegato acusatorio– y por el juez sentenciante. Ello, puesto que de su reproducción se desprende que aquellos calificaron, no ya la o las conductas por la que estaba siendo investigada Fernanda Alcaraz, sino su moralidad y su forma de ejercer la maternidad.

Así, al momento de formular el alegato final, el representante del Ministerio Público Fiscal expresó en relación, también a Fernanda Alcaraz –conforme se desprende del registro audiovisual de fecha 18/10/19, primera parte– que: «[...] *sobre todo de la madre [se] espera resguardo debido*» (minuto 8.13); «[...] *no tiene perdón, no tiene clemencia*» minuto 9.53); «[...] *la madre entre comillas, la madre con mayúsculas. Esa señora faltó a todos los elementales recaudos*» (minuto 11.38); “[...] *no trabajaría tendría un plan social*” (minuto 12.27); «[...] *quiénes debían garantizarlo [la protección] es decir “su madre” no estaba*» (minuto 17.27). En alusión a la dificultad de que una defensora mujer ejerciera la defensa de Alcaraz refirió «[...] *es difícil para la defensa defender a una mujer como la que está acá, al hombre... bueno...*” (minuto 26.22). Luego, agregó que «*no solo había cuestión de convivencia sino también de guarda, esta madre se iba... casi como con Caperucita, solo que lo dejaba con el lobo y no quiero apelar al apelativo que se lo comiera... desde el punto de vista sexual es adecuado*» (minuto 30.12); «[...] *cuando se es madre primero están los hijos*» (minuto 43.56).

Por su parte, al momento de brindar oralmente los fundamentos – ver registro audiovisual del día 18/10/19, segunda parte– el magistrado sentenciante refirió, en relación a Fernanda Alcaraz, las siguientes expresiones: «*madre que estuvo ausente como madre en todo este proceso, ausente como madre pero no como delincuente [...] no solo ha habido omisión, ha hecho cosas para promover la corrupción, con el criterio de promoción y no facilitación de la corrupción [...]*» (minuto 42.00); «[...] *precisamente lo que hacen padres con hijos es enseñarle roles en sociedad, aparte esto es tabú*» (ver registros

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

audiovisuales, minuto 49.34); «[...] *ha tenido madre, pero no ha cumplido rol de madre no lo ha cumplido como corresponde*» (minuto 54.27).

Esas expresiones dan cuenta de las ideas y pensamientos vinculados al ejercicio de la maternidad –que es llevado adelante por mujeres– resultantes de modelos y patrones que, aceptados social y culturalmente, aparecen derivados del sistema patriarcal. Tales concepciones fijan y determinan un modelo de maternidad que no respeta la diversidad de las concretas personas y, en definitiva, asigna mayor responsabilidad a las mujeres que a los varones frente al compromiso parental. Estos preconceptos emitidos verbalmente cuando se trasladan al proceso judicial, determinan la investigación, la selección de los medios de prueba, la valoración de ellas y finalmente la decisión sobre la conducta atribuida, de manera que vician las reglas de debido proceso legal. Ello es lo que ha ocurrido en las presentes actuaciones.

En este sentido, conviene recordar que es deber de los operadores judiciales adecuar su accionar funcional al enfoque de géneros, y que ese deber deriva de un mandato convencional y constitucional incuestionable. La normativa constitucional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de los organismos internacionales especializados dan cuenta de ello de manera acabada. Sumado a ello, el principio de igualdad ante la ley impone la obligación de analizar los conflictos a resolver desde un enfoque libre de los condicionamientos hegemónicos derivados del orden patriarcal –que, a su vez, se expresan de diferentes formas y en distintos momentos–.

Este deber no puede entenderse concentrado exclusivamente en aquellas causas en las que se resuelvan delitos cometidos en contexto de violencia de género –eje sobre el cual la producción jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia ha sido muy prolífera– sino que es extensivo e impacta en todo proceso en el cual se ventilen cuestiones relacionadas con derechos de mujeres y diversidades. Así, en tal contexto, el enfoque de géneros adquiere relevancia.

De tal manera que no se advierte conflicto, en el análisis que

propongo, de considerar la situación de Fernanda Alcaraz desde una mirada de género, con los derechos que asisten a su hija menor de edad, como mujer y como niña, víctima de los abusos realizados por Zurita. Es que entiendo que despojar de un enfoque carente de perspectiva de género a las decisiones judiciales no sólo implica un nuevo análisis de esta concreta causa, sino en ampliar esa mirada hacia el futuro y respecto de todas aquellas decisiones judiciales en las que se vean involucradas mujeres en posibles situaciones de vulnerabilidad en razón de su género.

En relación al impacto de estereotipos de género en ámbitos de administración de justicia, la Corte IDH se ha pronunciado en diferentes oportunidades. En ellas siempre ha sido conteste en que la función pública ejecutada desde o a partir de esta «*pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente*» es incompatible con los mandatos convencionales (conf. Corte IDH. Casos Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012; Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015; y Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018).

Más específicamente, ha reconocido también las consecuencias inconventionales que trae aparejado el uso de estereotipos negativos de género en el ámbito de la investigación penal, al concluir que la debida diligencia estatal no se encuentra garantizada en los procesos en los que la investigación está condicionada por este tipo de estereotipos (Corte IDH, Caso *Gutierrez Hernández Vs. Guatemala*, sentencia del 24 de agosto de 2017).

Este criterio es aplicable *mutatis mutandi* a la cuestión de autos. En efecto, y como adelanté, considero que el representante del órgano acusador y el juez se posicionaron frente a la imputada rotulándola como «*mala madre*», en contraste con el estereotipo y expectativa social de «*madre normal*» y, con base

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

en esa concepción, formularon el reproche a Fernanda Alcaraz. Este reproche no resulta, a mi criterio, sustentado y derivado de manera exclusiva en los elementos de convicción incorporados a la causa.

Esta forma de concebir a la acusada atraviesa todo el devenir institucional y se manifiesta en consecuencias puntuales de suma gravedad: definió tanto las líneas de investigación que se agotaron como las que se descartaron desde el Ministerio Público Fiscal; definió la teoría del caso que el fiscal presentó ante el tribunal de juicio; generó un posicionamiento de condena anticipada por parte del juez durante el debate en perjuicio de Alcaraz, con la consecuente pérdida de imparcialidad que ello supone; y claramente contribuyó en la justificación del reproche penal que se le formuló.

A este tipo de consecuencias es a las que hace referencia la Corte IDH cuando advierte los problemas de condicionar las investigaciones por estereotipos de género. Si la investigación no tiene perspectiva de género, los elementos con los que cuente la judicatura al momento de tomar una decisión, y su valoración, serán parciales y no reflejarán de manera integral las circunstancias en las que los delitos se pudieren haber cometido. Por el contrario, la exigencia dirigida a los órganos jurisdiccionales debe estar encaminada a considerar aquellos elementos con perspectiva de género. Esto con la finalidad de evitar hacer recaer en la persona imputada las consecuencias de una investigación sesgada por criterios donde ella está ausente.

Por otra parte, también debió ocupar un lugar determinante el análisis con perspectiva de género del caso desde el ámbito de la teoría del delito. De tal modo, debió determinarse a nivel del tipo objetivo la capacidad individual de acción de Fernanda Alcaraz en orden a la posibilidad de evitación de los hechos endilgados. Asimismo, debió analizarse transversalmente el caso, desde la perspectiva de género, pues ello hubiera podido incidir, o no, en la determinación de la existencia de una posible causa de de justificación o de exculpación del comportamiento de Fernanda Alcaraz. Lo expuesto no significa afirmar que el

caso debe justificarse o exculparse, sino simplemente que debió analizarse dichas hipótesis desde la perspectiva de género para aceptarlas o descartarlas. Nada de ello ocurrió y por este motivo también aparece como inválida la sentencia en análisis en esta instancia.

Finalmente, dos conclusiones sobre lo analizado en este apartado. La primera: la sentencia cuestionada adolece de la debida perspectiva de género que imponía el análisis del caso. La segunda: en nuestro sistema penal no es posible juzgar a las personas acusadas de acuerdo a una culpabilidad por la conducción de su vida. En efecto, los hechos que se han juzgado en la presente han tenido por víctima a la niña V.M.M., por lo que debió determinarse la intervención responsable de Fernanda Alcaraz en esos hechos y no en relación al modo en que ejerció la maternidad. Dicho de otro modo: a Fernanda Alcaraz debió juzgársela por los hechos que habría realizado u omitido. Lo contrario es propio de un Derecho penal que toma al autor o autora por lo que es y no por lo que hizo, lo cual resulta ajeno a los fundamentos constitucionales de un Estado de Derecho. En términos claros: sólo el hecho y no la conducción de vida del autor o la autora es lo que debe tenerse en cuenta para establecerse su culpabilidad.

De tal manera y, de acuerdo a lo señalado, considero que la ausencia de una adecuada perspectiva de género en la valoración de los elementos de prueba, como en relación a aspectos fundamentales de la teoría del delito, importan arbitrariedad en la fundamentación y conllevan, también por este motivo, a la nulidad de la sentencia atacada.

c.- Algunas consideraciones sobre la expresión de fundamentos en forma oral y en relación a la unipersonalidad o colegiatura del tribunal en determinados supuestos

En tercer lugar, entiendo oportuno señalar que oídos los fundamentos vertidos en forma oral por el juez *a quo*, y más allá de las consideraciones realizadas en los apartados precedentes, no se encuentran dotados de la claridad y orden expositivo que requiere una sentencia condenatoria. Esta

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

circunstancia aparece contraria a la debida motivación de la sentencia en relación a la fijación de la plataforma fáctica, en función de la valoración elementos de prueba y, a la vez, en cuanto al encuadre legal que corresponde a los hechos.

A mi modo de ver el mejor método para llevar a adelante los procesos es la oralidad. Con ella, y por definición, se pierde cierto rigor, pero se gana en didáctica. Entiendo que no resulta objetable fundar oralmente una sentencia, en tanto tal argumentación se brinde de forma clara, ordenada y suficiente, a fin de cumplir con el requisito de la debida motivación. Ello permite, además y entre otras cosas, el control de logicidad de la sentencia.

Sin embargo, y a mi modo de ver, cuando se trate de hechos que cuestionan la vigencia de normas constitutivas del orden social, esto es aquellas normas cuyo peso social se corresponde con el de los delitos denominados como *mala in se*, es recomendable que la sentencia sea dictada con la rigurosidad de la forma escrita. En especial si, como ocurre en el caso de autos, resulta de evidente complejidad probatoria y jurídica de las cuestiones. En base a ello es que entiendo que una fundamentación oral aparecería procedente en casos que no ostenten complejidad de análisis o en los que la prueba cargosa resulte evidente. Dicho de otro modo: en supuestos de gravedad o complejidad probatoria, es recomendable que los motivos de la decisión jurisdiccional se expongan en forma escrita a fin de no vulnerar los principios que inspiran el deber de motivación.

En otro orden, entiendo oportuno reiterar aquello que en otras ocasiones he referido y que se vincula con la conveniencia de la actuación de tribunales colegiados en supuestos como el presente (ver al respecto mi voto en «Chacón Moyano»).

En efecto, la composición colegiada de los tribunales encargados de juzgar hechos ponen en tela de juicio la vigencia de normas constitutivas del orden social en un juicio oral y público, además de aumentar las garantías de verdad, redundando en una mayor posibilidad de respeto de las garantías de imparcialidad del juzgador e igualdad de armas de las partes. Por otra parte, y en

especial si se trata de casos graves y atravesados por la violencia de género, debiera garantizarse en la composición del tribunal colegiado la integración de, al menos, una jueza mujer.

De otra manera la falta de un tribunal colegiado para enjuiciar casos tan graves y complejos, agravados por la falta de rigor formal de la exposición escrita de la sentencia, constituyen una pérdida de rigor en el juzgamiento de hechos que ponen en cuestionamiento normas fundamentales del orden social.

d.- Conclusiones

En síntesis, la sentencia cuestionada por la defensa adolece de vicios en la valoración de la prueba que la invalidan como acto jurisdiccional. Ello en tanto no se ponderaron adecuadamente determinados elementos de prueba. Además, tanto la valoración de la prueba, como las consideraciones necesarias vinculadas a aspectos relativos a la teoría del delito, fueron realizadas sin la correspondiente perspectiva de género que imponía el caso en análisis. Todo ello desvirtúa la sentencia cuestionada como acto jurisdiccional válido.

En otro orden, y en razón de las valoraciones realizadas en el examen de la causa vinculado a las manifestaciones vertidas por el fiscal que intervino en el debate y el juez que dictó la sentencia, estimo que corresponde extraer compulsas de las actuaciones, así como de la presente resolución y remitirlas a la Procuración General y a Sala Administrativa de esta Suprema Corte de Justicia, a sus efectos. Ello así puesto que consideraciones o expresiones como las vertidas en la presente causa no pueden ser toleradas ni pasar inadvertidas sí, como lo entiendo, apuntamos a brindar un servicio de Justicia con enfoque de géneros, libre de condicionamientos patriarcales, que sea garante efectivo del principio de igualdad entre las personas. Por ello, considero que, tanto la rendición de cuentas, como la determinación de las responsabilidades ulteriores, en supuestos de incumplimiento de estos deberes adquiere fundamental relevancia en la consecución de los fines perseguidos. Esto de manera complementaria con las

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

otras herramientas que, desde las diferentes órbitas estatales, se vienen articulando para lograr una justicia con enfoque de géneros, como por ejemplo la capacitación obligatoria en género que regula la denominada «Ley Micaela» (ley nacional 27.499 y ley provincial 9196) o el ciclo de capacitación permanente en género dispuesto por esta Suprema Corte de Justicia para todo el personal del Poder Judicial (Acordada N° 29.318).

De manera complementaria, encuentro también conducente promover acciones que refuercen la actuación de los y las operadores y operadoras judiciales desde un similar enfoque de géneros. Lo señalado encuentra razón en que la cuestión abordada en la presente sentencia relativa la ausencia de perspectiva de género en la instancia previa no fue planteada por la defensa en su recurso. Así, estimo procedente cursar comunicaciones a los Colegios de Abogados de la provincia y a la Defensoría General de la provincia a los efectos de invitar a promover instancias de capacitación sobre estrategias de defensas penales desde aquella perspectiva.

Por lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Comparto los fundamentos en virtud de los cuales el ministro preopinante entiende que la sentencia cuestionada presenta vicios que conllevan a su necesaria declaración de nulidad en relación a María Fernanda Alcaraz.

1- En especial, me interesa destacar ciertos aspectos que deben ser puestos bajo la lupa del enfoque de género, y formular algunas aclaraciones a los fines de evidenciarlos y evitar su reiteración.

Conforme vengo señalando en pronunciamientos anteriores (ver González Pringles, entre otros), en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado nacional de eliminar todo comportamiento discriminatorio

hacia la mujer basados en estereotipos y el impacto ineludible que ello debe tener en el ámbito de la administración de justicia, entiendo imperante destacar las expresiones formuladas por parte del Ministerio Público Fiscal al momento de pronunciar sus alegatos y del sentenciante al brindar sus fundamentos, las que fueron señaladas en el voto que me precede. Ello por cuanto estas expresiones evidencian la manera en que los razonamientos de las personas que operan en el derecho son atravesados por patrones culturales patriarcales que reproducen estereotipos de género y mitos en torno a los perfiles de las mujeres en situación de vulnerabilidad.

En el ámbito internacional –de jerarquía constitucional en nuestro país–, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece un deber genérico de prohibición de discriminación en materia de acceso y goce de derechos por razones de sexo –art. 2– y, asimismo, en su art. 24 indica que todas las personas tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Por su parte, el art. 6 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer «Convención Belem Do Para» –Ley 24.632–, garantiza el derecho de las mujeres a estar libres de toda forma de discriminación y su derecho a ser valoradas *«libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación»*. El art. 7 de la misma Convención también exige la prevención y sanción de la violencia contra las mujeres y la realización de procedimientos legales justos. Los arts. 1 y 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) –art. 75 inc. 22 C.N.– condenan la discriminación contra la mujer. Específicamente el art. 5 impone a los Estados *«modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres»*.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Por su parte, el Decreto Reglamentario N° 1011/2010 –reglamentario de la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales– establece en su art. 2° inc. e) que *«se consideran patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, las prácticas, costumbres y modelos de conductas sociales y culturales, expresadas a través de normas, mensajes, discursos, símbolos, imágenes, o cualquier otro medio de expresión que aliente la violencia contra las mujeres»*.

En función de las aludidas mandas legales, resulta imperante un control judicial constante con enfoque de género, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales. En este orden de ideas, *in re* «Ontiveros Arancibia» sostuve que *«[...]que si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales»*.

Pero fundamentalmente, el peligro de la adopción de tales posturas es que pueden derivar en un procedimiento de valoración de la prueba marcado por nociones, afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales (Informe CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.Doc.68, 20 de enero 2007). Situación que, conforme ya sostuve, resultan contrarias al mandato del Derecho Internacional y son lesivas de las pautas de igualdad y no discriminación en el acceso a la justicia.

Con razón sostiene Julieta Di Corleto que «*Las decisiones de los órganos jurisdiccionales son un buen reflejo de los valores de la sociedad a la que pertenecen. La forma en la que los jueces argumentan en sus resoluciones no solo tiene trascendencia en la respuesta al conflicto individual, sino que también permite aprehender las miradas de la justicia sobre las condiciones que generan exclusión política, económica y social [...]*» (Di Corleto, Julieta «La Valoración de la prueba en casos de violencia de género» en Garantías Constitucionales en el proceso penal, (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 1).

Por ello, estimo conveniente extraer compulsas de las actuaciones, así como de la presente resolución y remitirlas a la Procuración General y a Sala Administrativa de esta Suprema Corte de Justicia, a fin de que se tomen las medidas correspondientes.

Del mismo modo, y advirtiendo la falta de perspectiva de género en el ejercicio de la defensa técnica, entiendo pertinente sugerir a los Colegios de Abogados de la provincia y a la Defensoría General de la provincia a promover instancias de capacitación sobre estrategias de defensas penales desde perspectiva de género.

2- En otro orden, y por estas mismas razones, comparto lo sugerido por el ministro preopinante, en cuanto entiende conveniente que en las causas que revistan gravedad o complejidad probatoria, debiera garantizarse la constitución de un tribunal colegiado. En especial, si a las características referidas se suman circunstancias o casos que se encuentran atravesados por cuestiones de género, donde también resulta conveniente –en la medida de lo posible– la integración del tribunal con una jueza mujer.

Sin embargo, no comparto las apreciaciones formuladas por el ministro que me precede en punto a la conveniencia de realizar por escrito los fundamentos en casos de complejidad probatoria y jurídica, a fin de no vulnerar los principios que inspiran el deber de motivación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Al respecto, esta Corte se ha pronunciado en el precedente «Robledo Vergara», en el sentido que «[...]la profundización del carácter acusatorio-adversarial del juicio penal, resultado de la implementación de las modificaciones introducidas al sistema de administración de la justicia penal en la órbita local[...] se traduce, entre otros, en ubicar la oralidad como una de las notas esenciales que hacen al rediseño del proceso de enjuiciamiento criminal».

En función de ello, se refirió que «la autorización para exponer oralmente los fundamentos orales proviene del propio texto legal; y, por otro, porque tampoco existe en el ordenamiento procesal vigente alguna razón que le prohíba al juez de sentencia obrar de esta manera... [c]on lo cual resulta ilógico pensar que en un sistema donde se profundiza la oralidad, el juez se vea impedido de justificar sus decisiones –en este caso, un fallo de condena–, a través de esta vía».

A ello se suma que –según entiendo– el nuevo procedimiento organizado en torno al principio de oralidad, debe concebirse como una estructura eminentemente comunicacional, en donde el destinatario de las decisiones judiciales no solamente es la parte interesada en el proceso, sino también la sociedad. Es por ello que, en casos de complejidad probatoria, quien tiene a su cargo el ejercicio de la jurisdicción, es el que tiene el deber de realizar el esfuerzo por comunicar los fundamentos de la sentencia en forma ordenada y con un lenguaje claro, de manera tal de dar cabal cumplimiento con la obligación de motivación de las sentencias.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN DISIDENCIA, DIJO:

Puesto a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria dictada en la presente causa corresponde adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, la impugnación resulta parcialmente procedente. Veamos.

1.- En primer término, por razones de un estricto orden lógico jurídico y perspectiva de género relacionado no sólo con la víctima VMM sino también de dicha perspectiva de género con la acusada, corresponde analizar el agravio formulado por la defensa de la Sra. María Fernanda Alcaraz Pérez, relativo a la incorporación en el debate de la totalidad del legajo administrativo por el Juzgador en calidad de nueva prueba a los términos del artículo 403 del CPP, lo que a criterio de la recurrente enmascaró la omisión del Fiscal de ofrecerlas oportunamente pese a tener conocimiento al comienzo de la instrucción penal preparatoria (fs 826 del recurso).

De la reproducción del registro audiovisual de la audiencia de debate de fecha 17 de octubre de 2.019, se desprende que durante la declaración testimonial de la Lic. Bordón Nuarte (a partir de la hora 1.10.55), concretamente en la hora 1.22.11 luego de que el Fiscal le preguntara sobre el carácter del acta de intervención y pidiera la exhibición de los originales del acta de fs. 38, el sentenciante advirtió que se trataba de una copia simple. Exhibida el acta, la testigo reconoció la firma de su compañera Farías y, se verifica que en la audiencia de debate del día 17 de octubre de 2.019 (ver registro de ese día primera parte, a partir de la hora 1:26:45), el Fiscal preguntó sobre la existencia de la documentación solicitada en el expediente y que el juez señaló que se podían requerir las actuaciones originales. En tanto que reproducido el segundo registro audiovisual del día 17 de octubre de 2019 (hora 00:29 minutos), el representante del Ministerio Público Fiscal alegó en favor de la incorporación de los originales de las actuaciones administrativas, puesto que habían sido solicitadas por la defensa de uno de los imputados a fs. 278 *in fine*, motivo por el que solicitó la remisión del expediente (hora 01:03). Las defensoras se opusieron por entender que se trataba de nueva prueba y que había fenecido la oportunidad de ofrecer prueba. El juez resolvió que resultaba aplicable el art. 403 del CPP, que de la declaración de la técnica surgió la existencia de actuaciones y el artículo referido alude a nuevas pruebas, que se trata de nuevas pruebas para el debate ordenando solicitar la prueba instrumental y ofreciendo a las partes a fin de garantizar el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

contradictorio citar nuevamente a la testigo (hora 09:00 y ss).

De lo expuesto entiendo que el agravio formulado no puede tener acogida favorable.

Al respecto advierto que le asiste razón a la representante de la querrela particular, en cuanto a que el legajo administrativo requerido no resultaba a ninguna de las partes una prueba desconocida puesto que efectivamente a fs. 278, durante la investigación penal preparatoria, el entonces defensor de Zurita petitionó la remisión del legajo original sin que los defensores de la señora Alcaraz Pérez, presentes en esa audiencia se opusieran a tal solicitud. Acierta también la querellante particular en que en la audiencia de debate pese a la oposición de ambos defensores a la remisión del legajo administrativo no hicieron reserva de recurrir en casación.

Ahora bien, en relación a la normativa invocada por el *a quo* al solicitar la remisión del legajo administrativo y su incorporación como prueba, art. 403 del CPP., entiendo que luce adecuada.

En cuanto al sistema acusatorio adversarial se refiere, esta corte se ha expresado en reiteradas oportunidades (ver al respecto los precedentes «Riquelme Valdez», «Flores González», «Mopardo Dupox», «Ferreyra Ordoñez») y ello implica abandonar definitivamente el sistema inquisitivo atenuado (mixto) del viejo código sancionado con la ley 1908 (aunque éste significó un gran avance frente al modelo inquisitivo anterior); incluso el modelo acusatorio atenuado de la ley 6.730 debe ser abandonado en su concepción primigenia ya que con la sanción de las leyes de reforma judicial (8.869, 8.896, 8.929, 9.040 y 9.106 de juicio por jurados, a las que hay que acompañar con las leyes 8.911 y 8.928 que reforman la vieja ley 8.008 de Ministerio Público que consagran la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa Pública), se impone la obligación de interpretar las normas procesales (investigación y juzgamiento) conforme a ellas en tanto se estableció un nuevo paradigma acusatorio adversarial –que resulta ser el único adecuado constitucionalmente a la manda del juicio por jurados–. En este

paradigma la responsabilidad de las partes no puede ser trasladadas al juez, ni este asumirlas, porque no sólo debe ser independiente e imparcial, sino también imparcial.

Con ello la obligación de iniciativa probatoria del fiscal que está impuesta en el art. 367 del CPP (ley 9.040) es para acreditar los extremos de la imputación delictiva (teoría del caso, teoría de la prueba y teoría jurídica). Y no como en los sistemas procesales vigentes en la Provincia con anterioridad, donde debía ofrecer la totalidad de la prueba. Así, la defensa tiene la responsabilidad de llevar adelante una eficaz defensa durante todo el procedimiento, asegurando las garantías del imputado/a y el debido proceso y en su caso su teoría del caso, a la que corresponde su teoría de la prueba y la teoría jurídica.

En consecuencia, no existiendo ahora la obligación, como en el sistema inquisitivo e inquisitivo atenuado, de ofrecer la totalidad de la prueba recogida durante la investigación, donde era práctica común que la defensa adhiriera a ella con la reserva en ocasiones que lo hacía «en la medida que beneficiara al imputado», entonces, el art. 403 del CPP (ley 6.730) debe ser interpretado sistemática y armónicamente a luz del sistema acusatorio adversarial vigente, con sentido dinámico de la necesidad y/o utilidad de la prueba, pero debiendo siempre asegurarse el contradictorio y el efectivo ejercicio de la defensa; y no con el viejo rigor formalista inquisitivo que imponía la caducidad.

En efecto esa norma prevé que durante el curso del debate se podrá ordenar a requerimiento de parte la recepción de nuevos medios de prueba que resulten indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva.

Entiendo que la correcta inteligencia de la norma aplicada por el juez implica que el carácter de «nueva» prueba puede ser absoluta o relativa, en este último caso al tratarse de elementos de convicción ya producidos e introducidos al proceso con anterioridad al debate (en este sentido ver Coussirat, Jorge, Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Mendoza, Tomo II,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Ed. La Ley, pág. 274). Es decir, «nueva» no sólo se refiere a un elemento probatorio no conocido, sino también que conocido no fue ofrecido según el art. 367 del CPP o que habiéndolo hecho el juez la hubiere excluido por entender que era manifiestamente impertinente o superabundante (art. 368 del CPP), pero que en el curso del debate resulta indispensable o manifiestamente útil.

Esta interpretación se impone, además, porque de lo contrario resultarían abrogadas las normas que refieren a ella en los arts. 367 y 368 del CPP y el Fiscal se vería obligado a ofrecer toda la prueba conocida sin discriminar y el juez no podría excluirla, por el riesgo de caducidad, trayendo la inconsecuencia y contrariedad entre normas acusatorio-adversariales y practicas inquisitivas propias del modelo procesal abandonado.

Por otra parte, considero que la importancia y utilidad de la prueba incorporada, radicaba en que la actuación del personal del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I., ex OAL), en virtud de la cual se detectaron los hechos aquí investigados, se llevó a cabo en el marco del legajo administrativo solicitado y respecto del cual en la causa sólo se encontraban agregadas copias simples.

Además, no coincido con la crítica formulada en cuanto a que se vulneraron reglas del sistema acusatorio adversarial y existió parcialidad por parte del juzgador. Contrariamente, de la reproducción del registro audiovisual surge la advertencia formulada por el juzgador respecto a la posibilidad de todas las partes de someter al contradictorio y de volver a citar a testigos en caso de ser necesario luego de recibir el legajo administrativo. Y reanudada la audiencia en fecha 18/10/2019, el Fiscal hizo referencia a la prueba ofrecida en su oportunidad (registro 18/10/2019, hora 0:13 minutos) y a la producida durante el curso del debate y «del legajo pertinente que se solicitó al OAL» (hora 0:25 minutos), pruebas a las que adhirió la parte querellante (hora 0:30 minutos). A su vez, la defensa expresó: «Si, esta defensa también su Señoría» (hora 0:35 a 37 minutos). De ello, y sobre todo de la circunstancia que la solicitud de remisión del expediente del E.T.I. (ex OAL) fue requerida por el representante del Ministerio

Público Fiscal, se deriva que la actuación del juez no se produjo por fuera de lo efectivamente lo solicitado por las partes.

Finalmente, es precisamente esta actuación la que da cuenta de la situación de violencia de género que padecía la señora Alcaraz Perez con anterior pareja y que analizado con una perspectiva de género debe entenderse indispensable para valorar en contexto la conducta de la acusada, como asegurar el interés superior de la niña V.M.M.

2.- Se queja también la recurrente, que al momento de formular alegatos los acusadores, como también al fundamentar la sentencia el juez, valoraron aspectos que no podían ponderar puesto que el medio de convicción del que surgía era una testimonial en Cámara Gesell de A.M.A. (hermana de V.M.M.). Sostiene que se otorgó importancia extrema al dato allí aportado relativo a que la Sra. María Fernanda Alcaraz Pérez dio su cama matrimonial para que su hija V.M.M. la compartiese con Zurita.

No concuerdo con la crítica formulada. El Fiscal expresamente solicitó que no se incorporara la declaración en Cámara Gesell de A.M.A. (registro 18/10/10, hora 02:24). Asimismo, el juzgador luego de requerir si a la niña se le había informado en Cámara Gesell sobre la posibilidad de no declarar al ser su madre la sospechada, y a tenor de las previsiones del art. 233 del CPP, hizo que A.M.A. concurriera al debate a fin de que se expidieran al respecto. Así, y luego de la negativa de la niña decidió el magistrado excluir tal elemento probatorio (registro audiovisual de audiencia de debate del día 18/10/19). De tal manera ni las partes pudieron prevalecerse de tal medio de prueba, ni el juez lo utilizó como elemento convictivo para tener por acreditado el conocimiento respecto a los abusos sexuales de los que su hija fue víctima ni de la promoción a la corrupción que se le atribuyó.

Ahora bien, toda vez que de las constancias de la causa se desprende que la víctima de autos es V.M.M., una niña de once (11) años de edad que pertenece a un sector vulnerable de la población, entiendo necesario realizar

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto a un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto– y considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

Por otra parte, no puede confundirse la amplitud de la garantía constitucional de la acusada de no colaborar con la investigación y abstenerse de declarar que hace decaer toda información que sólo haya podido obtenerse por su manifestación sino hubiera sido con el pleno conocimiento que podía abstenerse de declarar y tener presente un defensor, con la simple facultad legal del testigo de abstenerse de declarar en contra del imputado (art. 233 del CPP).

En conclusión, por las razones señaladas, estimo que corresponde desestimar el planteo que se habría valorado indebidamente prueba.

3.- En cuanto al principio de congruencia, entiendo oportuno realizar las siguientes consideraciones.

Considero que V.M.M., titulariza una doble protección jurídica: por ser mujer y niña cuenta con una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa (ver al respecto lo señalado en el precedente «Vega»). En tanto que cada una de esas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, para prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto las niñas; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución legal y justa en cada caso.

Además, en el caso particular, es aplicable la jurisprudencia de la Corte IDH en el Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua, sentencia del 8 de marzo de 2018, al pronunciarse sobre un caso de una niña de ocho años de edad, abusada sexualmente por su progenitor. Allí se afirmó que: *«Para los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, la Corte ha establecido una serie de criterios que los Estados deben seguir para que las investigaciones y procesos penales incoados sean sustanciados con la debida diligencia. En el presente caso, la Corte tiene la oportunidad de referirse a la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual cometida en contra de una niña. Por ende, la Corte adoptará un enfoque interseccional que tenga en cuenta la condición de género y edad de la niña»* (párr. 154) – el resaltado me pertenece–.

El enfoque de género con un análisis interseccional adoptado por la Corte IDH en el fallo citado, se encuentra establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, al disponer que los Estados Partes deben adoptar medidas específicas teniendo en cuenta la **situación de vulnerabilidad de la violencia que pueda sufrir una mujer** en razón de su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, se encuentre embarazada, discapacitada, sea menor de edad o anciana, esté en situación socioeconómica desfavorable, en conflicto armado o privada de libertad –el resaltado me pertenece–.

Es conveniente destacar también que, en el precedente mencionado, la Corte IDH señala que además de los estándares establecidos en casos de violencia sexual contra mujeres adultas, los Estados deben acatar en el marco del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *«medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual»* (párr. 155). A continuación en el mismo párrafo, subraya *«la obligación estatal reforzada de debida diligencia»* y, de la *«aplicación concreta a los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual».

También se hace referencia en el fallo interamericano referido, que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en casos de niñas, niños y adolescentes por ser considerados y consideradas **«más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. En el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación histórica que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar»** (párr. 156), –el resaltado es propio–.

En el caso que nos ocupa, reproducidos los fundamentos orales de la sentencia, se desprende que el juzgador esencialmente ha valorado e interpretado en forma integrada, contextualizada y concordante pruebas decisivas incorporadas en la audiencia de debate. En consecuencia, destaca la claridad del relato de la niña con su escasa edad y de la importancia del expediente administrativo que tenía a la vista y estaba en Rivadavia (registro de fecha 18/10/10, a partir del minuto 30 y ss); la declaración de la Lic. Gabriela Marisol Bordón Nuarte, Técnica en Minoridad y Familia perteneciente al ETI (ex OAL) quien hizo un croquis de la vivienda (registro audiovisual de 18/10/19, a partir hora 1:19:11) y manifestó que en la vivienda entrevistó a Zurita, a la madre y a V.M.M., quien salió detrás del nylon negro que dividía la habitación y que *«en el hospital V. le dijo que había tenido relaciones sexuales con Zurita y que la madre lo sabía [...] da cuenta que el lugar es precario, hace un croquis, nos habla del nylon [...] y que la nena decía que dormía atrás del nylon»* (registro audiovisual

de 18/10/19, hora 1.21.07 y ss) y lo corrobora con la ratificación de la declaración de la Lic. Bordón de fs 317 (hora 1:22:30).

También ponderó la declaración de la licenciada en Minoridad y Familia, Roxana Robledo perteneciente al Programa Provincial de Maltrato Infantil (PPMI) que corrobora que V.M.M. fue admitida al programa y entrevistada por la Lic. Etelvina Núñez (psicóloga) por la situación de abandono y negligencia de su madre (18/10/19, a partir hora 01:00:45), que esta última entrevistó a V.M.M. y a su hermano el 11/05/2018, *«dice que la vio [a V.M.M.] nerviosa, ansiosa, por la forma como se movía Valentina [...] comenta que claramente no le gustaba lo que le hacía Jesús»*. Ello se corrobora con la declaración brindada por la Lic. Núñez cuando hizo referencia al sentimiento ambivalente de la niña y su abusador por la corta edad que no le permitía comprender la diferencia entre amor fraterno y amor erótico y refirió que la niña le habló de dolores en la panza y lloró mucho (registro 18/10/19 a partir minuto 33 y ss).

Además, valoró la declaración del Dr. Ordovini quien declaró acerca del procedimiento administrativo llevado a cabo en la situación de V.M.M. y sus hermanos y hermanas, incorporado en la investigación penal preparatoria en copia simple y luego en original a pedido del Fiscal, da cuenta de las técnicas que son domiciliarias, que habían intervenido previamente por otras circunstancias entre otros aspectos (ver a partir de la hora 1:32:05) y, también analiza la pericia psíquica de la señora Alcaraz Pérez de fs 593 (ver registro de fecha 18/10/19 a partir de la hora 1:57:30).

Asimismo, de la reproducción del registro audiovisual del día 18/10/19, surge que el sentenciante al expedirse sobre la situación de la Sra. Alcaraz Pérez, ha merituado pruebas decisivas al momento de establecer la plataforma fáctica y el conocimiento de la situación por parte de la imputada en su rol de garante de su hija menor de edad, tales como: a) la declaración del Lic. Valenzuela, quien entrevistó a las niñas V.M.M. y A. M.M. y al niño S.M. en

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

forma previa a llevarse a cabo la Cámara Gesell, otorgándole vital relevancia al atribuirle credibilidad al relato de V.M.M. y, a la entrevista que mantuvo con la hermana menor de la víctima (A.M.A.), quien relató acerca de la relación previa de Zurita con su madre, la relación posterior con V.M.M. y en cuanto a la cesión de la cama de mayores dimensiones por parte de su madre a V.M.M. (ver registro audiovisual de fecha 17/10/19 a partir del minuto 11:30 y registro de fecha 18/10/19 a partir de la hora 1:02:33 a 1:10:35); b) la declaración de María Fernanda Alcaraz Pérez al admitir que las cartas secuestradas estaban pegadas en la pared del dormitorio de sus hijas (registro de fecha 18/10/19, hora 1.15.45) y, que por conocer la madre la relación entre la niña y Zurita no le sorprendió ver las cartas y no lo denunció; c) También merituó la testimonial brindada en la investigación penal preparatoria por María Eugenia Farías Videla, Lic. en Niñez y Familia, integrante del OAL San Carlos quien realizó el seguimiento de la situación de la familia conforme el procedimiento del organismo administrativo mencionado y entrevistó a Zurita, a la señora Alcaraz Pérez y a los niños, señalando que el niño J.M. refirió que su madre le había dicho que V.M.M. estaba de novia con Zurita y él le respondió que no estaba de acuerdo porque era muy grande para ella y que su madre le dijo que estaba bien porque la cuidaba (fs. 273/280); d) constancias de fs. 125 y vta que consigna que la vivienda consta de un solo ambiente dividido en habitación y cocina comedor y, se secuestraron en el lugar de la habitación donde se encuentra la cama matrimonial de dos plazas un escrito pegado en la pared y cartas en una caja con las frases «VALEN Y JESÚS», un corazón en papel color blanco con la inscripción «TE AMO MUCHO YO VALENTINA JESÚS», con vivos en color rojo y rosado, un trozo de papel color blanco la inscripción en color azul que dice «TE AMO MUCHO AMOR SOS TODO PARA MI, NO SE QUE VOY A SER SI NO TE TENGO A MI LADO AMOR SOY JESÚS ZURITA TE AMO VALENTINA», entre otras hojas de papel de color blanco con leyendas similares; e) Declaración de Javier Alberto Barbagallo Rivamar de fs 340 y vta que refiere que una de las notas se encontraba pegada en la pared donde estaba ubicada la cama matrimonial y las otras en cajas; y, f) Pericia caligráfica de fs 599/607.

En consecuencia, con lo expuesto, considero que no se verifica vulneración a la al principio de congruencia sugerido por la defensa técnica de la señora Alcaraz Pérez, porque en base a las pruebas referidas se constata que en la plataforma fáctica contenida en la acusación fiscal y se pondera el conocimiento de Alcaraz de las situaciones de abuso sufridas por su hija menor de edad V.M.M.

Entiendo que la crítica de la defensa se centra en la falta de acreditación del conocimiento de los hechos alegados por la señora Alcaraz Pérez. Como he señalado, los medios de prueba fueron correctamente ponderados por el juzgador sin que los fundamentos se adviertan arbitrarios, ni la motivación ausente, ni se verifica que se hayan infringido las reglas de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia.

Además, al momento de ponderar la testimonial de la niña V.M.M. se respetaron los parámetros establecidos por esta Sala en relación a los delitos cometidos en contexto de género y los estándares establecidos en casos de abusos sexuales a niñas en contextos familiares antes referidos.

Sin embargo, aún con el esfuerzo del sentenciante, que se puede apreciar por el trabajo valorativo, no en la invocación discursiva, en los hechos lo fue con el enfoque diferencial (ley 27.372) e interseccional, como la perspectiva de género de la víctima de violencia sexual que quedó embarazada y del interés superior como niña de 11 años con el que debía hacerse, estimo que en el subexamine no quedó acreditado, fuera de toda duda razonable, con la prueba legítimamente incorporada, analizada, cotejada y valorada, que la señora Alcaraz Pérez tuviera conocimiento que Zurita abusara sexualmente de su hija V.M.M. en horas de la noche del mes de enero de 2018, y tenido como el primer hecho. Ello, porque no se encontraba en la vivienda sino en el departamento de Rivadavia, según relató V.M.M. en Cámara Gesell, (acta de fs 165). Tampoco que se hubiera ausentado del domicilio para que se cometiera el abuso sexual en la forma que se cometió. En consecuencia, por aplicación de los arts. 2 y 408 del CPP debe aplicarse la duda a favor de la acusada en relación a lo referido.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Pero, por otra parte, encuentro acreditado el segundo episodio que se produjo en la vivienda en calle Las Heras s/n de la localidad de Eugenio Bustos, San Carlos, Mendoza, a mediados del mes de enero de 2018 en horas de la madrugada, cuando la niña V.M.M. volvía del baño para acostarse en su cama y Zurita se le subió encima para abusarla sexualmente y penetrarla, en circunstancias en que la señora Álvarez Pérez se encontraba en la vivienda.

Considero que se ha demostrado que la señora Alcaraz Pérez después del primer episodio de abuso sexual con acceso carnal, tuvo conocimiento que Zurita tenía relaciones sexuales con su hija V.M.M., con sustento en pruebas directas e indirectas valoradas en forma integrada por el sentenciante y referidas anteriormente. Así por ejemplo, cabe mencionar el relato de la niña V.M.M. en Cámara Gesell en relación a este hecho de abuso sexual con penetración y al manifestar que ni Zurita ni su madre trabajaban y que Zurita estaba todo el día en la cama porque no conseguía trabajo (acta de fs 165 y vta; registro audiovisual 18/10/19 a partir hora 28.51 minutos); la declaración de la Lic. Gabriela Bordón quien entrevistó a V.M.M., a Zurita y a la señora Alcaraz Pérez en la vivienda y vio a V.M.M. que al levantarse en la mañana del día 10/05/2018, en una visita de seguimiento a la familia con su compañera la Lic. Farías, la niña salía detrás de la cortina que dividía la habitación donde se ubicaban las camas y, también cuando en el hospital le manifestó *«que había tenido relaciones sexuales con Zurita y que la madre lo sabía»* agregando que dormía atrás de la cortina (18/10/19, hora 1.21.07 y ss); la pericia del C.A.I realizada por el Lic. Valenzuela López, quien informa a fs 141 vta. que el relato de V.M.M. fue espontáneo y creíble y lo ratificó en la audiencia de debate; la declaración de la Lic. Eugenia Farías de fs 273/278, cuando manifestó que en la entrevista mantenida con el niño J.M. en la vivienda, le relató que su madre le había dicho que Zurita era el novio de V.M.M. y, que cuando él le respondió que no estaba de acuerdo, su madre le dijo que estaba bien que Zurita estuviera de novio con V.M.M. para cuidarla (fs 274); la declaración del Dr. Ordovini en audiencia de debate y en la presentación de fs 175/178 que dio cuenta del procedimiento del OAL en la intervención de la

situación de V.M.M. y del seguimiento de la situación de la familia; la carta o nota de papel pegada en la pared donde se ubicaba la cama de dos plazas, secuestrada con el resto de notas con frases de Zurita hacia V.M.M. relativas a la relación sexual y sentimental (fs 125 y vta y fs, declaración de Raúl Martínez de fs 337/339 y de Barbagallo a fs 340); la pericia caligráfica de fs 599/606 en relación a las referidas cartas; la declaración de la señora Alcaraz Pérez cuando reconoció en la audiencia de debate que las cartas estaban pegadas en la pared; la declaración de la Lic. Núñez cuando declaró que vio nerviosa y ansiosa a V.M.M. y que le *«comenta que claramente no le gustaba lo que le hacía Jesús»* (registro 18/10/19 a partir minuto 33 y ss y fs 275), la constancia de fs 179 que da cuenta también durante la visita de las profesionales del OAL San Carlos al grupo familiar en fecha 10/05/2018, que Zurita manifestó que hacían dos meses que era el novio de V.M.M. y mantenía relaciones con ella, lo que era conocido y avalado por la Sra. Álvarez Pérez y fue confirmado por la niña.

La señora Alcaraz Pérez en fecha 26/10/2017 denunció una situación de violencia de género presenciada por sus hijos y, en fecha 23/11/2017 fue designada adulta responsable de sus hijos y se articularon acciones conjuntas con el Área Niñez de la Municipalidad de San Carlos para el seguimiento de la situación (fs 178). A partir de entonces el OAL San Carlos realizó seguimientos a la situación familiar conforme protocolo de actuación, tal como lo refirió el Coordinador Dr. Ordovini en la audiencia de debate y la Lic. Eugenia Farías en su declaración incorporada a fs. 273/278.

En la presentación de fs 175/182 de la Coordinación de OAL San Carlos de fecha 11 de mayo de 2018, la Lic. Eugenia Farías y el Dr. Cristian Ordovini, exponen que en fecha 12/03/2018 se recibió denuncia de la línea 102 en la que se hacía referencia a la falta de cuidados básicos en los niños y que *«la progenitora se prostituía en su domicilio en presencia de sus hijos, y que la pareja de la Sra. estaría incurriendo en algún tipo de situación de ASI con las niñas, sumando a todo ello que en las noches se realizarían fiestas nocturnas en presencia de los niños, con consumo de alcohol»* (fs 178). En fecha 10/05/2018 se

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

realizó una visita al grupo familiar en la que se encontraba Zurita con los niños quien *«manifiesta que en realidad es el novio de Valentina, que hacen dos meses mantiene relaciones con la niña y que esto es conocido y avalado por la Sra. Alcaraz. Ante ello mientras se dialoga con la niña quien confirma la situación y se pone en conocimiento de ello a las autoridades policiales, prosiguiendo con las entrevistas al resto de los niños, Jesús también confirma la situación y manifiesta no haber hablado antes por temor»* (fs 179). Así, se dispuso de una medida excepcional en la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, fundada en la falta de responsabilidad parental, el ordenamiento internacional en la materia y que los niños pasarán a residir en el domicilio de sus abuelos maternos bajo su responsabilidad (fs 181).

Relacionado con ello, la Lic. Eugenia Farías declaró a fs. 273/278, que ella era la encargada del OAL San Carlos de hacer el seguimiento de la familia, que la señora Alcaraz Pérez no había puesto a Zurita como persona de referencia cuando no estaba con los niños, sino a unas vecinas de los mismos departamentos (fs. 277) y que, hasta ese momento, presentaba factores protectores para ser adulta responsable de sus hijos (fs. 277 vta).

Atento las pruebas señaladas, si la Sra. Álvarez Pérez ostentaba la responsabilidad parental y presentaba factores protectores para ser adulta responsable de sus hijos e hijas menores de edad, es dable inferir –como lo hace el sentenciante– que no tomó iniciativa alguna para evitar que continuaran los abusos sexuales de Zurita hacia su hija V.M.M., porque avalaba las relaciones sexuales, como se ha indicado anteriormente.

En efecto, si bien la responsabilidad parental *«constituye una función en cabeza de ambos progenitores destinada a satisfacer las necesidades del hijo, teniendo como preocupación esencial su interés superior»* (Herrera, Marisa, Comentario al artículo 638 del CCyCN, en: Lorenzetti, Ricardo (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo IV-Arts. 594 a 723, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015,), el centro de vida de V.M.M. era la

vivienda de su progenitora con quien vivía y estaba a sus cuidados (artículo 646 y conc. CCyCN).

Cabe señalar también, que en la pericia del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI) de fecha 22 de mayo de 2018, elaborada por el Lic. Ángel Valenzuela López, se informó que V.M.M. *«evidencia un funcionamiento con importantes visos de sobreadaptación a las características de la vida familiar sostenida en su grupo de procedencia, con actitud evitativa de la consideración cognitiva de los hechos vivenciados. Su modalidad de defensa es la negación del conflicto y la naturalización de su estado gravidez. El relato que espontáneamente sostiene referido a las circunstancias en las que tal estado se inicia evidencia suficientes elementos como para considerarlo creíble»* (fs. 141 vta).

En cuanto al examen psíquico realizado a la Sra. María Fernanda Alcaraz en fecha 21 de febrero de 2019, el Dr. Julio Herrera Mingorance informó que *«reconoce el beber de alcohol, con algunos excesos de fin de semana, antes de ser procesada. No padece patología psíquica clínica, ni neurológica de relevancia. Es una personalidad de bajo nivel sociocultural, primitiva, con baja capacidad deliberativa, sumisa, con dificultad para asumir responsabilidades, poner límites y efectuar autocrítica, adoptando una actitud de pasividad frente a situaciones de riesgo para su entorno»* (fs 593).

Al entrevistar la Lic. Eugenia Farías al abuelo materno de V.M.M., expresó no querer saber nada de Fernanda, le pregunta la profesional el motivo y responde que a *«FERNANDA siempre le había interesado más ella que los chicos, que nunca duraba en un lugar mucho tiempo. Que él prácticamente, que habían criado ellos a los más grandes y que querían hacer lo mismo con todos. La abuela ahí dice que siempre tuvieron problemas con FERNANDA, de los doce hijos que tiene, fue la más problemática»* (fs. 274 vta/275).

Si bien desde una perspectiva de género, tanto la Sra. Alcaraz Pérez como V.M.M. se encontraban en similares condiciones por su pertenencia al

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

mismo género y ámbito socio cultural y económico desventajado, por aplicación del principio de interseccionalidad reseñado en la jurisprudencia interamericana citada, la situación de vulnerabilidad de V.M.M. era mayor por su condición de mujer, de niña, embarazada, testigo de violencia de género de su progenitora y víctima de violencia sexual por parte de Zurita, a quien la Sra. Alcaraz Pérez permitía el acceso, permanencia en la vivienda y avalaba la relación sexual que tenía con su hija.

En contextos familiares, cuando las niñas son abusadas sexualmente, su estado de vulnerabilidad alcanza su máxima expresión, porque no tienen posibilidades de percibir los riesgos ni de reaccionar ante los mismos, por la asimetría de edad y el vínculo de confianza con sus progenitoras y personas estrechamente vinculadas a éstas, como ocurre en la situación de V.M.M. (cfr. LS 318-87). Por tanto, es importante también, analizar la declaración de la víctima «teniendo en cuenta si entre ella y el agresor existe o existió una relación de asimétrica de poder» y la información sobre consecuencias que pueden generar la denuncia en el plano económico, afectivo o familiar (Di Corleto, Julieta, Género y justicia penal, Ed. Didot. Buenos Aires, 2017, pág. 299).

Asimismo, el principio «*interés superior de la niña*» (artículo 3, párrafo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), es promovido en todo el Código Civil y Comercial de la Nación «de modo que signifique la plena satisfacción de sus derechos» y, «*cuando exista conflicto de intereses de las personas menores de edad frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los de los primeros*» (Herrera, M. ob. cit., págs. 573/574; cfr. artículo 5. inc 2, Ley 26.061).

En consideración a lo expuesto, entiendo que el segundo episodio de violencia sexual con acceso carnal investigado se ha sustentado en la sentencia en crisis en suficientes pruebas, valoradas dentro de la sana crítica racional y estándares internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres y niñas

en situaciones de violencias sexuales, y en condiciones de igualdad con la investigación y juzgamiento de todos los delitos. Ello, porque del material probatorio meritado, en su conjunto, se desprende que la Sra. Alcaraz Pérez con posterioridad al primer episodio de abuso sexual tenía conocimiento que Zurita mantenía relaciones sexuales con su hija V.M.M. de once años de edad, y que a pesar de haber sido designada adulta responsable y conocer la situación no evitó, pudiendo hacerlo, que estos hechos continuaran sino que los avaló y, sólo cesaron al ser investigados cuando fueron denunciados por profesionales del OAL San Carlos. Ello, en ocasión de realizar una visita al domicilio de la Sra. Álvarez Pérez en uno de los seguimientos de la situación de la familia, a partir de la denuncia por negligencia en el cuidado de los niños.

Finalmente, teniendo como probado los hechos y calificaciones atribuidas a la acusada Alcaraz, con excepción de la participación necesaria en el primer hecho de abuso sexual con acceso carnal enrostrado, entiendo que corresponde declarar la nulidad parcial de la sentencia cuestionada

4.- En cuanto a la perspectiva de género, debo aclarar que, según entiendo, ella no se trata simplemente de un lenguaje sino esencialmente de una forma de actuación que requiere comprender en toda su dimensión que existen en los casos y/o circunstancias una situación de discriminación que se reclama su cese para asegurar un trato igualitario de todas las personas.

En materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito, es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los varones sobre las mujeres

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

y de éstas sobre los niños/as–, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista –como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres–, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver Bobbio, Norberto, Estado, Gobierno, Sociedad).

Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza).

Este método de análisis con perspectiva de género, para asegurar la igualdad de trato, significa que, en la investigación y juzgamiento de los hechos delictivos, la hipótesis preliminar investigativa, la recolección de elementos, búsqueda de evidencias, como su cotejo y valoración, que determinan la teoría del caso, la teoría de la prueba y la teoría jurídica que le corresponde, debe efectuarse en contexto. Ello, como debe hacerse con relación a todos los hechos delictivos en el sistema de justicia. Es decir, que la perspectiva de género es un método que pretende garantizar un trato igualitario, sin discriminación, ni prejuicio.

En el caso bajo examen, debemos tener en cuenta que la víctima del delito que se investiga y juzga es la menor V.M.M., que además de requerir un enfoque diferencial de víctima, según la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (27.372), tiene una doble condición de vulnerabilidad: por ser mujer y niña (11 años). Por lo que se impone lo que la Corte IDH denomina el enfoque interseccional, lo que implica necesariamente que se aplique con relación a ella la perspectiva de género en cuanto a su condición de mujer y la debida perspectiva del interés superior de niña, por la edad, debiendo actuarse con la debida diligencia reforzada especial, que el caso requiere y es

imprescindible en los procesos penales sobre la investigación y juzgamiento de delitos de violencia sexual en perjuicio de niñas y el deber de no revictimización (conforme los precedentes reseñados de la Corte IDH y las disposiciones de la Ley 27.372).

Ahora bien, trasladar simplemente el método analítico de perspectiva de género para la investigación y juzgamiento de la víctima de delitos, cuando no se trata de la víctima del delito investigado, o no existe una relación víctima/victimario que se invierte –como en la relación de pareja cuando la víctima de la violencia de género es la autora del hecho que se investiga y resulta necesario el método por la estrecha vinculación contextual–, o cuando la relación con violencia de género se superpone con la co-delincuencia –entre los coautores o autor/partícipe del hecho investigado quienes tienen entre ellos una relación de violencia de género, como los padres acusados de violencia contra la hija–, sin definir cuál tiene prioridad y/o a qué aspectos debe ser aplicada, constituye un error. Ello trae como consecuencia la tergiversación del hecho penal investigado pasando a tener centralidad la relación de violencia de la acusada con un tercero al hecho delictivo que se investiga y, con esto, se invisibiliza a la verdadera víctima de violencia sexual, la mujer y niña V.M.M., violando la ley de víctimas y el imprescindible el enfoque interseccional, por ser víctima de violencia de género, violencia sexual, siendo mujer, niña, embarazada y testigo.

Además, sobre la perspectiva de género con relación a la teoría del delito, tenemos que, establecida la centralidad de la investigación de violencia sexual contra la mujer menor edad V.M.M. y embarazada por el hecho delictivo, del que es principal testigo, la perspectiva de género y del interés superior de niña víctima no puede invisibilizarse por la perspectiva de género de Alcaraz que se invoca. Aún sin el lenguaje propio de esta concepción, el juez lo valoró en contexto con relación al dolo y en cuanto no encontró las posibles causas de justificación o excusas absolutorias. Éstas, para justificar una nulidad, deben ser reales y no imaginarias o invocadas con expresiones generales, o como aspiraciones sin contenido relacionado con los elementos de prueba o evidencias.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Distinto es el caso con respecto a la culpabilidad, que fue analizada por el sentenciante en su particular concepción del Derecho penal, aunque no se advierte que hiciera con relación a la determinación de la pena, como está previsto durante la investigación en el art. 315 del CPP y en el juzgamiento en el arts. 40 y 41 del CP.

Por otra parte, no existen dudas que rotular de «*mala madre*» o «*mal padre*» es etiquetar a una persona –encasillarla, marcarla–. Ello se da, cuando no existiendo normas jurídicas que establezcan el comportamiento debido y elementos probatorios que acrediten su incumplimiento, se está solo ante las preferencias personales, prejuicios o estereotipos. Entonces con la denominación de «*mala madre*» estamos etiquetando a la persona. Circunstancia que, como tal, es discriminatoria y se encuentra expresamente prohibida por la Constitución Nacional, Constitución de Mendoza, los tratados de DDHH con jerarquía constitucional y las leyes.

Pero cuando la responsabilidad parental, como en nuestro ordenamiento jurídico democrático vigente, se rige por principios generales –entre ellos, el primero es el del interés superior del niño/a, de acuerdo al inc. a del art. 639 del CCyCN y a la Convención sobre Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional–, y el Código le impone a los progenitores el deber de «*cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; [...] d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos [...]*» (art. 646 CCyCN) y les prohíbe «*[...] los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes*» (art. 647 del CCyCN). Resulta evidente que ese deber y prohibición parental es impuesto por las normas jurídicas y no por prejuicios, y que debe ser analizado en el contexto que Alcaraz era la adulta responsable.

Y si del resultado de cotejar las reglas legales establecidas y los elementos probatorios de la causa se manifiesta un juicio de valor de «*mala madre*» o «*mal padre*», no se está rotulando. Podrá coincidirse, o no, con el

resultado de tal juicio; si los elementos probatorios alcanzan, o no; o si para emitir ese juicio debían considerarse otros aspectos o cuestiones; o si la valoración es correcta, o no; pero no se trata de un rótulo o etiqueta. Es decir, los juicios de valor pueden ser correctos, o no, pero no son rótulos.

En nuestra sociedad democrática según el modelo de república federal, cercenar el juicio de valor producto de analizar y valorar las pruebas cotejadas con las reglas dispuestas en las normas jurídicas vigentes no sólo es inconstitucional, sino riesgoso, porque puede significar un nuevo estereotipo uniformando a la sociedad e imponiendo indirectamente el disciplinamiento en reemplazo del estereotipo patriarcal y/o machista que pretende erradicar la sociedad.

Por otra parte, las reformas procesales de los últimos años, determinadas por una política judicial penal hacia el sistema acusatorio adversarial, trajo como consecuencia la necesaria oralidad, con intervención en contradicción e igualdad de armas de las partes, como la intervención de la víctima.

La oralidad trajo además del procedimiento, la posibilidad de adoptar decisiones en forma oral durante la audiencia (arts. 155, 417 *quinquies* y 439 *quater* del CPP) o la obligación de hacerlo (arts. 294, 362, 364 y 473 del CPP).

Todo ello ha constituido un gran desafío para los jueces y juezas, porque sin perjuicio que sus decisiones deben reunir los requisitos y condiciones de los arts. 411 y 416 del CPP. En lo que nos atañe, tiene el deber el juez de la «*exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basan*» (inc. 2 del art. 411), sin que en ella «*falte o fuere contradictoria la fundamentación*» (inc. 4 del art. 416 del CPP). A su vez, debe adecuarse el lenguaje (que no se trata de hablar del «*lenguaje claro*», sino de utilizar «*lenguaje claro*»), porque la importancia de la oralidad de la decisión está en que el/la acusada/o, querellante, víctima, o en su caso los jurados en el juicio por jurados y el público en general

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

escuchen directamente de quien toma la decisión, el juez/a, sus razonamiento y/o explicaciones de por qué lo hace o las directivas para poder dictar el veredicto, y es imprescindible que lo comprendan. Por supuesto que esto puede implicar riesgos, en el uso de términos o giros, pero mientras estén dentro del margen de lo aceptable, aunque no se compartan, deberá comprenderse su uso y en caso de exceso recomendar la moderación o adecuación y no buscar la perfección académica o ideológica. Salvo que se compruebe malicia o actuación real estereotipada y no simplemente desaciertos de lenguaje.

Entonces, la complejidad de la problemática de la igualdad de trato real, visibilizada la discriminación por la perspectiva de género, como asimismo la amplitud de ella en los diversos ámbitos, contextualizada en el nuevo paradigma acusatorio adversarial, como la trabajosa construcción democrática de una nueva cultura pluralista que abarque a todas las personas en condiciones reales de igualdad, sin discriminación y superando estereotipos de toda clase, exige de los jueces y en particular de este Tribunal la mayor prudencia. Ello, comprendiendo el momento especial que se vive, debiendo mantener siempre el equilibrio armónico entre los intereses, partes, concepciones, y contribuyendo a consolidar un mejor futuro, asegurando las garantías, los derechos y el debido proceso para los intervinientes y siendo plenamente conscientes que nadie es el dueño de la verdad, que todos pueden/podemos cometer errores e incluso excesos. Entonces debemos tomar las decisiones con firmeza, pero con ecuanimidad, para que constituyan una guía de cómo se debe proceder. La dura y permanente tarea de convivir democráticamente en sociedad merece dicho esfuerzo.

Cabe recordar que el artículo 5 inciso a) de la Convención para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) establece que: *«Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índoles que estén basados en la idea de la inferioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombre y mujeres»*. En

consonancia con ello, la Convención de Belém do Pará, dispone en el artículo 8 inc. b que los Estados Partes convienen en adoptar en forma progresiva las medidas para modificar los patrones socioculturales de conducta de varones y mujeres que legitiman la violencia contra la mujer.

En consideración a ello y, también a lo previsto por el artículo 8 inc. c de la Convención de Belém do Pará, que impone un proceso democrático, progresivo y pluralista de cambio cultural que, en concordancia con las Leyes Micaela N° 27.499 y 9.196, se pretende acelerar mediante la capacitación obligatoria establecida por la primera de ellas en temática de género y violencia contra mujeres, que no pretende la uniformidad o la imposición de un nuevo estereotipo, ni puede hacerlo, y que con orientación de género brinda actualmente la Suprema Corte de Justicia conjuntamente con el Ministerio Público y el Ministerio de la Defensa Pública, se impone la recomendación a todos/as, de reflexionar, comprender, participar en la elaboración e incorporación de la perspectiva de género en sus funciones jurisdiccionales, ya que lo contrario significaría un adoctrinamiento sesgado.

5.- En cuanto a la constitución del tribunal como unipersonal en la especie, advierto que el CPP establece las reglas en los arts. 44, 45 y 46 y no observo violación alguna, en especial frente a la revisión amplia de la sentencia en casación a partir del precedente «Casal». Con ello está asegurado el debido proceso y las garantías constitucionales y convencionales vigentes. Sin perjuicio de las preferencias u opiniones que cada uno tenga sobre ello, las decisiones deben fundarse en el texto expreso de la Constitución Nacional, Tratados (de DDHH con jerarquía constitucional), Constitución de Mendoza y las leyes, y su debida interpretación sistemática y armónica de las reglas establecidas en forma dinámica, salvo que impliquen su inconstitucionalidad (art. 48 de la CdeM).

En base a todo lo expresado, me pronuncio por la admisión parcial del recurso de casación examinado con el alcance expuesto.

ASÍ VOTO.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

**SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO
DIJO:**

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde anular el punto II de la Sentencia n° 944, la parte respectiva de los fundamentos vertidos oralmente y el debate sólo en lo que a María Fernanda Alcaraz concierne, y remitirse los presentes al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que realice un nuevo juicio (art. 486 del CPP).

De acuerdo a las irregularidades señaladas corresponde extraer compulsas de las actuaciones, así como de la presente resolución y remitirlas a la Procuración General y a Sala Administrativa de esta Suprema Corte de Justicia, a sus efectos.

Asimismo y por las razones apuntadas se deberá invitar a los Colegios de Abogados de la provincia y a la Defensoría General de la provincia a promover instancias de capacitación sobre estrategias de defensas penales desde perspectiva de género.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

**SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, EN
DISIDENCIA, DIJO:**

Atento a lo señalado en mi voto sobre la primera cuestión, entiendo que corresponde casar parcialmente la sentencia y condenarse a María Fernanda Alcaraz, conforme a las consideraciones oportunamente realizadas.

En consecuencia, corresponde remitir la causa a fin que la OGAP

sortee un nuevo juez para que determine la pena conforme los hechos tenidos por acreditados y su calificación legal en la forma prevista para por la ley de juicio por jurados para el procedimiento del juicio de cesura el monto de la pena (ver al respecto «*Chacón Moyano*»). Ello, con la necesaria recomendación que al hacerlo deberá tener en cuenta la perspectiva de género con relación a la Sra. Alcaraz Pérez al analizar las circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 del CP.

ASÍ VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación promovido a fs.820/831 vta. por la defensa de María Fernanda Alcaraz Pérez y, en consecuencia, anular el punto II de la Sentencia n° 944, la parte respectiva de los fundamentos vertidos oralmente y el debate, sólo en lo que a María Fernanda Alcaraz concierne.

2.- Remitir, en función de lo resuelto en el resolutivo 1, las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que realice un nuevo juicio (art. 486 del CPP).

3.- Extraer compulsas de las partes pertinentes de las actuaciones, así como de la presente resolución y remitirlas a la Procuración General y a Sala Administrativa de esta Suprema Corte de Justicia, a sus efectos.

4.- Invitar a los Colegios de Abogados de la provincia y a la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Defensoría General de la provincia a promover instancias de capacitación sobre estrategias de defensas penales desde perspectiva de género.

Regístrese. Notifíquese. Cúmplase. Oficiese.

DR. OMAR A. PALERMO
Ministro

DR. MARIO D. ADARO
Ministro

DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro