



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

c. 55.227 y su acumulada 55.228

RUD 09-00-000083-11

En la ciudad de La Plata a los 30 días del mes abril de dos mil trece, se reúnen en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Jorge Hugo Celesia y Martín Manuel Ordoqui, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para resolver el recurso de casación deducido en **causa nº 55.227** y el incoado en **su acumulada nº 55.228** en relación al imputado **J. Á.S.**; y, practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **ORDOQUI - CELESIA.**

A N T E C E D E N T E S

El Tribunal en lo Criminal nº 1 del departamento judicial Mercedes, con fecha 10 de julio de 2012, resolvió por unanimidad condenar a J.Á.S. como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido por ascendiente y contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente, a la pena de tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, en los términos de los artículos 45, 119 primer y quinto párrafo, en función de los incisos *b* y *f* del cuarto párrafo del Código Penal (ver fojas 31/vta. y 32).

Contra dicho decisorio las partes interpusieron los respectivos

recursos de casación (el señor Agente Fiscal a fs. 36/41 del legajo n° 55.227 y el señor Defensor Oficial del nombrado a fs. 35/38 de su acumulada n° 55.228).

Que fijados los antecedentes y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera: ¿Son procedentes los recursos de casación interpuestos por la señora Agente Fiscal (Dra. María Inés Carles) y por el señor Defensor Oficial (Dr. Agustín P. I. Muga?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde **dictar**?

A la **primera cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Ordoqui** dijo:

I. El titular de la acción penal pública funda la procedencia de su impugnación en la existencia de un absurdo valorativo y violación a las reglas de la lógica.

Entiende que el Tribunal de mérito, al apreciar y valorar la prueba, ha descartado de plano parte de la producida en el debate y la incorporada por lectura, parcializando la interpretación de algunos testimonios y, más allá de otorgarle plena validez y credibilidad a lo manifestado en el debate por la víctima, a quien reforzó con el testimonio del perito oficial del fuero minoril licenciado Mario Perreti, desechó -sin razón alguna- parte de dicho testimonio en lo referido al acceso carnal y la reiteración de los mismos. En



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

este sentido, transcribe parte del testimonio de la menor en donde dice que había sido penetrada (violada) por el aquí imputado.

Relata que el Tribunal entendió suficiente para contrariar ello el testimonio de la perito oficial del fuero minoril Dra. Graciela Garceron, así, luego de transcribir parte de su declaración, dice que también debe ponderarse la totalidad del testimonio de la facultativa, pues al ser preguntada por ese Ministerio respecto de lo referido por la menor en cuanto a la relación sexual ésta respondió “no se entra en detalles cuando se practica el informe, se trata de no indagar, s[ó]lo volcar datos que se formulan en preguntas ya escritas y se responde s[i], no [,] a veces dicen no me acuerdo”.

Insiste diciendo que si bien se le otorgó credibilidad absoluta a la víctima, cómo puede desecharse parte de su relato; este extremo, prosigue, se lo descarta sin fundamentación alguna. Cuenta que en la audiencia la menor manifestó que no había contado a nadie lo sucedido con su padre hasta el momento de la denuncia contra el mismo. Luego, partiendo de que el informe médico practicado por la profesional mencionada resulta de fecha anterior a ambas denuncias (se refiere a la efectuada contra el aquí condenado y la que realizó éste contra su hermano), afirma que la menor contó la verdad porque su primer relación fue con su tío y que no contó a la

médica lo sucedido con su padre porque todavía no se lo había denunciado; dicho en otras palabras, sostiene que aquella manifestó a la médica haber tenido su primer relación sexual a los trece años (consentida y con su tío), pero no habló de la violencia sexual de la que era víctima desde los cinco años.

Vuelve sobre el tema y sostiene que se valora el testimonio de la menor como sincero, sin embargo en este aspecto se le resta credibilidad sólo por no recordar detalles. Ante ello argumenta: a) la menor manifestó en la audiencia que lo primero que le preguntó su padre cuando la encontró fue si había tenido relaciones sexuales con su tío, diciendo la menor que “no” y luego le dijo que “sí”, y ante ello su padre se quedó “tranquilo” (destaca el recurrente esta última palabra); y, b) sobre la base de lo manifestado por el licenciado Perreti, alega que parecería que la menor no puede recordar detalles; aún más, si quien la victimizara desde la niñez le infundía miedo ya que la amenazaba con dañar a su madre.

Discrepando con el *a quo*, en cuanto sostiene que no existe otro elemento de juicio que corrobore que la niña fue penetrada con anterioridad a los trece años, entiende que no sólo se acreditó con los dichos de la menor, sino con el informe de la perito que determinó el desgarró de antigua data.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Por otro lado, explica que también se ponderó la negativa del imputado como elemento de descargo, sin embargo –dice- Á. reiteró en su descargo al menos unas cinco veces que él no la había amenazado, pero nunca dijo nada como “no la abus[é], no la viol[é]”.

Además, dado que el mismo juzgador sostuvo que no se encontraron motivos para que la menor lo acusara falsamente, se pregunta qué pasó entonces con este extremo de la acusación.

Asimismo, considera que se obvió ponderar extremos contenidos en los dichos de la menor que ubicaban a Á.S. abusando sexualmente mediante acceso carnal, de un modo gravemente ultrajante para la víctima y corrompiendo el desarrollo natural de su sexualidad.

Todo ello -prosigue diciendo- dejó una huella en la psiquis de G., su edad de inicio en las prácticas abusivas, con sus hermanos presentes (quien hasta con sus gestos lo demostraba en la audiencia), el tiempo en que duraron las mismas, no puede menos que acreditar el grave ultraje que sufrió durante el transcurso de su infancia por parte de quien debía protegerla que marcaron su sexualidad y que implicaron un ejercicio anormal de la sexualidad evidenciando en quien las practicaba una búsqueda de depravación.

En este sentido, recuerda que la licenciada Brecce (perito de la

Asesoría Pericial departamental) dictaminó que “respecto de la psicosexualidad, aparecen indicadores de conflictos de esta área”; tampoco -continúa su exposición- se prestó atención a la relación consentida de la menor con su tío de treinta años de edad, la cual fue considerada “normal” por la incapaz.

Añade que resultó significativo que no fuera tenido en cuenta ni ponderado el contenido de la Historia Clínica Psiquiátrica de la joven, que da cuenta de las consecuencias que marcaron un tratamiento con medicación hasta la fecha y que revelan el estado psiquiátrico de G.A.Á.

A partir de todo ello, el recurrente afirma que pretendió evidenciar la existencia de una errónea valoración de la prueba que ocasionó una tipificación de las conductas de Á. equivocadas y que posibilitaron la aplicación de preceptos legales de manera inadecuada.

Luego, realiza consideraciones generales, referidas al sistema de valoración probatoria estatuido por nuestro código, destacando que la prueba no fue valorada en su conjunto.

En consecuencia –reitera las agravantes y atenuantes invocadas en el alegato- solicita se revoque parcialmente la sentencia recurrida y se condene al nombrado por los delitos que fuera acusado a la pena de 15 años de prisión, accesorias legales y costas.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

II. Como único agravio, la defensa entiende que se configura en autos un supuesto excepcional de manifiesta arbitrariedad o irrazonabilidad por parte del órgano sentenciante, en atención a la falta de fundamentación del proceso de elección de la pena impuesta, que se aparta –sin motivos– del mínimo legal. Cita jurisprudencia de este Tribunal.

Cuenta que se han meritado como atenuantes el buen concepto de su defendido, su carencia de antecedentes penales y el resultado de los informes psicológico y psiquiátrico, esto último referido al perfil de personalidad que de ellos se desprende y que impediría a su asistido conducirse conforme la norma lo exige; agregando que no se computaron agravantes.

A partir de ello, al no darse una explicación acerca de qué circunstancia ha gravitado en la dosificación de la pena impuesta, que resulta superior al mínimo previsto, atento a que no se computaron agravantes y sí tres pautas atenuantes, entiende que la resolución resulta arbitraria e infundada. Cita doctrina y jurisprudencia.

Solicita, en consecuencia, se case parcialmente la sentencia recurrida y se reduzca el monto de la pena impuesta a J.Á.S., al mínimo para el ilícito en trato, por falta de fundamentación en el proceso de formación de la misma.

III. Que efectuadas las vistas correspondientes, tanto el señor Defensor Adjunto (fs. 57/60 de este legajo y 53/54vta. del legajo acumulado n° 55.228), como los señores Fiscales Adjuntos (fs. 56/vta. y 63/64vta. de este legajo), todos de este Tribunal, hicieron uso de la facultad prevista por el último párrafo del art. 458 del ritual.

El doctor Sureda propició, por un lado, el rechazo del recurso de casación interpuesto por la parte contraria (véase fs. 57/60 de este legajo).

Por el otro, argumentó en concordancia con su inferior jerárquico, al sostener también la falta de fundamentación del decisorio en lo atinente al proceso de individualización de la pena impuesta. Efectúa, además, algunas breves explicaciones en torno a cómo debe realizarse tal proceso; ratifica, en consecuencia, el pedido del defensor de la instancia (por todo, fs. 53/54vta. del legajo acumulado n° 55.228).

A su turno, los doctores Roldán (fs. 56/vta. de este legajo) y Moretti (fs. 63/64vta. de este legajo), mantuvieron expresamente el recurso incoado por la Agente Fiscal de la instancia, solicitando ambos se case el pronunciamiento recurrido y se disponga la remisión de las actuaciones a la instancia de grado para el dictado de una nueva sentencia. La segunda, además, propició el rechazo del recurso deducido por la contraparte (ibíd.).

IV. Para comenzar con un panorama claro, debo decir que el promotor de la acción penal pública se agravia en aspectos que conciernen



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

a la materialidad y que repercuten, por supuesto, en la calificación legal asignada de la que también se queja; por su parte, la defensa técnica del imputado, cuestiona la pena impuesta.

Por una cuestión lógica, es preciso atender en primer lugar el recurso interpuesto por la parte acusadora.

Comencemos, entonces, por el principio.

IV. a. Los agravios esgrimidos por la señora Agente Fiscal

Preliminarmente me gustaría dejar en claro una cuestión que a mi gusto tiene serias trascendencias prácticas. A diferencia de lo que acontece cuando el imputado hace uso de su facultad recursiva, que no es nada más ni nada menos que la expresión del derecho al recurso y la herramienta hábil para hacer efectiva la garantía de la doble conforme (lo que apareja la necesidad de realizar una revisión completa; esto con algunos límites como se sabrá), el recurso fiscal se erige en una mera prerrogativa que concede la ley ritual al mismísimo Estado (cfr. la distinción realizada por la CSJN, Fallos: 320:2145). Con ello quiero destacar que, en estos casos (precisamente cuando el fiscal no recurre en favor del imputado), la máxima latina *tantum devolutum quantum appellatum* adquiere su máxima expresión. Desde allí, la consecuencia es irrefutable, sólo corresponde atender –sin excepción alguna- al motivo y/o argumento esgrimido por el *persecutor*

público, aún en aquellos casos en donde podría aparecer a simple vista que le asiste razón por fuera de sus propias alegaciones; conceder esa extensión, no es propio de un Estado de Derecho que debe velar por el respeto de los principios y de las garantías constitucionales.

Ahora bien, tratando de hacer un esfuerzo para poder determinar el objeto de la impugnación, al sólo efecto de evitar incurrir en omisiones innecesarias que podrían acarrear la sanción procesal ya conocida, debo decir que la discrepancia aparece, en primer lugar, en la materialidad, específicamente en el tema del acceso carnal (esto en verdad está claro), dado que éste no ha quedado debidamente probado según la conclusión arribada por el Tribunal de mérito, y en segundo lugar –aquí es donde aparece la poca claridad- el recurrente se centra en lo que concierne a la calificación legal del hecho, en donde va más allá de lo referido a la penetración (véase a partir de la foja 39/vta. del legajo).

Dicho todo ello, adentrémonos directamente en el análisis de su recurso.

El *a quo* tuvo por probado “...que cuando la menor G.A.Á., de actualmente quince años de edad, contaba con tan sólo cinco años, fue objeto de al menos un atentado sexual por parte de su padre, don J.Á.S., consistiendo en tocamientos y frotamientos del pene entre sus piernas, sin



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

llegar a eyacular, acto que se repitió también en al menos en otra oportunidad, cuando la menor contaba con siete u ocho años de edad.

”Que el primer hecho aconteció en el lugar donde residía la familia, tratándose de una precaria habitación sita en la parte trasera del predio donde se hallaba la casa de su tía, aprovechando la convivencia, y en ausencias de la madre de la niña, quien concurría a llevar a su hermanito, para ser atendido por una dolencia, al Hospital de Niños Sor María Ludovica; mientras que el segundo ocurrió en la casilla habitada por su padre luego de que la pareja se separara, donde la llevaba en oportunidad de visitarlo.

”El grupo familiar se encontraba formado por la progenitora del menor, C.A.V., el concubino de [é]sta –aquí encausado- y sus hermanos menores, [B] V., M.Á. y S.Á.” (por todo, cuestión primera del veredicto).

Considero que el análisis de la prueba realizada en el fallo, en lo referente al tema del acceso carnal (véase cuestión segunda del veredicto), resulta ajustado a las pautas de la sana crítica racional. Este sistema de valoración probatoria, adoptado por nuestro código de procedimientos, concede al juez amplia libertad para formar su convicción, debido a la ausencia de reglas legales de valoración preestablecidas de antemano, únicamente –a diferencia de lo que ocurre con la íntima convicción- se

impone al *iudex* el deber de fundamentar sus conclusiones, en el sentido de que sean el fruto razonado de las pruebas en las que se apoye, con sujeción a una serie de principios emanados de la lógica, de las ciencias y de la experiencia común.

Desde esta perspectiva, contrariamente a lo postulado por el recurrente, la revisión del fallo me impide sostener que el Tribunal haya incurrido en un desconocimiento de las leyes de la lógica, ni en una desviación notoria de los resultados de la prueba o en una omisión esencial en la consideración de las mismas.

A mi juicio, la supuesta contradicción que plantea el Fiscal responde a una falsa apreciación de ese Ministerio en lo que respecta al razonamiento efectuado por el Tribunal. Paso a explicar.

Cuando el vocal preopinante comienza analizando la existencia de los abusos (me refiero a los tocamientos y a los frotamientos de carácter impúdico probados y no al acceso carnal), parte de la consideración del propio testimonio de la menor víctima, expresando en su voto que, en lo que concierne a este punto, la transmisión de su testimonio durante el transcurso del debate, le ha impresionado creíble. De este modo, a partir de allí, sin desconocer aquella advertencia que –como bien recordara el juzgador- formulara años atrás Mittermaier, correctamente pone énfasis en que, en el proceso moderno, la sola circunstancia de que el testimonio



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

provenza de la propia víctima no obsta a su consideración aunque, por supuesto, debe prestarse extrema cautela y atención al momento de su valoración; en otras palabras, por imperio de los principios que gobiernan el sistema probatorio (arts. 209 y 210 del CPP, para nuestro proceso), en tiempos modernos, la máxima del derecho romano “*Nemo testis in propria causa*” no es de estricta aplicación, no obstante, como dije, se deben tomar mayores recaudos en este tipo de circunstancias.

Sin embargo, a poco que uno prosigue con la lectura del fallo (cuestión segunda del veredicto), se advierte una circunstancia de vital importancia que el Agente Fiscal en su recurso pasa por alto y que lo lleva a razonar erradamente, en el sentido que propone la existencia de una contradicción en el camino recorrido por el *a quo*. Dice, a renglón seguido, el juez que vota en primer término, “Así entonces, partiendo de este testimonio, repito, en la medida en que se encuentre corroborado por otros elementos de juicio, he de considerarlo como reflejo de lo acontecido...” (véase fs. 21/vta., último párrafo, del presente legajo); de manera que, el Tribunal ha partido de la credibilidad a partir del resultado de la impresión generada en el debate (propia de la inmediación e insusceptible de control casatorio por imperio de la oralidad y por la propia naturaleza de las cosas) y en la medida —recuérdese esto— en que dicho testimonio tenga apoyo

en algún otro elemento de prueba, por lo menos algún indicio objetivo que avale tal tesitura.

Si reparamos en lo que a los tocamientos y frotamientos concierne – esto no está discutido pero servirá para abordar el tema verdaderamente controvertido-, el *a quo* ha sido consecuente con aquella afirmación inicial. En este sentido, si nos atenemos al relato de la madre, el cual puede apreciarse desde la lectura del acta del debate, en donde se transcribieron sus afirmaciones más trascendentales a tenor de los requerimientos de las partes (acusador y defensa), podemos ver que ella, a partir de lo que la propia hija (víctima de autos) le reveló, habla de una situación de abuso que se condice –en líneas generales- con el propio relato de la menor en el juicio (véase su análisis a partir de fs. 23 y ss.).

Esto fue complementado por el Tribunal con el testimonio prestado en el juicio por el perito psicólogo Mario Luis Perretti y su explicación acerca de la co-construcción; ello, debido a que la menor manifestó que los abusos comenzaron a los cinco años pero que no sabía por qué lo recordaba o qué le hacía recordar ello (cfr. foja 25).

Pero, cuando se trató el punto relativo al acceso carnal, la cuestión varió. El *iudex* explicitó que, hasta lo que al tema de los tocamientos y las acciones impúdicas realizadas por el imputado en el cuerpo de la víctima hace, el relato de la menor resultaba creíble en cuanto a su coherencia



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

lógica; empero, la duda apareció en el espíritu del juzgador en lo tocante a la penetración sexual. Duda que, en modo alguno, se erige en un capricho subjetivo desprovisto de fundamentación.

El Tribunal hizo hincapié en dos cuestiones fundamentales: a) una pericia médica realizada por la Dra. María Graciela Garcerón (incorporada por lectura por acuerdo de partes), complementada con el testimonio de la profesional en el curso de la audiencia de debate; y b) la propia versión de la menor.

La Dra. Garcerón manifestó ante el Tribunal –según se desprende de fs. 25vta. y 26 de este legajo- lo siguiente (se reproduce textualmente lo que surge del fallo con sus destacados): “...que la niña contó haberse iniciado en las relaciones sexuales, en octubre de 2010, a los 13 años, pudiendo constatarse, tras realizar el examen físico pertinente, que presentaba **DESGARRO DE LA MEMBRANA HIMENEAL DE LARGA DATA**, explicando que esa expresión implica **un tiempo mayor a las 72 horas contadas desde efectivizada la pericia, pasada la cual, no puede determinarse la antigüedad de aquel...**”. Al confrontar el resultado de la pericia y la explicación brindada por la facultativa, con el hecho de que la menor tuvo relaciones sexuales con E.T. un mes antes de ser sorprendida por su padre, esto es, en noviembre (de acuerdo a lo relatado por ésta en la

audiencia; ver fs. 22 *in fine*) y la circunstancia de que el dictamen médico fue realizado el 27 de diciembre de 2010, el Tribunal se encontró imposibilitado de establecer, a ciencia cierta, si desde antes del mes de noviembre la joven ya estaba desgarrada, o -completo el razonamiento a los fines de ilustrar la idea- si el desgarramiento científicamente acreditado por el informe, encontraba su causa (natural) en la relación sexual que mantuviera con E.T. (su “novio” como ella lo llamaba). Agréguese a ello que la menor le relató a la profesional haberse iniciado sexualmente a los 13 años y no a los 8 años (edad en la cual había sido supuestamente accedida por primera vez por Á.S., según sus propios dichos en la audiencia); sobre el argumento del Fiscal, enseguida volveré.

Aquello –siguiendo con este primer tramo del análisis en donde me interesa destacar el camino recorrido por los jueces de mérito- llevó al Tribunal a sostener que no existía otro elemento de juicio que corroborase que la niña fue penetrada con anterioridad a los trece años. Si el razonamiento hubiese quedado estancado allí, quizás sí se hubiese evidenciado alguna falla pues, de todos modos, estaba latente el relato de la propia víctima que correspondía analizar; mas, este paso lógico no fue obviado por los jueces de la causa.

La primigenia premisa, se complementó con la siguiente afirmación: “Tampoco pudo expresarse [aluden a la menor víctima] acerca de las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

particularidades del abuso sexual [entiéndase aquí que se refieren también a la penetración], específicamente, si había eyaculado en su interior, afuera, o si usaba algún tipo de protección, ni la habitualidad con que era ofendida”; de tal manera que el razonamiento es acabado, dado que, por un lado, se pone énfasis en que científicamente no se puede avalar con certeza la versión de la víctima y, por el otro, que ésta no resultó del todo convincente –en este punto- por la escasez de contenido que caracterizó a su relato.

Anexado a todo lo anterior se le sumó la terminante negativa del encausado sostenida en el juicio, lo que generó una duda en el espíritu de los magistrados que no fue esclarecida respecto de la existencia de la penetración (conforme manifiesta expresamente el magistrado preopinante, ver foja 26; voto, que es compartido y suscripto por sus colegas); razón por la cual, y obviada de por medio, se aplica el principio *favor rei*.

Dicho todo ello, pasemos directamente a las críticas del recurrente. El Agente Fiscal comienza alegando que se “ha descartado de plano parte de la prueba producida en el debate y la incorporada por lectura”; argumento a todas luces insuficiente dado que siquiera enumera esos elementos y, en su caso, en qué medida serían conducentes para la solución del litigio.

A partir de allí, intenta plantear una supuesta contradicción que podría generar un quiebre lógico en el razonamiento que exhibe el fallo, en

tanto dice que el Tribunal, por un lado, le otorgó plena validez y credibilidad a lo manifestado en el debate por la víctima, pero, por el otro, desecha parte de su testimonio; esto, vale aclarar, no es del todo cierto.

En efecto, repito una vez más, el juez preopinante, al analizar el testimonio de la menor víctima, lo consideró como reflejo de lo acontecido en la medida en que se encontraba corroborado por otros elementos de juicio (ver fs. 21/vta.) y por guardar una coherencia lógica (ver fs. 25/vta., último párrafo). Por ello es que, cuando se trató el tema de la penetración, a criterio de los juzgadores tuvo que prevalecer el *favor rei*, en razón de la inexistencia de otro elemento objetivo que apoye o corrobore los dichos de la niña (ver fs. 25/vta. y 26), precisamente porque el testimonio de ella no permitió *per se* superar el marco de la duda al no haber podido expresar determinadas particularidades básicas acerca del modo y la frecuencia de su realización (ver fs. 26).

A este cuadro se le agrega el dictamen y la explicación de la Dra. Garcerón con la consecuente imposibilidad científica de fijar una precisión mayor de la acercada; de tal manera que, habiendo tenido la menor una relación sexual pasadas esas 72 hs., el dictamen no es –en el punto– determinante; súmesele lo manifestado por la menor a la profesional en cuanto a la edad en que se había iniciado sexualmente.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La Fiscal, por su parte, se concentra sobre esto último diciendo que la menor no le habló a la médica sobre la violencia sexual, agregando que la propia profesional manifestó que no entra en detalles cuando se practica el informe y más adelante desemboca en la siguiente conclusión “Sostuvo el sentenciante que no existe otro elemento de juicio que corrobore que la niña fue penetrada con anterioridad a los trece años. Sin embargo entiende este Ministerio Fiscal que no s[ó]lo se acreditó con los dichos de la menor sino con el informe de la perito m[é]dica que determin[ó] desgarró de antigua data”. Por supuesto que, el principio lógico de razón suficiente, impide considerar al dictamen médico como un aval objetivo de los dichos de la menor, pues aquel requiere la demostración de que un enunciado sólo puede ser así y no de otro modo; de modo que, más allá de su esfuerzo por demostrar que la menor no le contó la verdad a la perito, lo cierto es que su versión (endeble) queda aislada.

Por otro lado, analizando el testimonio de la menor, alude la recurrente al momento en que aquella contó cuál fue la reacción de su padre cuando le manifestó que tenía relaciones con su tío (se quedó “tranquilo”); de ahí que critica al Tribunal por exigir “tamaños recuerdos”, recuerda las explicaciones de Perreti y sostiene que frente a ello “parecería” que no se puede contar con aquellos detalles.

A estas formulaciones cabría contestar lo siguiente: a) que Á.S. se haya quedado tranquilo luego de que la menor le confesó que mantenía relaciones sexuales con su “tío”, no permite inferir ninguna conclusión conducente para el tema que nos ocupa (por lo menos, el fiscal no se encarga de demostrar el sentido por el cual dicha circunstancia apoyaría su tesis); b) conforme surge de las constancias del acta de debate (fs. 10/vta. y ss.) y de las observaciones del fallo (fs. 26), el testimonio de G. fue, en este punto, ciertamente endeble al no haber podido brindar un relato circunstanciado, que no se traduce en la exigencia de pormenores (entiéndase este término en su segunda acepción, como cosa o circunstancia secundaria en un asunto), ni mucho menos en “tamaños recuerdos”, sino en el sentido de no haber acercado al Tribunal algunas cuestiones básicas que permitan circunscribir medianamente sus manifestaciones; y, c) de los dichos de Perreti no surge nada de lo que la fiscal supone, hasta ella misma dice que “parecería” (llamativamente si uno lee el requerimiento fiscal de elevación a juicio que se agregó al legajo de casación, la propia cita que efectúa la Agente Fiscal interviniente, sobre lo que Perreti dejó constancia acerca de lo que la niña le dijo, indicaría que no le habló de penetración; ver fs. 3/vta. de este legajo).

La jurisprudencia alemana toma ciertos indicadores para evaluar la credibilidad de un sujeto que presta declaración, precisamente uno de ellos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

es el grado de detalle que aporta el testigo sobre el suceso en cuestión; así, Sancinetti, tomando como referencia una sentencia del Tribunal Supremo Alemán (Sent. del *BGH*, publ. en *NJW*, 1999, p. 2746 [esp. p. 2748]), cuenta que: “Se presupone que un suceso vivido por uno mismo se caracteriza por una multiplicidad de detalles. En principio, para un testigo sería difícil, según este criterio, inventar una declaración falsa con muchos detalles y luego continuar adornándola. Así, una comunicación *global*, que se mantiene *en lo general*, sería indicadora de una declaración que no se apoya en una vivencia propia, mientras que, en cambio, una declaración apoyada en la vivencia puede ser considerada como probable cuando el testigo menciona *numerosos detalles en principio colaterales*” (SANCINETTI, Marcelo A., *Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, AbeledoPerrot, dirigida por Pedro J. Bertolino y Patricia Ziffer, 2010, n° 6, ps. 984/985, destacados en el original). Esto, por supuesto, no es más que un mero indicador, de ninguna manera puede erigirse como una suerte de principio general; lo importante es, pues, que en nuestro caso viene a complementar las demás falencias probatorias en relación a la pretendida imputación de la penetración.

En cuanto a la declaración del imputado, los mismos jueces se

encargaron de ponderar la “terminante negativa del encausado” sostenida en el juicio (además surge del acta de debate, a través de una constancia solicitada por el propio fiscal, que Á.S. dijo en un momento “esas cosas respecto de mi hija no pasaron así, no son así”, según fs. 12; por lo demás, al finalizar la audiencia de juicio oral, Á.S. refirió ser “inocente”, según fs. 18vta.).

Resumiendo, tenemos lo siguiente: se encontró creíble la versión acercada por la víctima -cuando habló de los abusos- ya que su relato exhibió –en ese punto- una coherencia lógica y en la medida en que se corroboró por otros elementos de prueba; mas, no pudo el tribunal afirmar con certeza que efectivamente hubo penetración al no encontrarse ese estándar de evidencia que permita superar esa duda manifestada (“...*beyond a reasonable doubt*”, como instructivo que se les da a los jurados angloamericanos). Y la duda aparecida en el espíritu de los juzgadores, ha sido razonable.

El fallo exhibe un razonamiento coherente porque a diferencia de lo ocurrido con los tocamientos y frotamientos impúdicos, la versión de la víctima referida a que también había sido penetrada no encuentra apoyo en ningún otro elemento de prueba, además de las deficiencias que adoleció su relato conforme ya fueron apuntadas.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Asimismo, repárese en que el testimonio de la madre, que no es otra cosa que el relato de lo que su hija menor le contó, apoya la versión de G. en cuanto a los tocamientos y frotamientos impúdicos, no así en relación a la penetración; esto –por supuesto- requiere de una explicación. Analizando lo que consta del testimonio de la señora V en el acta de debate (fs. 13 y ss.), advierto que ella, en ningún momento, mencionó específicamente que la menor le haya dicho que Á.S. la penetraba, sino que aludió simplemente a los “abusos” (lo mismo acontece con los pasajes de su declaración que se leen en la cuestión segunda del veredicto). No se me escapa que aquello se pueda objetar diciendo que es una especie de suposición mía, puesto que, a decir verdad, normativamente la palabra abuso abarca a la penetración (la “violación” es un *abuso* sexual agravado por el acceso carnal), pero lo llamativo es que cuando V. formuló la denuncia contra Á.S., manifestó expresamente que los “episodios de abusos inclusive con acceso carnal se daban en ausencia de la denunciante...” (cfr. la copia certificada que obra en este legajo), mientras que no hizo lo mismo cuando testificó en el juicio (o por lo menos no se dejó constancia de ello a requerimiento de parte interesada, en este caso, del *persecutor* público; además, nótese que el Fiscal nada dice en relación a la madre cuando menciona elementos que apoyarían su tesis); ello, sin soslayar que la propia menor efectuó la

distinción entre el abuso y la violación-penetración en su declaración. A su vez, la madre (reitero, según las constancias del acta y lo que surge del fallo) contó que su hija le dijo que la venía abusando desde los cinco años (fs. 13/vta.) y la duda aparece porque el relato se detiene allí (después indica algunos lugares en donde acontecía el hecho según lo que niña le supo expresar), no diferenció al detallar la versión oída -como sí lo hizo G. en su propio relato- entre lo vivido por su hija a los cinco y a los ocho años; para ser claros, la menor hace una especie de corte y diferencia dos situaciones (una a los 5 y otra a los 8), la madre, por su parte, habla en general y no alude específicamente a lo último.

De manera que la rigidez del Tribunal al exigir algo que vaya más allá de la versión subjetiva de la propia víctima, se halla enteramente justificada. Y ello es así porque en el caso confluyen una serie de circunstancias determinantes: a) se trata de un testigo único; b) la testigo es la propia víctima; c) la testigo-víctima es una menor; y, d) su relato acerca de que fue penetrada no pasó el filtro de la inmediación.

En síntesis, el panorama se presentó como una suerte de “declaración vs. declaración” y la menor no convenció rotundamente al Tribunal, quedando una duda que no se ha podido superar. Así lo ha entendido el órgano jurisdiccional sentenciante, sus jueces únicos soberanos en el reino de la inmediación; hállese, pues, prohibida la entrada



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

de este Tribunal a dicho territorio, en donde sólo puede velar que sus fronteras no sean corridas. Como se ha visto a lo largo del presente voto, en nuestro caso, los jueces han dado sobradas razones que justifican su posición.

Por todo ello y para un correcto entendimiento, hay que dejar bien en claro que no se trata, aquí, de asegurar que el acceso carnal no ha existido sino, por el contrario, el punto pasa porque no se pudo determinar –con la prueba recolectada- con certeza que aquel existió. Y esto que parecería una trampa lógica, no es más que una conclusión que se desprende del principio de inocencia y de su corolario *favor rei*.

Tampoco esto quiere decir necesariamente que la menor haya querido incriminar a su “padre” en relación a este punto que se discute, existen numerosos factores que pueden incidir como –por ej.- el problema de los interrogatorios inconscientemente sugestivos que producen los pseudo-recuerdos (cfr. el “informe Kliegel” en SANCINETTI, ob. cit., p. 987 y ss; también véase el estudio de PADILLA, Eduardo J., *Abusos sexual: Guías para la ponderación diagnóstica*, serie *Medicina y Psicopsiquiatría Forense – III*, dirigida por Mariano N. Castex y Daniel M. Silva, 1ed., Ad-Hoc, Bs. As, especialmente el célebre caso de Jean Piaget, ps. 43 y ss.); lo cierto es que aquí ello no se puede determinar ni tiene sentido hacerlo, el

punto neurálgico es que la menor –a través de la intermediación- no convenció a los jueces de mérito y las demás pruebas que se recolectaron no la apoyaban.

Finalizo este tramo de la queja trayendo unas palabras de Petracchi, a cuyo tenor me remito: “Lo contrario importaría ni más ni menos que echar por tierra un bien que la humanidad ha alcanzado y mantenido a costa de no pocas penurias: el principio de inocencia, el cual, tal como lo señaló la Corte Suprema estadounidense in re 'Coffin vs. United States' (156 U.S. 432, pág. 453 y sgtes.), posee antecedentes muy lejanos en el tiempo. Así, en dicha oportunidad, el citado tribunal recordó lo acontecido en épocas del Imperio Romano: Numerius, gobernador de Narbonensis, se hallaba sometido a juicio criminal, y había asumido su propia defensa negando la culpabilidad y alegando la falta de prueba en su contra. Delphidius, su adversario, previendo el rechazo de la acusación se dirigió a Juliano: '¡Oh ilustre César -le dijo- si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?', a lo que Juliano respondió: 'Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes?' (Ammianus Marcellinus, *Rerum Gestarum* LXVIII, C.1). Tan venerable y remoto legado no puede ser desconocido sino a riesgo de negar la propia dignidad humana, y la Constitución Nacional, pues, reza así: 'Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo' (artículo 18). Ello significa que todo habitante



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

debe ser considerado y tratado como inocente de los delitos que se le reprochan, hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme. Tan magno es este principio, que no ha dejado de ser puntualizado por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano -art. 9-, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano -art. 11-, la Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 8, 2º- y diversas constituciones provinciales de nuestra Nación: La Rioja (art. 22), Jujuy (art. 29 inc. 4º), Córdoba (art. 39), San Juan (art.30), Santiago del Estero (art. 35)” (CSJN, Fallos: 314:1091, voto en disidencia de Petracchi del 24/09/1991; reproducido en el dictamen del Procurador General de la Nación en causa A.17.XXXVI, a cuyos términos y conclusiones remitió la Corte Federal por unanimidad).

Sentado lo anterior, pasemos a lo que sigue. En verdad, el último tramo del recurso es verdaderamente confuso, se mezclan los argumentos y no se distingue de manera precisa un agravio del otro, lo único que se sabe es que –más allá del tema sobre la materialidad anteriormente tratado- se queja del rechazo de la calificación que sustentara ese Ministerio al momento de alegar en el juicio. La confusión aparece, por un lado, porque el Fiscal pretende un concurso ideal entre los tipos penales contemplados

por los párrafos segundo (abuso sexual gravemente ultrajante) y tercero (abuso sexual con acceso carnal) del artículo 119 del Cód. Pen., olvidándose que, o existen dos hechos y hay concurso material (lo que no parece ser su postura atento a la cita del art. 54 que hace en la calificación que propone), o bien el primero queda absorbido por el segundo por principio de especialidad, puesto que los abusos contemplados en el artículo 119 integran un tipo progresivo. Por otro lado, también se advierte que no efectúa un deslinde completo y concreto de sus críticas cuando se enfoca en el tipo penal de abuso sexual gravemente ultrajante y en el de corrupción de menores; en algún punto no se puede saber fehacientemente si se refiere a uno o a otro, o a ambos.

Ciñéndome estrictamente a los argumentos que diera el recurrente, en orden a lo que dijera al inicio de este voto, este tramo referido especialmente a la calificación legal tampoco habrá de prosperar.

Preliminarmente, por lógica consecuencia de lo anteriormente dicho, cabe la desestimación del tipo penal de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, párrafo tercero, del Código Penal).

Considera el acusador público que el accionar disvalioso de Á.S. produjo un “grave ultraje” en la niña debido a las siguientes circunstancias: a) su edad de inicio en las prácticas abusivas; b) el hecho de que sus hermanos estaban presentes; y, c) el tiempo en que duraron las mismas.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Verdaderamente la crítica del recurrente, atendiendo a la naturaleza de su recurso (recuérdese lo dicho *supra*), resulta pobre e insuficiente; el impugnante se limita a mencionar circunstancias y afirmar conclusiones, pero olvida formular un razonamiento que demuestre el desacierto de la decisión.

El abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, párrafo segundo, del C.P.) es, como ya se dijo, una forma agravada del abuso sexual simple (art. 119, párrafo primero, del C.P.); la figura acapara todas aquellas conductas que, sin llegar a la penetración, comportan un mayor desvalor al ser más dañosas para la víctima, siempre que, por su duración, o por las circunstancias de su realización, configuren un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima. Lo decisivo de esta figura agravada es, entonces, que haya existido un sometimiento gravemente ultrajante de la víctima, ya sea que ello se consiga por cualquiera de sus dos modalidades (el tiempo o las circunstancias de realización) o por ambas.

La edad que tenía la menor, al momento en que se iniciaron las prácticas, no resulta pauta determinante para configurar el abuso agravado que pretende la parte acusadora; en rigor de verdad, esta circunstancia forma parte del tipo básico (dice el art. 119, párrafo primero, del Cód. Pen.: “...el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta

fuere menor de trece años o cuando...”), se trata, pues, de una de sus modalidades que se extiende a las formas agravadas, de manera que no constituye una nota característica del mayor desvalor que tiñe al abuso sexual gravemente ultrajante previsto por el artículo 119, segundo párrafo, del Código Penal.

En segundo lugar, la presencia de menores al momento de practicarse los tocamientos y frotamientos, no fue una circunstancia mencionada por la parte acusadora al momento de imputarle a Siscar el hecho ilícito, ora en la requisitoria de elevación a juicio (cfr. fs. 2/5 de este legajo, especialmente el punto “II”), ora en el juicio, tanto al inicio (cfr. acta de debate, fs. 9vta. del legajo) como al final cuando realizó su alegato (cfr. acta de debate, fs. 16vta.); de allí que, al no haber sido comunicada oportunamente al imputado ni a su defensor, no puede valorársela en resguardo del principio de congruencia. De todos modos, aquello no necesariamente conlleva la consecuencia que requiere la tipicidad de esta modalidad de abuso agravado; máxime cuando, en el caso, la propia niña declaró: “Me acuerdo la primera vez que él abus[ó] de m[í] en la casa de mi tía yo tenía cinco años. Estábamos en una cama de una plaza, me baj[ó] los pantalones y me puso el pene de atrás y se movía, *yo lo tomaba como un juego*, estaban mis hermanos y estábamos tapados” (cfr. acta de debate, fs. 10vta. *in fine* y ss., el resaltado me pertenece a los fines ilustrativos).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

En lo que respecta al tiempo, debo efectuar algunas aclaraciones.

Por un lado hay que dejar en claro que no fue probado, como alega la fiscal, que la niña haya sido abusada desde los cinco a los trece años de edad, por el contrario, lo acreditado fue "...que cuando la menor (...), contaba con tan sólo cinco años, fue objeto de al menos un atentado sexual por parte de su padre, (...), consistiendo en tocamientos y frotamientos del pene entre sus piernas, sin llegar a eyacular, acto que se repitió también en al menos otra oportunidad, cuando la menor contaba con siete u ocho años de edad" (cuestión primera del veredicto, fs. 27vta./28 del legajo). Recuérdese, aquí, que la niña no fue precisa en algunas partes de su relato (p.ej. habitualidad de los abusos), tal como sostuvieron los jueces de mérito (cfr. cuestión segunda del veredicto, especialmente la foja 26 de este legajo).

Luego, es sobre base de ese hecho probado, en el que debemos centrar el análisis de la calificación requerida, puesto que la impugnante – más allá de lo atinente a la penetración- olvida cuestionar razonadamente y en la forma requerida por la ley ritual, la materialidad ilícita acreditada en el juicio; como se dijo, se limita a efectuar afirmaciones, que no se condicen con la base fáctica que se ha tomado en el fallo, sin explicar o esbozar una argumentación sólida que apoye lo que sostiene. En este punto, debo decir

que el Tribunal de Casación no puede –cuando no se halla en juego una garantía- suplir de oficio, por inferencia o interpretación, las omisiones en que incurra el recurrente.

A partir de allí, cabe afirmar que tampoco dicha circunstancia, desde los hechos probados, puede configurar el tipo de abuso agravado.

Como es sabido, la primera de las modalidades, apareja un inconveniente que estriba en determinar cuál es el tiempo al que la ley se refiere; ello, pues, debe ser valorado prudentemente por el juez en cada caso concreto. Sin embargo, a poco de agudizar el análisis, se puede advertir que la estructura del tipo puede aclararse, desde que no cualquier duración en el tiempo agrava, sino aquella que es de tal forma que aumenta el sometimiento y lo hace gravemente ultrajante (cfr. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, cuarta edición actualizada y reestructurada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 558; análogamente, CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. 1, 7ª ed. actualizada y ampliada [1ª reimpr], Astrea, Bs. As., 2010, p. 206.).

En el caso, únicamente se acreditó fehacientemente que la menor sufrió al menos un atentado sexual cuando tenía tan sólo cinco años, acto que se repitió también en al menos otra oportunidad, cuando contaba con siete u ocho años de edad; sobre dicha base los jueces entendieron que, en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

el particular, la modalidad no excedía el marco contemplado en la figura penal que adoptaran (cfr. la cuestión quinta del veredicto).

Así, el impugnante, no logra demostrar –siquiera intenta- que aquella reiteración haya configurado un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima. En este sentido, quisiera aclarar -para evitar malentendidos- que la simple reiteración de tocamientos o frotamientos (tal, lo probado en el juicio), no implica *per se* un sometimiento gravemente ultrajante que lleve a dichas acciones a encuadrarlas dentro de los márgenes del art. 119, párrafo segundo, del C.P., y ello es así, en tanto que una hermenéutica de ese estilo, borraría por completo toda posibilidad de un concurso material de abusos simples; de suerte que en nuestro caso, el tiempo transcurrido entre uno y otro, viene a reforzar dicha idea.

Entonces, para ir concluyendo, se deduce del fallo que el Tribunal consideró al hecho en una modalidad continuada sin implicar, para la víctima, la consecuencia del tipo de abuso agravado (art. 119, párrafo segundo, del C.P.); de manera que ese plus de desvalor, se proyectó sobre el horizonte de la pena.

Quizás, técnicamente, lo correcto hubiese sido un concurso real entre dos abusos simples (sumándoles los agravantes respectivos), en orden a la cantidad de tiempo transcurrido entre el primero y el segundo, no obstante

puede que los jueces hayan querido evitar cualquier problema de congruencia; de todos modos, siendo que el recurrente no formula un agravio vinculado a ello, se alza aquí la regla que prohíbe la *reformatio in peius* (art. 435, CPP).

En relación al tipo penal de corrupción de menores, bajo el cual la titular de la acción pública también pretende encuadrar el hecho, debo decir que sus críticas también son insuficientes. La señora Fiscal se concentra en el aspecto objetivo de la figura, omitiendo toda consideración en torno a una de las cuestiones que –a criterio del Tribunal- no se acreditó fehacientemente, esto es, el dolo del autor (cfr. las críticas del recurrente a fs. 39/vta. y ss. con el análisis efectuado en la cuestión primera de la sentencia obrante a fs. 30 y ss.). Allí se dijo que “El delito de promover es doloso, por lo tanto el sujeto activo debe tener consciencia de que los actos materiales de naturaleza sexual realizados por o sobre el menor como las acciones de naturaleza intelectual, de significación sexual que realiza, tienden a promover la corrupción o que [é]sta es una consecuencia natural y necesaria de ellos” (cuestión primera de la sentencia, fs. 30/vta.). Por ello es que, pasando por alto aquellas circunstancias sobre las que el recurrente pretende demostrar el desacierto de la valoración, lo cierto es que olvida lo relativo al aspecto subjetivo del tipo y esto sella la insuficiencia de su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

presentación (recuérdese aquí una vez más la naturaleza del recurso fiscal conforme lo explicara *supra*).

En síntesis, conforme a la totalidad de las consideraciones realizadas en este acápite, propondré, entonces, el rechazo total del recurso fiscal.

IV. b. El agravio esgrimido por la defensa técnica del imputado

Que a partir de la interpretación dada por la Corte Federal al recurso de casación, en resguardo de la garantía contenida en los arts. 8, inc. 2º, ap. h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resulta aplicable en nuestro Derecho la teoría de la *Leistungsfähigkeit* consagrada en la doctrina y jurisprudencia alemanas, que impone –al momento de examinar la sentencia recurrida- efectuar el máximo esfuerzo por revisar todo aquello que sea susceptible de ser revisado, es decir que debe agotarse la revisión de lo revisable. De este modo aparece la necesidad de determinar que aquello no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediatez, bajo el recaudo de no magnificar este tipo de cuestiones (por todo, cf. CSJN, C. 1757. XL, “RECURSO DE HECHO. Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681-”, del 20/09/2005, especialmente considerandos 23º, 24º, 25º, 26º, 32º, 33º y 34º del voto de la mayoría).

Cuestiona, el señor defensor oficial, la falta de fundamentación del fallo, en lo atinente al proceso de elección de la pena impuesta. Básicamente, su queja se asienta en el hecho de que, al haberse valorado una serie de atenuantes y ninguna agravante, no se le impuso a su defendido el mínimo previsto por la escala penal configurada por el legislador.

Adelanto que el recurso no merece prosperar.

Sobre esta materia, tuve la oportunidad de explicar que: “Antiguamente, se entendía que la decisión acerca de la medida de la pena era una facultad sujeta al dominio exclusivo de los jueces de mérito, exenta de cualquier tipo de control; hoy en día, sin embargo, esta concepción se ha modificado, admitiéndose su supervisión por vía del Tribunal revisor. Esta idea se debe a un cambio de paradigma, la individualización de la pena no es ya concebida como el producto de la discrecionalidad del juzgador, sino que aquella constituye, nada más ni nada menos, que aplicación del Derecho; precisamente, un repaso por nuestra legislación, nos conduce a verificar que los artículos 40 y 41 del C.P. se encargan de fijar pautas generales, con el objeto de limitar el arbitrio del juzgador.

”Por ello, es que la individualización de la pena constituye un acto de ponderación que debe estar acompañado de su debida fundamentación, efectuado sobre la base de determinadas circunstancias debidamente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

acreditadas y valoradas. De manera que, ni se pueden convalidar decisiones caprichosas basadas en la voluntad subjetiva de los jueces, como tampoco se pueden avalar resoluciones apoyadas en una apreciación absurda de las pruebas habidas en la causa. Es una manda constitucional (art. 171, Const. de la pcia. de Bs. As.), recogida por la ley ritual (art. 106, CPP) y derivada de la forma republicana de gobierno (art. 1, Const. Nac.), el que todos los pronunciamientos jurisdiccionales deben estar adecuadamente fundamentados, sustentados en el texto expreso de la ley con apego a las circunstancias comprobadas en la causa; esto, por supuesto, rige también en este ámbito.

"Ahora bien, sin perjuicio de lo antedicho, ciertamente aquella actividad no puede ser sometida a un control absoluto, dado las propias particularidades que el proceso de mensuración de la pena presenta. Veamos.

"Si hay algo que no se halla prácticamente controvertido en esta materia, es que el ilícito culpable constituye la base ineludible del proceso de individualización de la pena, lo que aparece respetuoso del principio constitucional del hecho. Así, siendo el ilícito y la culpabilidad conceptos graduables, el primer problema aparece en la justa transmutación del injusto y la culpabilidad en magnitudes penales, lo que lleva a afirmar que este tipo

de decisiones tiene –en cierta manera- un componente individual que no es totalmente accesible a un control racional, aunque sí limitado normativamente por el marco punitivo establecido por el legislador.

”Además, surge otro inconveniente a partir de cómo juegan los fines preventivos de la pena frente al proceso concreto de individualización. Esto se ve claramente con las teorías desarrolladas en el extranjero (así, *die Spielraumtheorie*, *die Punkstrafetheorie*, *die Stellenwertheorie*) bajo el pretendido objetivo de coordinar la idea de compensación y los fines preventivos de la pena; véase lo que sucede justamente con la primera de ellas (teoría del ámbito de juego), prácticamente dominante en Alemania, a través de la cual se afirma que es posible establecer un ‘marco de culpabilidad’ cuyos límites están constituidos por un mínimo ‘ya’ adecuado y un máximo ‘todavía’ adecuado a ella y que, a partir de allí, dentro del marco establecido hay un ‘ámbito de juego’ donde la pena debe ser fijada teniendo en cuenta los fines preventivos. Lo cierto es que, más allá de todo ello, la cuantía de la pena no puede superar el límite fijado por la justa retribución del injusto y de la culpabilidad, pues el principio de culpabilidad cumple también una función limitadora de aquella.

”Todo esto demuestra que existe verdaderamente un ámbito donde no es posible ingresar. De manera que, en principio, el control casatorio se circunscribe básicamente a examinar si la cuantía del monto seleccionado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

resulta sumamente desproporcionado de acuerdo a la gravedad del injusto, o si excede la medida de la culpabilidad por el acto, como así también, esta vía deviene idónea para corregir errores en la valoración de cualquier circunstancia que permitiera incidir en el juicio de mensuración; todo lo cual exige una motivación adecuada que permita el control pertinente” (por todo, mi voto en c. 54.864, reg. 26, del 18/12/12).

Desde los parámetros indicados, debo decir que no le asiste razón al recurrente en cuanto postula la ausencia de fundamentación –en este punto- del fallo recurrido. Así las cosas, se advierte claramente que la pena se ha impuesto sobre la base de la gravedad del ilícito culpable y atendiendo a la concurrencia de algunas atenuantes (cfr. cuestión cuarta del veredicto) y de la ausencia de agravantes (cfr. cuestión quinta del veredicto); las propias palabras del magistrado preopinante, compartidas por sus colegas, llevan a justificar aquello (se lee al inicio de la cuestión segunda de la sentencia lo siguiente: “Atendiendo a las circunstancias y fundamentos expuestos en el veredicto (...), propongo se condene a (...) a la pena de...”). Luego, habiéndose tomado en cuenta parámetros fijados legalmente al graduar la pena impuesta, el juicio de mensuración practicado, abastece la exigencia de motivación.

Ahora bien, el problema pasa, en verdad, porque no se le ha

impuesto el mínimo de la escala prevista en abstracto, partiendo la defensa de la inexistencia de agravantes y la concurrencia de tres atenuantes.

Debo, también aquí, recordar las consideraciones que –al respecto– ya efectuara en el precedente citado: “El punto de partida de la valoración es un tema de vital trascendencia, ya que para hablar de agravantes o atenuantes es necesario tener un punto de partida sobre el cual se pueda ‘agrarar’ o ‘atenuar’; cuestión que no ha encontrado una respuesta libre de objeciones desde la dogmática de la determinación de la pena. Precisamente, las soluciones propiciadas por algunos autores alemanes (verb. el ‘caso regular’ de Horn, el ‘caso de gravedad media’ de Dreher, el ‘caso regular normativo’ de Frisch, entre otros) constituyen criterios normativos que avanzan sobre este tema tan complejo pero que, en cierta manera, padecen de un alto grado de abstracción que terminan cayendo en definiciones tan generales como el tipo penal mismo (por todo, cfr. ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2da. ed. inalterada, Ad-Hoc, Bs. As., 1999, ps. 101/106).

”De todos modos, es dable poner énfasis en que, a diferencia de lo que sucedía en el Código Penal de 1886 (art. 52) y en la Ley de reformas n° 4189 de 1903 (art. 6), en donde se establecía que la pena ordinaria era la resultante del término medio entre el mínimo y el máximo de la escala y que dicho monto podía aumentarse o disminuirse frente a circunstancias



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

agravantes o atenuantes, nuestra ley penal vigente no fija un parámetro vinculante para los jueces, lo que permite concluir que el legislador optó por dejar este punto a la libre decisión de aquellos” (c. 54.864 cit.)

Así las cosas, al no existir una infracción legal, la propuesta de la defensa no resulta hábil para conmover el fallo.

Por lo demás, la pena impuesta al imputado (3 años y 6 meses de prisión) se ha mantenido sobradamente por debajo del término medio de la escala conminada en abstracto para el ilícito reprochado (de 3 a 10 años de prisión), apenas unos seis meses por sobre su mínimo; de allí que resulta proporcional a la gravedad del injusto y a la medida de su culpabilidad.

IV. c. Conclusiones finales

En orden lo enteramente razonado en los puntos “IV.a” y “IV.b” del presente, a la primera cuestión sometida a votación, me pronuncio por la **negativa**.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del doctor Ordoqui, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **segunda cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Ordoqui** dijo:

Atento al resultado arrojado por la cuestión precedente, propongo a

mi colega rechazar los recursos de casación presentados por la señora Agente Fiscal (fs. 36/41 de este legajo) y por el señor Defensor Oficial (fs. 30/33 del legajo acumulado n° 55.228); sin costas, en orden a lo dispuesto por los arts. 531 y 532 del CPP.

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del doctor Ordoqui, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal

R E S U E L V E

I. Rechazar los recursos de casación presentados por la señora Agente Fiscal (fs. 36/41 de este legajo) **y por el señor Defensor Oficial** (fs. 30/33 del legajo acumulado n° 55.228); **sin costas**, en orden a lo dispuesto por el arts. 531 y 532 del CPP.

II. Téngase presente la reserva del caso federal efectuada por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación (art. 14, ley 48).

Arts. 8, n° 2, *h*, de la Convención americana sobre derechos humanos; 14, n° 5, del Pacto internacional de derechos civiles y políticos;



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

18, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 40, 41, 119, primer y quinto párrafo, en función de los incisos *b* y *f* del cuarto párrafo, 119, párrafos segundo y tercero, *a contrario sensu*, 125, *a contrario sensu*; 1, 210, 373, 448, 451, 530, 531, 532 y concordantes del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FDO.: JORGE HUGO CELESIA – MARTÍN MANUEL ORDOQUI

Ante mi: Virginia Fontanarrosa

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA