



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 23 de noviembre de dos mil diez se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces Doctores Daniel Carral y Ricardo Borinsky (art. 451 CPP), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de resolver la Causa N° 10695 (Registro de Presidencia N° 38218) caratulada “A., G. s/ Recurso de Casación”, conforme al siguiente orden de votación: CARRAL – BORINSKY –.

ANTECEDENTES

1º) En lo que interesa destacar el Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de San Martín condenó a G. A. a la pena de veinte años de prisión, accesorias legales y costas como autor de los delitos de abuso sexual simple en concurso real con abuso sexual con acceso carnal, ocurridos entre abril de 2004 y diciembre de 2006.

2º) La defensa técnica del encartado interpuso recurso de casación contra la sentencia condenatoria expresando en lo sustancial: “Agravia a este ministerio el cuántum de la pena recaída contra A., que no se condice con los dos hechos descriptos por el tribunal de juicio, atento a que A. carece de condenas y otros antecedentes criminales (...)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Agravia el quantum de la pena impuesta a un hombre de 72 años de edad, sin antecedentes criminales”.

3º) Con la radicación del recurso en la Sala, notificadas las partes se designa audiencia(fs. 42,.43, 44, 46, 47) que fuera sustituida por la adunación, por parte del Señor Fiscal ante esta instancia, del informe de fs. 48/49 vta.

El Sr. Fiscal ante este Tribunal solicitó el rechazo del recurso interpuesto, por encontrarse ajustada a derecho la sentencia atacada. Agrega que el impugnante se limita pura y exclusivamente a resaltar una discrepancia con el fallo recaído, alegando errónea aplicación del art. 55 C.P. en relación al quantum de la pena con respecto a los arts. 40 y 41 del mismo cuerpo legal.

Sostiene el criterio de que no deben ser revisadas en sede casacional las circunstancias agravantes apreciadas por parte del Tribunal por no surgir de que manera se aparta de las reglas establecidas.

Finaliza diciendo que el planteo resulta improcedente, destacando lo expresado por el sentenciante : “...En tal sentido, y en respuesta al planteo de la defensa en lo atinente a la cuantificación de la pena, efectivamente tengo por acreditado a través de los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

dichos de la menor, la pluralidad de conductas abusivas perpetradas en su perjuicio a lo largo del tiempo, lo que justifica el monto de la pena a imponer...”.

Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia, decidiendo plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Señor juez doctor Carral dijo:

I. Los hechos reseñados en la primer cuestión del veredicto dan cuenta que la plataforma fáctica de imputación se asienta en atribuir a G. A. el delito de abuso sexual en perjuicio de la niña M. N. O., cuando contaba con once años de edad, se hallaba sola y mediando intimidación, consistiendo los abusos en besarla y manosearla en distintas partes del cuerpo, incluido los genitales, obligarla a mantener sexo oral y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

tocarle los genitales, accediéndola carnalmente vía vaginal en al menos veinte oportunidades, todo ello sin el consentimiento de la víctima.

De otro lado, el recurso interpuesto por la defensa entiende que se ha probado la autoría de A. respecto a las conductas bajo análisis, pero que la pena de veinte años impuesta, violenta las pautas del art.55 del Código Penal y en ello se agravia sumado a la circunstancias que este quantum se impone a un hombre de 72 años de edad sin antecedentes.

Se desprende del recurso que la defensa asume la materialidad infraccionaria y la responsabilidad de A. en el injusto, tras lo cual la discusión en el sub lite trasuntaría únicamente en lo relativo a la pena impuesta.

En relación a este punto observo que pese a la rotunda negativa de la autoría del hecho por parte de A., su defensor consiente la intervención del mismo, poniendo en crisis la individualización de la pena que en definitiva le fuera impuesta a su pupilo.

A mi modo de ver, la defensa no puede consentir aquello que su ahijado procesal ha negado enfáticamente, toda vez que tal situación importa un menoscabo del derecho de defensa en juicio.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Por tanto, entiendo que la función de los tribunales superiores en estos casos es asignar al recurso la más amplia revisión en pos de asegurar de ese modo el garantizado derecho al doble conforme.

Sin perjuicio de ello, encuentro que la acreditación material de los hechos sustrato de imputación, como la autoría del acusado se hallan debidamente acreditados a partir del creíble testimonio de la menor víctima, aporte probatorio que está conteste con los testimonios brindados durante el debate por parte de E. M. G.; G. P. M.; E. R.; G. S. O.; M. O., a lo que debe adunarse –en esencia- los informes integrados válidamente por lectura, obrantes a fs 16; 36,37 y la documentación de fs 21.

Por supuesto que para la intimidación alcanzan las palabras o actitudes conminatorias o amenazantes referidas en la creíble declaración de la víctima, cuando, por la ausencia de terceros, la superioridad física del autor, la diferencia de edad y la credibilidad del mal que anuncia, es idónea para lograr el efecto inhibitorio pretendido (cfr. en lo pertinente Supremo Tribunal Español, sentencias de enero de 1989, 9 de octubre EDJ 1990/9129 y 21 de diciembre de 1990 EDJ 1990/11841, entre otras).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

II. Desde otro andarivel, observo que la sentencia recoge acertadamente la modalidad concursal que subsume bajo la regla del art.55 del C.P.

Lo antedicho encuentra fundamento en que entre los hechos narrados bajo las circunstancias típicas del “abuso sexual simple” y los restantes que se subsumieran bajo la conducta conocida en doctrina como “abuso sexual con acceso carnal” no existe una homogeneidad material, entre los mismos, que permita considerarlos como una continuación delictiva. En efecto, entre el abuso sexual simple (art. 119, 1er. párr., C.P.), y el abuso sexual con acceso carnal (art. 119, 3er. párr., ibidem) media una diferencia esencial en cuanto a la concreta modalidad comisiva, a saber: el acceso carnal, ausente en los primeros y presente en los restantes. Entonces, cabe afirmar que ambos tramos delictivos son independientes entre sí, por lo cual media entre ellos un concurso material de delitos (art. 55 C.P.), tal como lo ha entendido el tribunal “a quo”.

Sin embargo, si bien se encuentran probados una reiteración entre ambos sucesos independientes, no se aprecia una clara diferenciación de imputación que permita distinguir claramente el acaecimiento de los “veinte” sucesos delictivos a los que alude la sentencia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Lo anterior, es de necesaria distinción por cuanto adquiere relevancia a la hora de desentrañar si se está frente a una conducta que pueda ser asimilada a una continuidad delictiva. Es que sólo podría aceptarse que media la secuela de una misma conducta o trama delictiva que permanece, cuando los hechos subsiguientes constituyan una mera consecuencia, aprovechada por el autor, a raíz de la situación delictiva generada desde el primero de ellos. En este sentido, la doctrina cita, como ejemplo de esto último, las relaciones incestuosas, adulterinas o de estupro, las defraudaciones mediante el uso de pesas y medidas falsas y los delitos monetarios de falsificación o uso (Cfr. NUÑEZ, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, T. II, p. 255; ID. AUTOR, Manual de Derecho Penal. Parte General, Lerner, Córdoba, 1999, p. 272).

Ahora bien, frente a delitos sexuales, en el caso cometidos bajo intimidación sobre la persona de una única víctima, lo anterior se dará únicamente en aquellos casos en los cuales la persona abusada, en función del medio comisivo desplegado en el primero de ellos, ya no ofrece resistencia alguna frente al agresor, quien se aprovecha -de esta manera- del sometimiento logrado a partir de su primer hecho, para "seguir" cometiendo el mismo delito en contra de aquélla, salvo que exista en el ánimo del autor la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

intención de desviar un sano desarrollo de la sexualidad lo que nos llevaría al encuadre de la conducta en el tipo de la corrupción.

III. Si bien se encuentra acreditada la reiteración independiente de una pluralidad bien adecuada a la regla del art. 55 del Código Penal, no lo está en la cantidad de episodios que sin justificación alguna se reprochó en cantidad de veinte.

Luego, en resguardo de la garantía de defensa limitó tal pluralidad a al menos dos hechos por cada abuso sexual simple e igual número, cuanto menos, de abuso sexual con acceso carnal (art. 18 C.N.).

Esta situación así descripta tendrá, en definitiva, incidencia sobre la individualización de la pena que habré de proponer al acuerdo.

Bajo el mismo eje de análisis también encuentro el progreso del recurso en cuanto a la obliteración de agravantes sobre las que se fundara la mensuración de la sanción impuesta.

Al haberse confirmado en la presente resolución la conclusión del “a quo” concerniente al concurso material (art. 55 C.P.), entre los delitos atribuidos a G. A., ello con independencia de la cantidad de sucesos que lo integran, corresponde la obliteración de la pauta severizante en la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

individualización de la pena impuesta, en lo relativo a "el tiempo en que se prolongaron dichos abusos".

Es que, ciertamente, dicha pluralidad delictiva ya ha sido computada por el legislador, al establecer una escala penal más gravosa para estos supuestos (arts. 55 y 56 C.P.). Volver a considerar aquello como una circunstancia agravante de la pena a imponer a G. A., vulnera -entonces- la prohibición de la doble valoración.

Del mismo modo, corresponde suprimir la agravante que se funda en "la proximidad de las viviendas" porque en nada contribuye a un mayor disvalor del injusto que amerite una influencia determinante sobre la mensuración punitiva.

Asimismo, en orden a la normativa constitucional e internacional, y no soslayando las consecuencias que en una persona de edad avanzada como la de A., implicaría el cumplimiento efectivo del máximo de la pena impuesta, y siendo el compromiso del Estado prohibir que las mismas sean crueles, inhumanas o degradantes (art.5.2 C.A.D.H.), he de sostener que asiste razón al recurrente respecto al motivo que se agravia del quantum de la pena impuesta a un hombre de 72 años edad.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Por lo que acreditado ello, el quantum impuesto de veinte años de prisión, no se muestra ajustado a derecho frente a la definitiva individualización que corresponde como correlato del principio constitucional de culpabilidad en la individualización de la pena por los hechos respecto a los que A. debe ser responsabilizado.

De compartirse este sufragio, corresponde adecuar la pena, y como el reenvío para que un nuevo tribunal sustancie y decida la cuestión, sujeto a dicha interpretación y sin posibilidad de variar el panorama de mensura, constituiría una dilación que debemos evitar (artículos 15 de la Constitución de la Provincia y 2º del Código Procesal Penal), propongo asumir competencia positiva considerando justo que G. A. quede condenado a trece años de prisión accesorias legales y costas de primera instancia, por ser autor responsable del delito de abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal en concurso real (artículos 12, 29 inciso 3º, 40, 41, 55, 119 párrafos primero y tercero del Código Penal; 448, 451, 456, 459, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal)

Luego, con el alcance indicado, y la propuesta de retribuir el trabajo profesional cumplido luego del juicio con un 10% de la suma fijada en la sentencia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Por lo que a esta primera cuestión, con el alcance indicado, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la primera cuestión el Señor Juez Doctor Borinsky dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto de mi distinguido colega preopinante y a esta cuestión me pronuncio POR LA AFIRMATIVA

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del doctor Carral y a esta cuestión me pronuncio POR LA AFIRMATIVA

A la segunda cuestión el Señor juez doctor Carral dijo:

En atención al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión anterior corresponde casar el veredicto y sentencia impugnados, estableciendo que G. A. queda condenado a trece años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia , por ser autor responsable del delito de abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal en concurso real (artículos 12, 29 inciso 3°, 40, 41,55, 119 párrafos primero y tercero del Código Penal; 448, 451, 456, 459, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

A la segunda cuestión, el señor juez doctor Borinsky dijo:

Que adhiere, en igual sentido, al voto del doctor Carral.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente:

SENTENCIA

I. HACER LUGAR al recurso interpuesto, sin costas en esta instancia.

II. CASAR LA SENTENCIA, condenando a G. A. a la pena de trece años de prisión, accesorias legales y costas de primera instancia, por resultar autor responsable del delito de abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal en concurso real.

Rigen los artículos 18 de la Constitución Nacional; 12, 29 inciso 3º, 40, 41, 55, 119 párrafos primero y tercero del Código Penal; 448, 451, 456, 459, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Fdo: Daniel Carral - Ricardo Borinsky

Ante mí: Andrea K. Echenique

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA