



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

C-31621

En la ciudad de La Plata a los un días del mes de marzo de dos mil doce, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Fernando Luis María Mancini y Jorge Hugo Celesia (art. 451 in fine del C.P.P. según ley 13.812), para resolver en la causa Nº **31.621** el recurso de casación interpuesto por la defensa de C. A. A.; practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **CELESIA – MANCINI.**

ANTECEDENTES

El Tribunal Oral en lo Criminal nº 3 del Departamento Judicial Quilmes, con fecha 19 de noviembre de 2007, dictó sentencia en la causas P3867 y P3958 de esa sede condenando a C. A. A. a la pena de diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas por juzgarlo autor penalmente responsable de los delitos de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil en concurso real con abuso sexual agravado por el vínculo en concurso real con abuso sexual agravado por ser gravemente ultrajante para la víctima, por acceso carnal y por aprovechamiento de la situación de convivencia, ello en los términos de los arts. 40, 41, 45, 55, 189 bis tercer párrafo –texto según ley 25.086-, 119 párrafos 1ro., 2do., 3ro. y 4to. letra “f” del C.P.

Contra dicha resolución el Sr. Defensor Oficial del mismo Departamento Judicial, Dr. Roberto Campo, interpuso el recurso de casación obrante a fs. 45/62 del presente legajo.

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

Primera ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

Segunda ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada, el **Juez Celesia** dijo:

Se agravia el recurrente respecto de los tres hechos por los que resultara finalmente condenado su asistido, pero para un mejor examen de los agravios, estimo conveniente su tratamiento por separado en función de cada uno de los hechos objeto de acusación y condena.

I. En primer lugar, en torno del hecho nº 1 calificado portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, cuestiona a) los motivos que determinaron la realización de la requisita personal sin orden judicial que finalizara con el secuestro de un pistolón calibre 36 cuya portación ilegítima se atribuye; y b) la valoración probatoria fundante de la autoría penal responsable.

Al presentar el memorial que prevé el art. 458 in fine del C.P.P. la Sra. Defensora Oficial Adjunta ante este Tribunal, Dra. Ana Julia Biasotti, mantuvo el recurso interpuesto y se remitió a sus argumentos (fs. 76).

Seguidamente el Sr. Fiscal Adjunto de Casación doctor Jorge Armando Roldán propició el rechazo in totum del recurso interpuesto (fs. 77/79).

En lo concerniente a la portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, destacó la legalidad del procedimiento policial cuestionado por la defensa y la observancia de garantías constitucionales, invocando la extemporaneidad del planteo de nulidad de acuerdo a los arts. 205 y 206 del C.P.P.

Estimo que sin ingresar al tratamiento de la impugnación de este tramo de la sentencia, en relación al hecho calificado portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, acusado en los términos del art. 189 bis tercer párrafo –texto según ley 25.086- corresponde declarar de oficio la extinción de la acción penal por prescripción respecto del acusado C. A. A., en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

atención al vencimiento de los plazos legales impuestos como límite al proceso penal, sin que se haya verificado ninguna de las causales de interrupción reguladas en el art. 67 párrafo cuarto del C.P.

La acción penal por el delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, instada contra C. A. A., tuvo su último impulso procesal con capacidad interruptiva del plazo, según el art. 62 inc. 2 C.P., con la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal en lo Criminal nº 3 del Departamento Judicial Quilmes de fecha 19/11/07 (fs. 46/59) que aquí viene recurrida, ello conforme los arts. 59 inc. 3º, 67, 189 bis tercer párrafo –texto según ley 25.086- C.P.

Desde dicho acto jurisdiccional de fecha 19/11/07 hasta la actualidad ha transcurrido el plazo máximo previsto en el art. 62 inc. 2º del C.P para decretar la extinción de la acción penal por prescripción, en atención a la escala penal del delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, conforme el art. 189 bis tercer párrafo del C.P., texto según ley 25.086 (vigente al momento de comisión del hecho: 1/6/2002), esto es, tres años de prisión, ley cuya aplicación resulta más benigna para la situación del imputado en comparación con el texto vigente al momento de la sentencia, conforme los arts. 75 inc. 22 C.N., 9 C.A.D.H, 15.1 del P.I.D.C.P. y 2 C.P.

Asimismo desde aquella fecha tampoco se comprueba la causal de interrupción por la comisión de un nuevo delito, según se desprende de lo informado a fs. 84/90.

En virtud de todo lo expuesto y habiendo operado el vencimiento del plazo legal previsto como límite al enjuiciamiento penal por el art. 62 inc. 2 del C.P. en relación con el art. 189 bis tercer párrafo texto según ley 25.086 del C.P., propongo se declare la extinción de la acción penal por prescripción respecto del delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil que

fuera materia de acusación y sentencia condenatoria no firme, ocurrido en Florencio Varela el 1º de junio de 2002.

Arts. 2, 59 inc. 3, 62 inc. 2º, 67, 189 bis tercer párrafo texto según ley 25.086 del C.P.; 75 inc. 22 C.N. y 9 C.A.D.H, 15.1 del P.I.D.C.P.

II. Relativo a los hechos calificados como abuso sexual en los términos del art. 119 C.P., desarrolla el recurrente tres ejes críticos principales: a) en torno del hecho que perjudicara a E. A., b) en torno del hecho que tuviera como víctima a D. P. y c) respecto del monto de pena impuesto.

a) En torno del abuso sexual en perjuicio de E. A., denuncia la inobservancia de normas procesales relativas a la valoración probatoria, particularmente al señalar que las pruebas de cargo valoradas por el tribunal a quo para justificar esa porción de la condena se apoyan en los solos dichos de la víctima E. A. (menor de edad) y en su posible credibilidad, pues tanto la declaración de su madre como el informe victimológico sólo reproducen los dichos de la niña. Refiere que el testimonio de la madre de la víctima no constituye prueba directa como tampoco indiciaria, sino que tan sólo repite manifestaciones que le habría realizado la propia menor, ateniéndose el sentenciante a la fiabilidad que otorgó a esa versión de los hechos. Refiere que se trata de una mera declaración de oídas y no de una prueba circunstancial, resultando en su entender claramente insuficiente para fundar la condena toda vez que si ese escaso cuadro probatorio alcanzara, bastaría con que alguien relatara su versión de lo sucedido (aunque cierta) a una cantidad necesaria de testigos para integrar, junto a su testimonio, la prueba necesaria para acreditar el hecho y la participación criminal, burlando de ese modo las exigencias que en materia probatoria impone el rito.

Por otra parte objeta la fuerza convictiva del informe victimológico mediante cuestionamientos adicionales que introduce a fin de controvertir su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

validez como prueba de cargo. Así destaca como objetable el conocimiento previo que del expediente tuvo quien realizó la pericia y la omisión en detallar de qué manera a partir de las operaciones practicadas (entrevistas con la denunciante y sus hijas) se arribó a dicha conclusión, incumpliendo de esa forma las exigencias del art. 250 inc. 3 del C.P.P. Agrega que la sola referencia a que los relatos de la menor “son compatibles con la victimización por los hechos de las características de los investigados”, sin indicarse las razones concretas que lo justifican, constituye una afirmación dogmática imposible de rebatir y controlar. Por último señala que la circunstancia de pertenecer el profesional que realiza el informe a la oficina de asistencia a la víctima, dependiente del Ministerio Público Fiscal, pone en crisis la objetividad e imparcialidad que debería caracterizar a un peritaje oficial.

Luego critica la valoración jurisdiccional de la presentación de A. y su presunta confesión del hecho en sede policial, por haberse cumplido por fuera de la autoridad competente para recibirla y omitido el resguardo debido de sus garantías: hacerle saber el hecho que se le imputa y los elementos probatorios en su contra así como su derecho a contar con abogado de su confianza, mantener entrevista previa y su derecho de no declarar.

Destaca que la utilización de los dichos del imputado en estos términos configura una abierta violación a la garantía contra la auto incriminación, máxime cuando en la oportunidad del art. 308 C.P.P. A. ejerció su derecho de no prestar declaración; considerando en suma que los dichos del imputado en sede policial no pueden jugar ningún papel en su perjuicio (arts. 18 C.N., 308 y ss. a contrario C.P.P.).

En definitiva, reitera que la única prueba de cargo se conformó con el testimonio de la víctima, lo cual no sólo es insuficiente sino que no guarda correlación con la prohibición del art. 151 último párrafo del C.P.P. en cuanto

establece que “la sola denuncia no basta para detener”, argumento con el que refuerza su conclusión de que el testimonio de cargo único no puede tener suficiente entidad para autorizar al Estado a imponer una condena. Agrega, con cita de doctrina, que si bien el método de las pruebas legales ha sido abandonado, no debe ser descuidado a la hora de la libre valoración del juez pues dicho método sintetiza en muchos casos criterios indiscutibles de sentido común.

Concluye que la correcta valoración de la prueba, a la luz del principio *in dubio pro reo* y del sistema de sana crítica racional, debe conducir al dictado de un pronunciamiento desincriminatorio por el hecho de abuso sexual en perjuicio de E. A..

Al presentar el memorial que prevé el art. 458 in fine del C.P.P. la Sra. Defensora Oficial Adjunta ante este Tribunal, Dra. Ana Julia Biasotti, mantuvo el recurso interpuesto en todos sus puntos de agravio y se remitió a sus argumentos (fs. 76).

A su turno, el señor Fiscal ante este Tribunal en el tramo relativo a los delitos de abuso sexual, señaló que los agravios de la defensa no alcanzan para desvirtuar el razonamiento seguido en la decisión jurisdiccional impugnada, pues el itinerario lógico seguido satisface las exigencias del art. 210 del C.P.P., habiendo el recurrente expuesto una construcción propia que acomoda los hechos a los intereses de su parte y sin demostrar ilogicidad, absurdo o arbitrariedad. No hay fisuras en el razonamiento de los jueces, quienes valoraron las pruebas e indicios serios, precisos y concordantes, acreditando los hechos con distintos elementos de prueba y no sólo en base a un solo testimonio.

Previo al tratamiento de los agravios, se impone por resguardo de la garantía de la defensa en juicio, el examen de la correlación entre la acusación y la sentencia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

En ese sentido, a partir de la comparación entre el objeto de la acusación (según requerimiento de elevación a juicio fs. 2 y alegato fiscal del art. 368 fs. 21vta.) y el objeto de condena según el tratamiento de la cuestión primera del veredicto (fs. 28vta.) se advierte la falta de correspondencia de los límites temporales del hecho que perjudicara a E. A.. Pues, según la intimación fiscal el imputado perpetró actos libidinosos en perjuicio de E. A., consistentes en tocamientos en zonas pudendas y besos en la boca, desde que la menor tenía 10 años, esto es, desde el 20/10/01 (confr. fotocopia DNI de fs. 14 de los autos principales), mientras que según la sentencia el hecho objeto de condena que tuvo por acreditado comenzó a perpetrarse cuando E. tenía 5 años de edad, esto es desde el 20/10/96.

De esta comparación se advierte que una parte de la condena impuesta por el tribunal de grado a A. se apoyó en una porción de los hechos no contenida en la acusación fiscal: los que se extendieron desde 1996 hasta 19/10/2001, impidiendo a la defensa rebatir la atribución de responsabilidad criminal por ese lapso, y por tanto dejando al imputado sin posibilidad de ser oído.

Dicha extralimitación del sentenciante, excediendo el ámbito máximo de decisión, importa una nulidad parcial de la sentencia, de orden general de acuerdo al art. 202 inc. 3 del C.P.P., siendo la entidad del perjuicio constatado que habilita su declaración de oficio, conforme art. 203, lo que así propongo al tribunal se declare.

Tal defecto de la sentencia por inobservancia de la garantía de defensa en juicio y de las normas constitucionales y procesales que la resguardan impone se case el fallo y se excluya como objeto de condena aquella porción de los hechos comprendida desde el año 1996 hasta el 19/10/2001 por la nula posibilidad del imputado de defenderse, ello de

conformidad con los arts. 435 y 460 C.P.P. Corresponde por tanto reformular en esta instancia de revisión el objeto de condena reduciéndolo a los límites temporales fijados por el fiscal en su requerimiento de elevación a juicio concordante con sus alegatos finales presentados en la oportunidad del art. 368 C.P.P.

Adicionalmente, por errónea aplicación del art. 119 párrafo primero del C.P., considerando la fecha de nacimiento de E. A. (20/10/1991, según fotocopia DNI de fs. 14 de los autos principales) corresponde excluir del objeto procesal intimado y consecuentemente objeto de condena el período comprendido desde el 20/10/2004 hasta el inicio de la presente causa, el 4 septiembre de 2005. Pues el 20/10/2004 E. A. cumplió trece años de edad, tope máximo fijado por el art. 119 párrafo primero del C.P. como la edad hasta la cual la ley presume iure et de iure la falta de consentimiento de la víctima. Correlativamente, a partir de los trece años debe comprobarse que medió “violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”, modalidades éstas que no han merecido tratamiento ni fueran comprobadas por el tribunal sentenciante y la falta de recurso fiscal impide la evaluación en ese sentido por este tribunal.

Por lo tanto, según la prueba de cargo valorada por el tribunal y considerando la fecha de nacimiento de E. A. (según copia de DNI de fs. 14 de los autos principales), se tiene por acreditado que C. A. A., padre biológico de la niña E. A., en el interior de la vivienda ubicada en calle Esmeralda 558 de la localidad de Florencio Varela, le efectuó tocamientos en sus zonas pudendas por encima de la ropa, desde el 20/10/2001 en que la menor cumplió 10 años de edad hasta el 19/10/2004, un día antes de que la menor cumpliera trece años de edad.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

En torno de los agravios desenvueltos por el recurrente en este tramo de los hechos acusados, considero que merecen prosperar sólo parcialmente, esto es, en lo tocante a la errónea valoración jurisdiccional de la presentación espontánea de A. en la seccional policial (fs. 36) por importar una evidente vulneración de la garantía contra la autoincriminación (art. 18 C.N., 1 C.P.P.). Las críticas de la meritación de la restante prueba de cargo para sustentar la autoría, si bien puntuales resultan ineficaces para desechar la responsabilidad criminal de A. en el hecho que damnificara a E. A..

Los dichos de la menor, de 15 años de edad al momento de declarar en el juicio, coincidentes con los de su madre, no obstante reconocer una sola fuente de información (el relato de E. A.), contienen una suma de indicadores coherentes y concordantes –correctamente interpretados por el tribunal- que refuerzan su valor de verdad y por tanto su fuerza convictiva por el canal adicional de la correspondencia de sus afirmaciones.

Sin perjuicio de ello, cabe recordar en este punto que, como reiteradamente ha sostenido este Tribunal, el grado de convicción que cada testigo provoca en los jueces de mérito configura una cuestión subjetiva perteneciente a la esfera reservada por la ley para los Magistrados del juicio quienes por su inmediatez frente a los órganos de prueba, son los encargados de establecer el mayor o menor valor de las declaraciones testimoniales, desde que no es posible por la vía casatoria invalidar las impresiones personales producidas en el ánimo del juzgador al observar la declaración de los testigos salvo que se demuestre su contradicción con las reglas de la lógica, el sentido común, el conocimiento científico o aquellas que rigen el entendimiento humano, circunstancias que no se advierten en este caso.

La declaración de un solo testigo, si bien obliga a redoblar las naturales precauciones con que cabe apreciar ese tipo de prueba, puede ser suficiente para arribar a la certeza que requiere todo pronunciamiento condenatorio pues, por un lado el principio de libertad probatoria según art. 209, habilita la comprobación de los hechos por cualquier medio siempre que no se vulneren garantías constitucionales, y por otro, el sistema de valoración de la prueba regulado en los arts. 210 y 373 del ritual, de la sana crítica racional, faculta a los Jueces a merituar libremente las probanzas de acuerdo a su sincera convicción y a las reglas de la lógica, la experiencia, y el sentido común, por lo que resulta inviable toda alegación que se sustente en la existencia de límites preestablecidos, como la imposibilidad de arribar a la certeza con un solo testimonio.

El sentenciante ha explicado las impresiones obtenidas de manera directa del relato de E. A., producto de la inmediación del juicio, valuándolo como verosímil en su consideración integral con el informe victimológico, destacando la corta edad de la víctima y el trauma psíquico que la menor aduce padecer, así como la espontaneidad del relato que efectuó a su madre (fs. 35vta.). De ese modo, el testimonio de cargo prestado por la víctima y examinado por el tribunal a quo según las reglas del art. 210 (fs. 22 y vta.), resultó suficiente para acreditar la participación del imputado en la ejecución de los hechos de contenido sexual objeto de una porción de la acusación en este caso. Adicionalmente, a los fines de contextualizar estos relatos, no puede dejar de tomarse en consideración la intimidad que usualmente rodea a esta clase de hechos, e incluso la reserva que los propios ejecutores se esmeran en guardar, circunstancias todas que a la vez que dificultan la prueba de su existencia, determinan la clase de prueba cargosa que predomina, la del testigo único víctima. En este sentido, la circunstancia de que ninguno de los testigos que depusieron en el debate -salvo la víctima-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

haya podido afirmar certeramente la existencia de los abusos sexuales afirmados por la víctima, en modo alguno niega su ocurrencia. No hay contradicción necesaria entre estos testigos y la declaración de la víctima pues aquéllos en todo caso complementan con sus sospechas (ya afirmadas mas arriba) la imputación de índole penal dirigida por la menor E. a su padre C A. A..

Debe considerarse asimismo que la inmediación en el control de esta prueba importó necesariamente la amplia posibilidad de la defensa de contrarrestar la seria y grave imputación dirigida por la testigo al imputado, lo cual desde este otro punto de vista, refuerza la conclusión jurisdiccional en torno de su valor convictivo.

Esta circunstancia probatoria conformada por el testigo directo único no debe correlacionarse a los fines de la acreditación del hecho y su autoría con la prohibición del art. 151 párrafo sexto del C.P.P., pues esta última disposición legal está dirigida a un momento procesal muy preciso y diferente del acto sentencial del art. 371. Dicha prohibición está destinada a resguardar la libertad ambulatoria frente a posibles abusos en el ejercicio del poder punitivo así como evitar probables manipulaciones del aparato oficial de persecución penal.

Sin embargo, dicha disposición carece de virtualidad directa en el momento procesal de la sentencia, donde la libre valoración probatoria que regula la ley, sólo impone al juez como límite la exigencia de fundar su convicción y el control de la razonabilidad y logicidad; pudiendo en este momento procesal asignar fuerza convictiva al único testimonio de la víctima como base de una condena.

Por otro lado, no puede asignarse idéntico peso probatorio a la denuncia inicial por la presunta comisión de un delito que a la declaración

testimonial prestada en el debate oral. La primera se puede cumplir ante la autoridad policial como la judicial e importa una declaración que se labra por escrito conteniendo información inicial -sujeta a investigación- sobre la presunta comisión de un comportamiento delictivo, que debe transitar la vía de la instrucción judicial. Por el contrario, el testigo que presta declaración en el debate se encuentra sujeto al control de las partes como primer filtro previo a ser valorado por el juez sentenciante, quien a su vez, tuvo oportunidad de examinarlo en la inmediación y oralidad características del juicio propiamente dicho.

En definitiva, el a quo ha explicado cuáles fueron los motivos que lo llevaron a adquirir certeza respecto de la totalidad de los extremos que se tuvieron por acreditados en el fallo, y en tal tarea no ha hecho otra cosa que ejercer legítimamente la facultad que la ley otorga a los jueces del juicio para establecer el mérito de las pruebas con la única limitación de la razonabilidad en que funden su decisión.

Finalmente, la violación del principio in dubio pro reo que la defensa denuncia debe rechazarse por cuanto a partir de la reseña antes desarrollada queda descartado que los sentenciantes hayan dictado el pronunciamiento sin certeza, ni surge de la ponderación objetiva de la prueba un estado de duda capaz de conmover el resolutorio impugnado.

Las categorías de prueba referidas por la defensa para debilitar el testimonio de Alejandra Varela, madre de las dos niñas, (prueba directa y de oídas) integran datos ya valorados por el juez como componentes del testimonio respectivo, precisamente la fuente de la información que trae ese testigo y por consiguiente, su fuerza convictiva, sin que esas categorías dogmáticas puedan a priori conducir a afirmar sin mas que una prueba vale mas que la otra.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

El informe victimológico en este marco, aporta desde otra perspectiva información indiciaria que viene a reforzar la fuente original. Su valoración con sentido inculpatario por el juez no significa asignarle la categoría de pericia y de ese modo exigir el cumplimiento de los recaudos de los arts. 247, 250 y concordantes del C.P.P., pues si bien importa en sentido amplio un juicio de valor, comporta una prueba diferente que sometida a menos formalidades y control de la defensa, conlleva menor fuerza convictiva.

Sin embargo, su valor como prueba tendiente a la averiguación del hecho y la responsabilidad del acusado resulta innegable. La circunstancia de que constituya una prueba producida por una oficina u organismo dependiente del ministerio público fiscal no demuestra indudablemente la parcialidad de quien la realiza, ni menos aún permite descartarla sin más del campo de probables pruebas a producir o producidas en el proceso. Pues la oficina de asistencia a la víctima dependiente del ministerio público cumple funciones específicas de asistencia y asesoramiento a todos los que se presenten como damnificados de un delito (arts. 35 y sig. ley 12.061). En este marco, los informes producidos por esta oficina integran, al igual que los informes policiales, una prueba adicional sujeta a valoración por el juez, bajo la regla de libertad probatoria del art. 209 del C.P.P. La ley procesal al permitir toda clase de prueba siempre que no vulnere garantías constitucionales, autoriza a las partes a recurrir a otros medios de información y utilizarlos, siempre razonadamente y sin menoscabar las mencionadas garantías.

En suma, las exigencias que la defensa reclama incumplidas se basan en imperativos legales a la prueba pericial, debiendo por ende descartarse dichos cuestionamientos por no encuadrar los informes de la oficina de

asistencia a la víctima en el medio probatorio regulado en los arts. 244 y siguientes del C.P.P.

Ahora bien, la valoración jurisdiccional con sentido inculpatario de la presentación espontánea de A. en la seccional policial en compañía de un pastor evangélico reconociendo expresamente haber abusado de sus hijas y de la que dieron cuenta los funcionarios policiales que lo recibieron, no puede de ninguna manera admitirse para formar convicción en la construcción de la autoría penal responsable que aquí se atribuye. Pues, conforme las reglas y principios constitucionales y legales (C.N. art. 18, C.P.P. arts. 1, 308, etc.) el resguardo de la garantía contra la autoincriminación importa que desde todo punto de vista la confesión del inculpado sólo puede recibirse en sede judicial frente a la “autoridad competente” que en nuestro ordenamiento procesal resulta tanto el agente fiscal como el juez (art. 308 C.P.P.). La autoridad policial carece de tales facultades (arts. 293, 294 y concordantes del C.P.P.), de modo que la presentación voluntaria de A. en sede policial y su consecuente confesión extrajudicial, sólo puede importar una circunstancia minorante de la pena una vez afirmada su autoría por otros canales. Cabe por tanto la exclusión lisa y llana del ámbito probatorio con alcance inculpatario de las actuaciones vinculadas a la presentación de C. A. A. en la seccional policial, entregándose por la comisión de los delitos de abuso sexual contra sus hijas.

Sin perjuicio de ello, la autoría penal responsable afirmada se sustenta aún con la exclusión probatoria dispuesta en la valoración de las pruebas mas arriba indicadas.

b) En relación al abuso sexual en perjuicio de D. P., critica puntualmente la aplicación de la agravante del art. 119 segundo párrafo del C.P., esto es, su calificación como sometimiento gravemente ultrajante, desarrollando cuatro objeciones desde distintas aristas.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

En primer lugar denuncia la falta de correlación entre la acusación y la sentencia, toda vez que en esta última se introdujo una circunstancia no mencionada en el curso del proceso: la concurrencia de circunstancias gravemente ultrajantes para la víctima. Señala que en la significación jurídica fijada en las oportunidades procesales de los arts. 308, 335 (acto procesal que fija el objeto del juicio) así como en los lineamientos expuestos al inicio del debate y en el alegato final, esa circunstancia agravante fue omitida.

Dicha deficiencia en su entender no puede subsanarse mediante la vigencia del brocardo *iura novit curia*, pues la calificación jurídica sorpresivamente adoptada importó añadir circunstancias fácticas no contenidas en ninguno de los actos requirentes previamente consignados.

Si bien desde la óptica de los hechos en la descripción fáctica efectuada en la sentencia no se introdujo ninguna circunstancia nueva, la calificación jurídica adoptada importó agregar circunstancias de hecho no intimadas y de las que el imputado no pudo defenderse, transgrediendo las reglas de los arts. 359 y 399, 1º enunciado C.P.P., en tanto el tribunal modificó la plataforma fáctica que constituye el objeto del juicio, al introducir una circunstancia agravante de calificación por fuera del procedimiento previsto por el rito, afectando el principio de congruencia y por tanto la defensa en juicio. Concluye a partir de esta crítica en que procede casar el fallo atacado y adecuar la calificación legal y la sanción impuesta.

En segundo lugar, plantea la ausencia de motivación de la sentencia, por falta de desarrollo de las razones que justifiquen la adopción de la agravante del art. 119 párr. 2do. C.P., requiriendo se case el fallo y se adecue la calificación legal y la sanción impuesta.

En tercer lugar, invoca la errónea aplicación del art. 119 2do. párrafo del C.P., por cuanto dicho texto, vigente al momento del dictado de la

sentencia, no lo estaba al tiempo de comisión del hecho acusado (según la sentencia la comisión del delito se inició cuando D. tenía ocho años de edad), de modo que debió haber sido el texto anterior al actual el aplicado. Luego, por imperio del art. 2 C.P., solicita se case la sentencia y se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a la ley adecuando la calificación legal y la sanción impuesta.

En cuarto y último lugar, señala la errónea interpretación de la ley sustantiva al encuadrar el hecho en el párrafo segundo y en el tercero del art. 119 C.P. Postula que si se aplica la agravante del párrafo 3° del art. 119 – acceso carnal- no es aplicable el párrafo 2° -sometimiento gravemente ultrajante para la víctima-, pues según la interpretación dominante que cita, el párrafo 2° refiere a casos que exceden el tipo básico pero sin llegar al acceso carnal, debiendo tratarse de circunstancias que por su intensidad vejatoria o prolongación resulten en un mayor perjuicio para quien las ha padecido. Las conductas gravemente ultrajantes se conforman con los actos que tienen una desproporción con el tipo básico y que producen en la víctima una humillación mas allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí. Cita en ese sentido jurisprudencia de la C.N.C.P., señalando que esta agravante exige un plus objetivo, situaciones de ultraje grave que no lleguen a la penetración, como el cunning lingus, la utilización de instrumentos que no sean el órgano sexual masculino, el sometimiento violento y prolongado que no culmine en penetración.

Refiere que dado que el acceso carnal posee un plus punitivo, corresponde considerar que es una circunstancia que tipifica un hecho de mayor gravedad que la figura del 2° párrafo del art. 119 C.P. y por tratarse de un supuesto de infracciones progresivas, si el acceso carnal se tuvo por acreditado, debe excluir la agravante por sometimiento gravemente ultrajante y conducir al encuadre exclusivo del párrafo 3° en función del 4° letra f). Así



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

solicita se declare y la consecuente variación en la determinación de la pena se imponga.

En este tramo, el señor Fiscal ante este Tribunal destacó, en sentido contrario a la defensa, que la agravante por circunstancias gravemente ultrajantes requiere una específica valoración que corresponde a los jueces de mérito, debiendo advertirse que con ella se alude a hechos que lesionen la integridad sexual de la víctima de manera mas gravosa y desproporcionada respecto a la figura básica. En autos la conducta de A. ha significado por su duración, por las circunstancias en que la ejecutó y por el aprovechamiento de la situación de paternidad, una grave afectación a la integridad sexual de la joven traspasando los límites del ultraje básico.

En este tramo del recurso, si bien no encuentro eficacia en ninguno de los argumentos de la defensa para desaplicar la agravante del art. 119 párrafo segundo del C.P.; advierto no obstante una violación a la garantía de la defensa en juicio por quebrantamiento de la correlación entre la acusación y la sentencia y una errónea aplicación del art. 119 párrafo tercero del C.P., defectos que conducen a proponer al tribunal se case parcialmente el fallo.

En este sentido, la misma falla por falta de congruencia entre la acusación y la sentencia, observada en el caso de E. A., se repite en la porción de los hechos que perjudicaran a D. P., lo que impone de oficio se case el fallo en idéntico sentido, conforme los arts. 202 inc. 3, 203, 435, 460 del C.P.P.

Pues a partir de la comparación entre el objeto de la acusación (según requerimiento de elevación a juicio, fs. 2 y alegato fiscal del art. 368 del C.P.P., fs. 21vta.) y el objeto de condena según el tratamiento de la cuestión primera del veredicto (fs. 28vta.) se advierte la falta de correspondencia en los límites temporales del hecho que perjudicara a D. P., más precisamente

en el comienzo del comportamiento delictivo atribuido. Según la intimación fiscal el imputado perpetró actos libidinosos e introducción de dedos en la vagina de D., desde febrero 2001, mientras que según la sentencia esos comportamientos lesivos comenzaron a perpetrarse cuando D. tenía 8 años de edad, esto es desde el 27/10/97 (conf. copia de DNI fs. 15 de los autos principales).

Como resultado de esta comparación se advierte que una parte de la condena impuesta por el tribunal de grado a C. A. A. se apoyó en una porción de hechos no contenidos en la acusación fiscal (cuya copia se acompañó a fs. 2 y 21 vta. de este legajo): los que se extendieron desde 1997 hasta enero de 2001, impidiendo a la defensa rebatir la atribución de responsabilidad criminal por ese lapso, y por tanto dejando al imputado sin posibilidad de ser oído.

Dicha extralimitación del sentenciante, excediendo el ámbito máximo de su decisión posible, importa la nulidad parcial de la sentencia, de orden general de acuerdo al art. 202 inc. 3 del C.P.P., que conforme los arts. 203, 435 y 460 del C.P.P. habilita su declaración de oficio, lo que así propongo al tribunal se declare.

Tal defecto de la sentencia por inobservancia de la garantía de defensa en juicio y de las normas constitucionales y procesales que la resguardan impone se case el fallo y se excluya como objeto de condena aquella porción de los hechos comprendida desde el año 1997 hasta enero del año 2001 por la nula posibilidad del imputado de defenderse; solución que impone declarar la nulidad parcial de la sentencia por las acciones objeto de condena perpetradas en ese lapso.

Adicionalmente debe fijarse en el otro extremo un nuevo límite temporal a esta porción del objeto procesal, es decir, los actos de tocamientos libidinosos e introducción de dedos en la vagina en perjuicio de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

D. P., en los términos de la acusación y la sentencia sólo pueden extenderse hasta antes que la menor cumpliera la edad de 13 años (26/10/2002), fecha a partir de la cual para encuadrar los hechos en el tipo penal del art. 119 segundo párrafo C.P., debió comprobarse alguna de las otras modalidades comisivas mencionadas en el primer párrafo, las que al no estar mencionadas ni en la acusación ni en la sentencia, corroboran la fecha del 26/10/2002 como límite del accionar con sentido delictivo por el que se acusara a A. y fuera condenado.

Por lo tanto, reformulando en esta instancia de revisión el objeto de condena, éste debe reducirse al período comprendido entre febrero de 2001 (por respeto a la correlación entre la acusación y la sentencia) hasta el 26/10/2002 (por correcta aplicación del tipo penal del art. 119 párrafo segundo del C.P.) reduciendo en suma los límites temporales hasta aquí fijados por los órganos judiciales intervinientes.

En torno de los agravios como adelantara, ninguno de los argumentos desarrollados poseen en mi juicio eficacia para desechar la agravante que se cuestiona.

En primer lugar, en lo que respecta a la pretendida violación al principio de congruencia, se observa que las acciones de tocamientos libidinosos e introducción de dedos en la vagina se corresponden exactamente según los lineamientos de la acusación y los de la sentencia, manteniéndose incólume la plataforma fáctica objeto de este tramo de la condena.

No se advierte que el fallo haya inobservado las reglas del art. 359 del C.P.P. vulnerando la congruencia exigida y por ende la defensa en juicio dentro de los márgenes temporales ahora establecidos, desde que los hechos acusados en la requisitoria de elevación a juicio (fs. 2) y en el alegato

final (fs. 21vta.), resultaron idénticos en cuanto a la materialidad ilícita indicada (tocamientos e introducción de dedos en la vagina), permitiendo a la contraparte la posibilidad de rebatir la plataforma fáctica como efectivamente se verificó (fs. 25).

Por otro lado, no se advierte violación a la defensa en juicio derivada del apartamiento del tribunal de la calificación legal solicitada por la acusación en los términos del art. 125 párrafo tercero del C.P. y en cambio, la decisión de encuadrar los comportamientos lesivos en la figura del art. 119 segundo párrafo del C.P. Pues en el caso, a partir de la identidad fáctica verificada (salvo la incongruencia ya descartada en cuanto a los límites temporales) por imperio del iura novit curia en el caso el contenido injusto de una y otra calificación se tocan en varios puntos

Por lo tanto, no habiendo existido, en el caso, una violación al principio de congruencia ni ningún otro menoscabo ponderable desde la perspectiva de la defensa en juicio, considero que debe rechazarse este primer motivo de agravio.

Tampoco se observa falta de motivación que funde la agravante del art. 119 párrafo segundo toda vez que si bien en la cuestión primera de la sentencia (fs. 38vta.) el tribunal se limitó a mencionar la nueva calificación que por unánime votación se resolviera, dicho acto jurisdiccional conforma un todo inescindible de cuyo veredicto (cuestiones primera y segunda) se desprende el desarrollo de las razones que fundaron la aplicación de la agravante en cuestión (por su duración en el tiempo –al menos un año-, la corta edad de la víctima, la naturaleza de los hechos, en especial la introducción de dedos en la vagina).

La errónea aplicación del texto hoy vigente también corresponde descartarse a partir de la adecuación a los límites temporales ya fijados mas arriba, esto es, el comienzo de los actos lesivos a partir de febrero de 2001,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

fecha en que ya se encontraba vigente el texto legal del art. 119 segundo párrafo del C.P. en su actual redacción.

Por último, tampoco se advierte errónea interpretación de la ley sustantiva en la aplicación de la agravante que viene cuestionada.

En este sentido, no existe superposición como pretende la defensa entre las agravantes de los párrafos segundo y tercero del C.P., toda vez que existen elementos típicos diferenciados que distinguen una de otra, y a su vez a ambas agravantes de la figura básica. Como tuve oportunidad de sostener en c. 42.416 “la ponderación acerca de la gravedad de un determinado abuso es una cuestión que no sólo se plantea en el abuso sexual gravemente ultrajante, sino también en la figura simple.

Los umbrales mínimo y máximo con que la ley reprime el abuso sexual simple (de seis meses a cuatro años de prisión o reclusión) indican que existe un conjunto de ataques contra la integridad sexual, más o menos graves, que se incluyen dentro de esa figura y quedan excluidos, por ende, de la órbita del sometimiento sexual gravemente ultrajante.

El inconveniente radica, entonces, en determinar qué grado de gravedad se necesita para entender que el abuso sexual excede el tipo básico y pasa a configurar el “sometimiento gravemente ultrajante” del segundo párrafo del artículo 119.

Esta dificultad es consecuencia de la imprecisión con que el legislador ha decidido tipificar este tipo de conductas, pues la remisión que ha hecho a una fórmula tan vaga como “sometimiento gravemente ultrajante” impide discriminar sobre una base objetiva qué conductas pertenecen a la figura simple y cuáles a la figura agravada.

Este evidente problema de legalidad obliga a extremar los recaudos al momento de interpretar los alcances de la agravante en cuestión, incluyendo

en esta figura sólo aquellos casos que con seguridad encuadren en ella, desde que las dudas que pudieran existir acerca de un determinado supuesto solamente podrían ser superadas a través de una valoración puramente personal del juzgador, lo que implicaría sustituir un tipo legal por un tipo judicial, en abierta contradicción con el mandato constitucional de máxima taxatividad legal e interpretativa (arts. 18 y 19, CN). Quedan descartados, de este modo, aquellos supuestos en que no se pueda determinar a ciencia cierta si exceden o no el universo de abusos sexuales captados por la figura básica.

De modo que el abuso sexual gravemente ultrajante del segundo párrafo del art. 119 posee una estructura similar a la del abuso sexual simple. En ambos casos puede existir un sometimiento ultrajante, pero en el supuesto del segundo párrafo la modalidad de la agresión debe ser cualitativamente más grave que el común de las circunstancias que quedarían abarcadas por el abuso sexual simple.

La progresividad con que el C.P. tipifica las diferentes agresiones sexuales demuestra que el abuso sexual gravemente ultrajante alude a hechos que violentan severamente la dignidad de la víctima, de una ofensa grande o injuria de mucha entidad, y lo ubican, por tanto, en una posición intermedia entre el abuso sexual simple y la violación.

Partiendo, entonces, de esta idea de progresividad, el camino más seguro para determinar qué circunstancias configuran un sometimiento sexual gravemente ultrajante, frente a la indefinición legal, sería obviar los límites entre esta figura y el abuso sexual simple y atender, en cambio, a las diferencias existentes entre esta agravante y la conducta todavía más grave de abuso sexual con acceso carnal.

Es evidente que los supuestos valorativamente limítrofes con el ultraje que representa el sometimiento sexual mediante acceso carnal no ofrecen



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

inconvenientes en la diferenciación cuando se los contrasta con los contornos del abuso sexual simple, desde que entre esta figura y el acceso carnal se interpone el “sometimiento sexual gravemente ultrajante”.

Desde esta perspectiva podría decirse que la agravante del segundo párrafo del art. 119 nuclea sin dudas aquellos casos extremos en que el abuso implica la penetración sexual de un instrumento o parte del cuerpo que no sea el órgano genital masculino, en cuanto ello impediría hablar propiamente de un acceso canal.

Éste es un elemento que permitiría distinguir, por exclusión, a la violación de otras formas de abuso sexual, apenas menos graves, que se caracterizan por el grado de ultraje que representa la penetración de la lengua, los dedos u otros objetos similares en la vagina o el ano del sujeto pasivo (véase, en este mismo sentido: Gavier, Enrique A. “Delitos contra la integridad sexual”, 2º edición, Editora Córdoba, Córdoba, 2000, pp. 31 y ss., y Figari, Rubén E. “Delitos de índole sexual”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, pp. 111 y ss., entre muchos otros).

Estos supuestos limítrofes con la violación, en los que el agresor no introduce su pene, pero sí sus dedos, su lengua u otros instrumentos, pueden configurar un sometimiento sexual gravemente ultrajante, siempre y cuando se den los requisitos del “sometimiento”, elementos que no siempre se encuentran presentes en todos los abusos sexuales (véase, en este sentido, lo resuelto por esta sala en los autos “Ipurani Achaya, Nicolás s/recurso de casación”, causa nº 34747, sentencia del 5 de mayo de 2009, registro nº 436).

En el caso de autos, la prolongación de los actos lesivos en el tiempo (desde febrero 2001 hasta octubre 2002), el sometimiento impuesto por la dependencia económica y vincular de la víctima con el imputado, el hecho

reconocido por ambos de ser su hija biológica no obstante reconocer formalmente otro padre, sumado a la naturaleza de las acciones, en particular la introducción de dedos en la vagina, conforman actos cuya intensidad de lesión al bien jurídico los encuadran en la figura del sometimiento gravemente ultrajante para la víctima.

En cuanto a la penetración peneana que sufriera D. P. en la vivienda donde residía junto al imputado y su familia sita en Esmeralda 558 entre Charcas y Pozos de Florencio Varela y calificada como abuso sexual con acceso carnal, corresponde advertirse que si bien el fiscal imputó dicho comportamiento como cometido “meses después de febrero 2001 hasta el 4 de septiembre de 2005”, “conductas disvaliosas que se prolongaron en forma sistemática” (fs. 2 y 21 vta.), el veredicto en el tratamiento de la primera cuestión sólo tuvo por acreditada la perpetración de acceso carnal el día 4/9/2005 en el baño de la precaria casa de la calle Esmeralda 558 de Florencio Varela (fs. 28vta.).

Sin embargo, en este último tramo se advierte la errónea aplicación del art. 119 tercer párrafo del C.P., toda vez que al momento de su ejecución la menor D. P. tenía 15 años de edad, circunstancia que impide el encuadre en la modalidad comisiva con base en la edad de la víctima (menor a trece años) y sin que se haya acusado ni se haya comprobado la concurrencia de alguna de las otras modalidades de comisión: violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción (art. 119 primer párrafo del C.P.).

Tampoco es posible, en atención a la edad de D. P. al 4/9/2005 la aplicación residual del tipo penal del art. 120, toda vez que no se ha invocado ni ha sido intimado por el aprovechamiento de la inmadurez sexual, debiendo desecharse por tanto esta porción de los hechos acusados y objeto de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

condena. Debe aclararse no obstante, que la formulación de los hechos que perjudicaran a D. P. como hecho único descarta la decisión por la absolución.

c) Determinación de la pena en el hecho II:

Por último denuncia la omisión por el sentenciante del tratamiento de una cuestión esencial: la valoración como circunstancia atenuante (planteada en el alegato final del juicio) de haberse entregado voluntariamente a la autoridad y el arrepentimiento allí evidenciado (acta fs. 370). Considera que los dichos del imputado debieron ser evaluados, pues la garantía contra la auto incriminación forzada como toda garantía, sólo favorece a quien se encuentra amparado por ella. Destaca que dicha omisión constituye un defecto grave del acto sentencial que implica infracción art. 168 y 171 CPBA, además del derecho de defensa.

A su turno, el Sr. Fiscal Adjunto de Casación doctor Jorge Armando Roldán refirió que si bien no se ha tratado expresamente una de las circunstancias que la defensa planteara en el debate como minorante de la pena, teniendo en cuenta que se imputa un concurso de delitos y que se han seleccionado agravantes, su incidencia en la pena no puede ser significativa.

Considero que en este tramo le asiste razón a la defensa en cuanto afirma que se omitió considerar una pauta atenuante solicitada a favor de su defendido al momento del alegato final del juicio, aunque como sostiene el Dr. Roldán su incidencia no deberá ser significativa.

De acuerdo con lo que surge del acta de debate (fs. 25vta.) la defensa solicitó que sea valorada como pauta atenuante de la pena la entrega voluntaria de A. a la autoridad y el consecuente arrepentimiento evidenciado, petición que no fue respondida por el tribunal, pues al tratar la cuestión cuarta (fs. 37) se computó únicamente la carencia de condenas y el

buen concepto, guardando silencio en torno de la presentación voluntaria de A. ante la autoridad policial y el arrepentimiento allí demostrado, sin brindar el sentenciante ningún tratamiento, al menos en sus fundamentos, cercenando de tal modo la expectativa de la defensa de hacer valer dichas circunstancias en la graduación de la pena.

Tal omisión importa una trasgresión a lo dispuesto por los arts. 168 y 171 de la C.P.B.A., en la medida en que prescriben que los tribunales deberán resolver fundadamente todas las cuestiones que les sean sometidas por las partes.

Sin embargo, para resolver el agravio planteado no parece necesaria la celebración de un nuevo debate que es la exigencia del reenvío (art. 461 del C.P.P.), por lo que, sumado a las razones de economía procesal este tribunal se encuentra autorizado para asumir competencia positiva y resolver sobre la queja. Art. 460 del C.P.P.

En el aspecto sustancial del agravio, considero que el planteo de la defensa debe prosperar sólo parcialmente.

Tiene dicho este tribunal que las circunstancias objetivas que el C.P. enumera como aquellas que deben tenerse en cuenta al momento de determinar la pena tienen en principio carácter neutro, ya que la ley no les otorga expresamente valor diminuyente o severizante de la pena. A partir de ello cobra vital importancia la fundamentación que elabore el juzgador al momento de aplicarlas al caso concreto, puesto que serán tales consideraciones las que otorguen a las circunstancias objetivadas en la ley penal –arts. 40 y 41- un sentido agravatorio o atenuatorio y las enmarcará en alguno de los estratos que debe entenderse, a partir de una interpretación dogmática del precepto legal, contiene nuestra ley penal como fundamento de la individualización de la pena: la magnitud del injusto y el grado de culpabilidad del acto, complementados por el limitado correctivo de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

peligrosidad evidenciada por las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del delito (conf. precedente “Sotelo”, c. 8488, sent. del 20-V-2003).

Del extracto de las consideraciones jurisdiccionales (fs. 36) se desprende que A. se presentó ante la autoridad policial junto a un sujeto de nombre Montiel que se presentó como pastor evangélico, reconociendo aquél haber tomado parte en la ejecución de abusos sexuales a sus hijas.

Estos datos evidencian en mi modo de ver sólo una actitud de colaboración con el proceso y en definitiva una disposición a favor del cumplimiento de la ley; no así un arrepentimiento que pueda valorarse en términos atenuatorios.

Pues deben diferenciarse al menos tres situaciones que considero no resultan asimilables, por un lado, la colaboración que cualquier imputado puede prestar o no ante la autoridad (policial o judicial) y que tiene consecuencias sólo procesales, en segundo término la confesión judicial que además de poder implicar una facilitación del proceso en el camino del descubrimiento de la verdad o bien ser una herramienta de la estrategia que legítimamente se ejerce en defensa de un imputado, cuando es sincera implica también la internalización de las normas que hacen a su responsabilidad y configura un punto de partida hacia el proceso de resocialización que tiene incidencia como factor de prevención especial en la determinación de la pena.

En ese sentido este Tribunal ha sostenido que “no hay verdadero arrepentimiento sin previa confesión y ésta a su vez constituye un importante indicio de aquél y de la consecuente menor peligrosidad del sujeto en virtud de la internalización de las pautas infringidas al cometer el ilícito” (c. 23.256 “Fierro, Luis Fernando”).

Si bien el arrepentimiento del autor no puede ser concebido como una finalidad del sistema penal ni una actitud del inculpado que deba fomentar el Estado, ni a ello debe tender el fin de la pena porque no sería lícito que el derecho penal trate de modificar la estructura de la personalidad, los sentimientos o las ideas del ser humano sometido a proceso, por el contrario debe respetar su autodeterminación, derivada de una concepción antropológica que lo concibe como un ser libre, ello no implica que el derecho penal no pueda mirar adentro de ese hombre para enriquecer el juicio de valor sobre su culpabilidad o, en el caso, apreciar el arrepentimiento verdadero como pauta de atenuación de la pena, en cuanto demuestre la internalización del respeto por las normas y los valores vigentes.

Desde este restringido punto de vista, la pretensión traída para que se tome como atenuante la confesión sólo extrajudicial, resulta improcedente habida cuenta que no se ha acreditado arrepentimiento, debiendo en consecuencia valorarse sólo la entrega voluntaria del imputado A. como su disposición a estar a derecho.

Así lo voto.

Arts. 18 C.N.; 168 y 171 C.P.B.A.; 40, 41, 45, 55, 59 inc. 3, 62 inc. 2º, 67, 119 párrafos primero y cuarto letra b), párrafo segundo en función del párrafo cuarto letra f), 189 bis tercer párrafo –texto según ley 25.086- del C.P.; 1, 106, 201, 202 inc. 3º, 203, 209, 210, 359, 373, 435, 448, 450, 454, 460, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P.

A la **misma cuestión** planteada, el **Juez Mancini** dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, a la solución propuesta por mi distinguido colega preopinante. Con ello brindo la mayoría perfecta que exige el pronunciamiento.

Igualmente, a fin de recordar mi opinión en relación a la extinción de la acción penal propuesta, destaco que considero que debe aplicarse el art. 67



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

del C.P. vigente conjuntamente con el art. 189 bis -según ley 25.886- del mismo cuerpo legal en atención a mi reiterada postura en cuanto a la imposibilidad de componer leyes.

Ello en virtud de lo normado por el art. 2 del mismo cuerpo legal, pues de todas maneras la acción penal en el caso se encuentra extinta por el transcurso del plazo previsto para la prescripción. Sobra decir que, en el caso, la redacción nueva del art. 67 del C.P. aparece, por su taxatividad, como más benigna para el acusado.

En efecto, en este último escenario normativo, en vista de los plazos transcurridos en este proceso con posterioridad a la sentencia condenatoria dictada con fecha 19 de noviembre de 2007, no han existido otros actos con capacidad interruptiva, por lo que también en mi opinión corresponde declarar extinta la acción penal por el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil endilgado a A., todo lo cual hace viable mi adhesión inicial.

También me permito aclarar que la duda es un estado de ánimo del Juzgador al momento de fallar. Consiste en una indecisión sobre la existencia o inexistencia de algo que puede ser objeto de conocimiento. La indecisión deriva del contraste y compensación existente entre los elementos que llevan a afirmar un dato y aquellos que conducen a negarlo, sin que ninguno de ellos logre, en definitiva, desequilibrar dicha paridad. Pero en el caso de autos, no se advierte, ni se ha evidenciado la existencia de la mentada duda.

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el **Juez Celesia** dijo:

Vista el resultado del tratamiento de la cuestión anterior corresponde disponer: 1) la extinción de la acción en cuanto al hecho I, y 2) declarar la nulidad parcial del fallo en cuanto condena por hechos no contenidos en la

acusación fiscal, lapsos que deben excluirse del siguiente modo: respecto de E. A. suprimir los hechos cometidos desde 1996 hasta el 19/10/2001 (por falta de correlación entre acusación y sentencia) y por errónea aplicación del art. 119 primer párrafo del C.P. excluir el lapso transcurrido desde el 20/10/2004 (fecha del cumpleaños n° 13) hasta el 4/9/2005 (fecha de inicio de la presente causa); y respecto de D. P. excluir los hechos cometidos desde 1997 hasta enero de 2001 (por falta de correlación entre acusación y sentencia) y por errónea aplicación del art. 119 tercer párrafo del C.P. suprimir el lapso transcurrido desde el 27/10/2002 hasta el 4/9/2005; 3) casar la sentencia en cuanto a la calificación legal y por la omisión de tratamiento de una circunstancia atenuante solicitada por la defensa, debiendo recalificarse los hechos como abuso sexual simple agravado por el vínculo (respecto de E. A.) en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia (respecto de D. P.), en los términos de los arts. 119 párrafo primero y cuarto letra b), párrafo segundo en función del párrafo cuarto letra f) y 55 del C.P.; y valorar como atenuante la presentación espontánea de A. ante la autoridad policial y 4) reducir el monto de pena establecido en la sentencia de la instancia, y conforme las pautas atenuantes y agravantes valoradas en el veredicto mas la atenuante de la presentación espontánea, condenar a C. A. A. a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas, por juzgarlo autor penalmente responsable de los delitos indicados en el punto 3).

Arts. 18 de la C.N., 1, 209, 210, 373, 435, 448, 450, 454, 460 y ccddes. del C.P.P.

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el **Juez Mancini** dijo:

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



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

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 II del Tribunal

R E S U E L V E:

I- DECLARAR EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN en favor de C. A. A. respecto del delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil objeto de acusación y sentencia condenatoria no firme, hecho ocurrido en Florencio Varela el día 1º de junio de 2002. Sin costas.

II- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del fallo en cuanto condena por hechos no contenidos en la acusación fiscal, lapsos que deben excluirse del siguiente modo: respecto de E. A. suprimir los hechos cometidos desde 1996 hasta el 19/10/2001 (por falta de correlación entre acusación y sentencia) y por errónea aplicación del art. 119 primer párrafo del C.P. excluir el lapso transcurrido desde el 20/10/2004 (fecha del cumpleaños n° 13) hasta el 4/9/2005 (fecha de inicio de la presente causa); y respecto de D. P. excluir los hechos cometidos desde 1997 hasta enero de 2001 (por falta de correlación entre acusación y sentencia) y por errónea aplicación del art. 119 tercer párrafo del C.P. suprimir el lapso transcurrido desde el 27/10/2002 hasta el 4/9/2005.

III- CASAR LA SENTENCIA en cuanto a la calificación legal y por la omisión de tratamiento de una circunstancia atenuante solicitada por la defensa, debiendo recalificarse los hechos como abuso sexual simple agravado por el vínculo (respecto de E. A.) en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia (respecto de D. P.), en los términos de los arts. 119 párrafo primero y cuarto letra b), párrafo segundo en función del párrafo

cuarto letra f) y 55 del C.P.; y valorar como atenuante la presentación espontánea de A. ante la autoridad policial.

IV- REDUCIR EL MONTO DE PENA establecido en la sentencia de la instancia, y conforme las pautas atenuantes y agravantes valoradas en el veredicto mas la atenuante de la presentación espontánea, condenar a C. A. A. a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas, por juzgarlo autor penalmente responsable de los delitos indicados en el punto 3).

Arts. 18, 75 inc. 22 de la C.N., 9 C.A.D.H., 15.1 P.I.D.C.P.; 168 y 171 C.P.B.A.; 2, 40, 41, 45, 55, 59 inc. 3, 62 inc. 2º, 67, 119 párrafos primero y cuarto letra b), párrafo segundo en función del párrafo cuarto letra f), 189 bis tercer párrafo –texto según ley 25.086- del C.P.; 1, 106, 201, 202 inc. 3º, 203, 209, 210, 359, 373, 435, 448, 450, 454, 460, 530, 531 y ccetes. del C.P.P.

Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

FDO.: JORGE HUGO CELESIA – FERNANDO LUIS MARÍA MANCINI

Ante mi: Gonzalo Santillán Iturres