

En la ciudad de La Plata a los tres días del mes de junio del año mil diez, siendo las ..... hs., se reúnen en acuerdo ordinario los señores Jueces de la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Horacio Daniel Piombo, Benjamín Ramón Sal Llargués y Carlos Angel Natiello, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa **N° 31.622** de este Tribunal, caratulada: "**C., J. A. s/ recurso de Casación**". Practicado el sorteo de ley, resultó que debía observarse el orden siguiente **PIOMBO – NATIELLO** (art. 451 in fine del C.P.P. -ley 13.812-), procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

I.- El Tribunal Criminal N° 6 del Departamento Judicial San Martín condenó a J. A. C. a la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas, por encontrarlo autor del delito de abuso sexual con acceso carnal.

II.- Contra este decisorio interpone recurso de Casación el Defensor Oficial titular de la U.F.D. 3 departamental, Dr. Horacio Martínez Ledesma. Articula los agravios en tres estadios:

a) inobservancia o errónea aplicación de los preceptos legales en la incorporación por lectura de correspondencia privada (art. 228, C.P.P.); y absurda valoración y vulneración constitucional.

Al respecto sostiene que el Tribunal valoró de manera contraria a la ley las cartas encontradas por una tía debajo de la cama de la menor Melanie, ya que por su propio contenido personal deberían haberse tomado como correspondencia inviolable y por tanto, insusceptibles de apropiación privada o pública, en este caso. Solicita que se declaren mal incorporadas a estas misivas como prueba y se fulminen de nulidad absoluta todas las consecuencias e interpretaciones derivadas de las mismas.

b) Inobservancia o errónea aplicación de los preceptos

legales en cuanto a la conformación de la materialidad ilícita, autoría y calificación de la conducta atribuida a C., en función de los arts. 1, 3, 106, 210, 211 371, 373 y 448 del C.P.P.; 18, 75 inc. 22 de la Carta Magna Nacional; 171 de la C.P.B.A. y 119 3er párr. del C.P.

En punto a este particular no encuentra probado el elemento típico de violencia física, continuada y suficiente ejercida en detrimento de la víctima, para violentar su resistencia. Mucho menos encuentra probado el uso de amenazas en relación a la menor, sino solo la atracción mutua de la casi adolescente y el aquí procesado.

En relación a la autoría, sostiene que las circunstancias ventiladas en la presente son concomitantes al contexto de convivencia vecinal del grupo de niñas al que pertenecía la menor en el umbral de su adolescencia y jóvenes adultos, signado todo por una fuerte presencia de lo sentimental y sexual. Señala que en autos se encuentra probada la inclinación sentimental de la chica hacia otros, al menos dos jóvenes compañeros de nombres Lautaro y Jonathan, y que ningún elemento probatorio de peso vincula a las lesiones del intento de penetración – declarado por la ginecóloga del Htal. Churruca depto. Infanto-Juvenil Dra. Patricia Villarbrilede- con su asistido. Si bien concede que estos delitos suceden en la intimidad, también alega que otorgar total credibilidad a los dichos de la menor en detrimento de la totalidad del resto de las pruebas resulta arbitrario y hace caer a la sentencia en el absurdo, en tanto no se supera el examen de certeza.

c) Inobservancia o errónea aplicación de las pautas exigibles para determinar el quantum punitivo, a tenor de lo normado en los arts. 40 y 41 del C.P.

Estima como arbitrario por falta de prueba la agravante de “extensión del daño causado a la víctima” por los dichos de la menor en audiencia, donde demostraba la ausencia de mal alguno, así como la imposición de una pena mayor en dos años a la pedida por el fiscal actuante, en clara ultraactividad prohibida del Tribunal de mérito.

Solicita en definitiva absolución o morigeración al mínimo de la pena atribuida en relación a su asistido.

III.- Mediante interlocutoria glosada a fs. 44 de estos autos, el Tribunal actuante decide conceder el recurso de Casación incoado ante sus estrados. A su vez, este Cuerpo a fs. 51/52 declara la admisibilidad formal de la impugnatoria y convoca a la audiencia para informar en derecho.

IV.- Llegado al estadio puntualizado, las partes la desistieron sustituyéndolo por constancias escritas.

En esta inteligencia, el Ministerio Público de la Defensa ante el Cuerpo, representado por su adjunto José María Hernández señala en su escrito que adhiere a lo manifestado por su par de instancia y propiciando la misma solución.

A su turno el Fiscal Adjunto de Casación, Dr. Jorge Armando Roldán, solicita el rechazo de la casi totalidad de los agravios defensas por entender que no se verifican las transgresiones legales denunciadas, con excepción de lo referente a la imposición de una pena superior a la solicitada por la acusación de instancia, con lo que concuerda y sólo respecto de este punto impetra la recepción del recurso traído, con la morigeración correspondiente de la pena impuesta.

V.- Encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, fue sometida al acuerdo y los magistrados de Sala I decidieron votar y resolver las siguientes:

### **C U E S T I O N E S**

1ra.) ¿Se ha verificado una errónea o arbitraria valoración de la prueba producida en la audiencia, determinante de un yerro en la conformación del cuerpo del delito, autoría o calificación discernidos?

2da.) ¿Se ha producido una arbitraria o errónea elección de la penalidad en estos autos?

3ra.) ¿Qué fallo corresponde emitir?

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

Analizados los dichos que trascienden a los soportes materiales, entiendo que la decisión del juzgador de grado se acompasa tanto al criterio de inexistencia de absurdo (control casacional negativo basado en la clásica doctrina del absurdo descalificante) o el control positivo de la existencia de sustento suficiente a la luz de la doctrina del máximo rendimiento del material probatorio, criterio éste que tiene su arranque en la doctrina “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En otras palabras, el fallo aprueba satisfactoriamente los dos test de validez que impone el ordenamiento vigente, esto es:

a) el de ausencia de absurdo en las conclusiones sentadas en torno a la prueba, tema central del sistema de casación “impura” instrumentada a partir de la Constitución de 1873, primero a través del recurso de inaplicabilidad de ley como vía para acceder a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, y luego, a partir de la ley 11.922, mediante el propio recurso de casación;

b) el de suficiencia en el poder de convicción de los elementos que sustentan la sentencia condenatoria, comprobable en esta sede a través de la aplicación de la doctrina del “máximo rendimiento” que, a tenor de la jurisprudencia “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe llevar al Tribunal de Casación a actuar como una doble instancia “material” comprensiva en plenitud de hechos y derecho.

Incluso, en relación al cuerpo del delito y calificación y respecto a la alegada falta de prueba de la violencia, amenaza o abuso coactivo, esto es, respecto del alegado quebrantamiento de los arts. 210 y 373 del rito, entiendo que nada de eso cuenta porque el primer elemento típico de la figura que se presenta en autos es la edad de la víctima. A la época de ocurrencia de los hechos acriminados, la niña contaba con

once años (fs. 8vta. de estos autos) lo que, sumado a los elementos subjetivos connotados "ut infra", ya torna aplicable el tipo, máxime cuando la figura amplía su protección hasta la edad de trece años.

Respecto de la autoría, si bien cabe tomar nota que el defensor alega que las *"...circunstancias aquí ventiladas son concomitantes al contexto de convivencia vecinal del grupo de niñas al que pertenecía la menor en el umbral de su adolescencia y jóvenes adultos, signado todo por una fuerte presencia de lo sentimental y sexual..."* procurando poner un manto de duda en relación al presunto autor de la penetración, *"no debe olvidarse que la duda es un sentimiento que debe embargar al juez y no a la parte (Sala I, sent. del 24/6/02 en causa 4424, "Garay"). Y en este caso, ella ha quedado excluida "expressis verbis" por el sentido apodíctico del fallo. Tampoco puede hablarse de una duda en sentido objetivo (Sala I, sent. del 13/11/03 en causas 2929, 2947 y 2948, "Ríos y otros"; ídem del 1/7/04 en causa 6915, "Labonia"), pues para ello debió contarse con otra contribución ... decisiva",* que en la especie se carece (causa 7959 "Ramirez Jiménez", sent. del 21/9/06).

Acepto la existencia de promiscuidad en todo el grupo de personas que rodeaba a la menor. Tengo vivo un párrafo de su declaración en la que ella admite que:

*"Que Noelia es (la) prima que tiene 19 años y ella es quien salía con Jorge. Que ella no estaba celosa porque Jorge salía con Noelia pero la buscaba a su hermana. Que su tía Romina salía con el hermano de Jorge de nombre Jesús. Que en esa época ella tenía un novio en el colegio de nombre Jonathan. Que su mamá sabía de los chicos que le gustaban".*

Empero, falta en autos un elemento o más, que asuman la calidad de decisivos y que hayan estado a consideración del tribunal de grado, que permita atribuir la autoría a una persona distinta de C., en especial luego de su declaración en la que consiente "...un

enamoramamiento de ambas partes”...(fs. 18). La defensa no explica quien podría haber efectuado las maniobras que aquí se ventilan, con la misma certeza con que construye el “a quo” la autoría de C.

Y recalando en ese vínculo que liga el hacer con la persona del inculpado, cabe repasar que el mismo se construye sobre la base de prueba documental y pericial -(copias certificadas de fs. 2/3 de los ppales. que prueban la edad de la menor; informes médicos brindados por la ginecóloga del Htal. Churruca Patricia Villabrilede en audiencia al igual que su par Dra. Adriana Nélide De Cesare; historias clínicas agregadas por su lectura; informe de la perito psicóloga Susana Garay Goscilo descartando signos de fabulación en la menor; informes médicos en relación al encartado realizados por los Dres. Pedro Durán y Dr. Durso, así como su evaluación psicológica y psiquiátrica)-, el tenor de la cartas enviadas por este hombre de “...más de 30 años a una niña de sólo once...”(fs. 18Vta.) las aproximaciones a la menor que da cuenta el testimonio de Romina Eberbach y la situación de proximidad emergente de la vecindad y amistad entre víctima y victimario.

Asimismo, debo tener muy presente el carácter de fundamental que le otorga esta sede a la declaración de la víctima en estos hechos, dado que se trata de delitos “en las sombras” o sea producidos en ámbitos donde campea la intimidad (por ejemplo, en el precedente dictado en causa 33975 “Delfino”, sent. del 16/4/2009). Así las cosas, la imputación apalancada por abundante prueba pericial, acrisolan una certeza que excede la simple inexistencia de absurdo.

He dejado “ex professo” como último punto en este ítem lo referido al agravio concerniente a la privacidad de las cartas epistolares que C. le envió a la víctima M. A. L., agravio suficientemente contestado al resolverse la primera cuestión del veredicto del Tribunal de mérito (fs. 6vta. a 8 de estos autos). Y esto porque a partir de que la Convención sobre los Derechos del Niño tomara estado constitucional, asumiendo máxima jerarquía interna, el interés del niño es superior a cualquier

obstáculo de índole legal (arts. 3 y concordantes); interés que en el caso ha sido claramente plasmado en estos autos; salvaguardar al sujeto pasivo del abuso sexual y el aprovechamiento generado por las bajas pasiones de un sujeto mayor de edad. Con mayor motivo cuando el texto del artículo 19 de dicho instrumento internacional reza que:

*“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.*

Todo lo ocurrido fue en interés del menor e implicó dar un paso fundamental en terminar con la situación de sojuzgamiento abusivo en lo sexual a la que era sometida. Al propio tiempo, los papeles privados se hallaban en posibilidad de ser examinados y tomados por terceros, el cual estaba legitimado para proceder a revisarlos toda vez que operaba en función analógica lo previsto por el artículo 240 del C.P., dado que el delito era continuo y se hallaba, por consiguiente, en estado de flagrancia frente a terceros.

Voto por la negativa.

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

Adhiero al voto del colega que precede este acuerdo, por sus mismos fundamentos, al encontrar suficiente y razonada la prueba utilizada tanto para acreditar la materialidad ilícita y la autoría como la calificación legal otorgada al suceso, no advirtiendo arbitrariedad ni quiebre lógico alguno en su composición.

Por otro lado, coincido en que a partir de que la Convención

sobre los Derechos del Niño gozare de máxima jerarquía constitucional, el interés del niño es superior a cualquier obstáculo de índole legal, debiéndose otorgar, por ende, mayor protección a éste que a la prohibición de violación de los papeles privados.

Voto por la negativa.

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

Respecto a las pautas de mensuración de la pena y al agravio relacionado a la imposición de una sanción mayor que la solicitada por el fiscal de juicio, a tenor de lo decidido por el Cuerpo en el Acuerdo Plenario del 12/12/2002 en causa 6467:

*“...Obsérvese que si bien el sistema acusatorio significa que el tribunal no investiga ni se transforma en parte, dado que su rol, enmarcado en una concepción garantista, es la de ser un tercero absolutamente imparcial (vide supra 2.2.), no determina de ningún modo que pueda delegarse en otros sujetos del proceso el encuadramiento jurídico, porque tal conducta significaría lisa y llana renuncia al deber de juzgar que es valorar, subsumir y decidir (Sala I, sent. del 25/4/2000 en causa 706, “Igía”, doctrina de la mayoría). Y, desde luego, dejar en mano de las partes poner el techo a la penalidad por aplicar implica, ni más ni menos, una traba al ejercicio de la potestad de subsumir y juzgar (vide supra 2.3.). Es cierto que en algún precedente la Sala que integro señaló la imposibilidad de ir más allá de la requisitoria en punto a participación delictual; pero la emisión de opinión fue enmarcada por la circunstancia de que a través de sucesivos actos procesales se había mantenido invariable, sin ser eficazmente impugnada o discutida, tal restricción (Sala I, sent. del 4/5/2000 en causa 164, “Jadra Tau”, doctrina de la*

*mayoría). De ahí que sea criterio proclamado considerar que la función judicial en el sistema acusatorio no es la de un mero "convidado de piedra", sino la de un elemento dinámico investido de todas las potestades necesarias para desempeñar la policía del proceso y decidir de conformidad con la ley (Sala I, sent. del 22/9/00 en causa 86, "Lombardo").*

Tampoco obsta haber considerado el daño provocado por la prolongación de la situación que experimentó la víctima, máxime a tenor de lo presenciado por el Tribunal en la audiencia de debate en relación a la niña, particular que, por cierto, resulta invariable potestad del "a quo" apreciar (conf.: causa 180 "Tabaldo", sent. del 27/6/2006-, lo declarado por la Dra. De Cesare en el sub lite, amén de lo transcrito a fs. 14vta. también de estos autos).

En cambio, sí parece arbitrario el agravamiento de la penalidad por la corta edad de la víctima -por resultar elemento típico de la figura aplicada- y la circunstancia de que presente una pequeña contextura física, pues nada quita o pone si hubiera sido, por el contrario, de gran contextura ante la falta de consentimiento que la ley presume.

Voto parcialmente por la afirmativa.

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

También he de adherir al voto de mi colega preopinante.

La determinación de la especie y monto de pena es una facultad que la ley confía no a la acusación sino a la razonabilidad y prudencia de los jueces (cfr. arts. 40 y 41 del C.P. y art. 375 inc. 2 del C.P.P.). De manera entonces, que el pedido de pena efectuado por el fiscal no impone límite alguno a la facultad decisoria del juzgador (con excepción, claro está, de la prevista en el art. 399 del C.P.P., para los supuestos de

juicio abreviado) ni se ve comprometida su imparcialidad cuando -en tarea que le es propia- escoge una sanción que no se corresponde con la requerida por el fiscal actuante.

En lo que refiere al resto de los agravios, también coincido con los fundamentos dados por el Dr. Piombo.

Con ese alcance, voto por la afirmativa.

**A la tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:**

Atento lo manifestado en las cuestiones precedentes, propongo al Acuerdo: casar parcialmente la sentencia de grado en el rubro agravantes obliterando las referidas a la corta edad de la víctima y su pequeña contextura física y fijar la sanción a J. A. C. en siete (7) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas, manteniendo incólumes el resto de las declaraciones contenidas en el fallo, sin costas en esta instancia. (Arts. 106, 210, 373, 460, 530 y 532 del C.P.P.; 40, 41 y 119 primer y tercer párrafo del C.P.; y Acuerdo Plenario emanado de causa N° 6467).

Así lo voto.

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

Adhiero al voto del doctor Piombo y doy el mío en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

**Con lo que se dio por terminado el Acuerdo dictándose la siguiente:**

### **S E N T E N C I A**

**Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede el Tribunal resuelve:**

I.- Casar parcialmente la sentencia de grado en el rubro agravantes obliterando las referidas a la corta edad de la víctima y su pequeña contextura física y fijar la sanción a J. A. C. en siete (7) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas, manteniendo incólumes el resto de las declaraciones contenidas en el fallo, sin costas en esta instancia.

Arts. 106, 210, 373, 460, 530 y 532 del C.P.P.; 40, 41 y 119 primer y tercer párrafo del C.P.; y Acuerdo Plenario emanado de causa N° 6467.

II.- Regístrese. Notifíquese. Remítanse las actuaciones principales con copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen. Oportunamente remítase.

HORACIO D. PIOMBO - CARLOS A. NATIELLO

ANTE MI: Gerardo Cires