



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata a los 15 días del mes de marzo del año dos mil once, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Fernando Luís María Mancini y Carlos Alberto Mahiques bajo la presidencia del primero de los nombrados, para resolver el recurso de casación interpuesto en favor de **C. A. M. G.** en la presente **Causa Nro. 42.206** de trámite ante este Tribunal; practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **MANCINI – MAHIQUES (art. 451 in fine CPP).**

ANTECEDENTES

Llegan los presentes autos a este Tribunal como consecuencia del recurso de casación interpuesto por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Carlos Gabriel Risuleo, respecto del pronunciamiento recaído en la Causa Nro. 262/241 del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 4 del Departamento Judicial Mercedes, por la que se condenara a C. A. M. a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual (sin acceso carnal), calificado por configurar, en razón de su duración y circunstancias, un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima, por resultar ésta menor de trece años de edad, por resultar el autor encargado de su guarda y la situación de convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal, calificado por el sometimiento gravemente ultrajante para la víctima en razón de su duración y circunstancias de comisión, por tratarse de una menor de dieciocho años: la situación de convivencia preexistente y ser encargado de la guarda, en la modalidad de delito continuado, hechos en los

que resultara víctima M. C. K., cometidos entre el 17 de agosto de 2007 y el 18 de mayo de 2008 en la localidad de Moreno, en los términos de los arts, 5, 15. 29 inc. 3º, 45, 55, 119 párrafos 1º, 2º, 3º, 4º, y último párrafo en función de los incs. “b” y “f” del Código Penal.

Efectuadas las vistas correspondientes, y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N E S

Primera cuestión: ¿Corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto?

Segunda cuestión: ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

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

I. A fs. 158/162vta., el señor Defensor Oficial, doctor Carlos Gabriel Risuleo interpuso recurso de casación en favor del imputado C. A. M..

Tres son los planteos que esgrime.

El primer de ellos se vincula con la forma en que se ha recabado la prueba de cargo.

Denuncia quebrantado el art. 101 del CPP y vulnerado el derecho de defensa en juicio.

Sostiene que debe declararse la nulidad de la declaración de la menor víctima y excluirse probatoriamente su testimonio, pues es producto de un interrogatorio ilegítimo que vulnera los derechos del acusado.

Sostiene que el método de interrogación adoptado respecto de la menor ha sido indicativo, pues las preguntas formuladas ya sugerían las respuestas (fs. 295 del acta de debate).

Destaca que esa parte no pudo oponerse al modo del interrogatorio desde que no estuvo presente en el recinto que donde se llevó a cabo.

Señala que se ha invertido la lógica de toda declaración donde se supone que son los testigos quienes deben introducir la información al



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

proceso, y no como sucedió en el presente caso, en donde fue la Sra. Juez quien brindó los datos que tenía en su poder.

Señala que la declaración de la víctima ha sido la única prueba directa con la que se ha contado.

A partir de allí considera que, por fuera de los dichos de la víctima, la restante prueba resulta insuficiente para sostener un veredicto de condena.

Peticiona que se declare la nulidad de la declaración de M. C. K., se excluya probatoriamente el testimonio y, en consecuencia, se absuelva a su asistido.

El segundo motivo de queja, se relaciona con la indeterminación del objeto procesal en lo que hace al número de hechos que se le achacan al imputado.

Como un primer aspecto del vicio alegado, cuestiona la forma concursal seleccionada por el *a quo*, pues, en su criterio no se trataría de un concurso real sino un solo delito continuado.

Seguidamente señala que se ha colocado al imputado en un total estado de indefensión desde que no le ha sido posible conocer el número de hechos que se le endilgan.

Otro matiz del reclamo se relaciona con la determinación del monto de la pena, la cual estima arbitraria.

En ese sentido aduce que sí los plurales actos parciales, no multiplican el número de delitos, y en cambio aumentan el grado de afectación del mismo bien jurídico es de toda lógica que el grado de lesividad dependerá –en buena medida- de la cantidad de hechos.

Agrega que, correlativamente si se desconoce la cantidad de sucesos, se desconoce la intensidad de la afectación al bien jurídico y, en consecuencia, no es posible imponer una pena racional.

Por otro lado, estima vulnerado el principio de congruencia en la medida que, entiende no ha existido correlación entre la imputación efectuada por el Fiscal y la materialidad infraccionada definida en la sentencia.

Se explaya refiriendo que el tribunal no se atuvo a los diez hechos por los que acusó el Ministerio Público Fiscal, ya que habló de numerosos episodios, dando crédito a los dichos de la menor en cuanto dijo que los abusos sucedían todos los días o cada dos días, lo cual daría un número mucho mayor al del fiscal.

Estima que el objeto del proceso no puede quedar determinado, en lo que hace al número de episodios, acudiéndose a períodos de tiempo, como en el caso, que se ha medido en meses.

Aduna que no existe ningún razonamiento que permita arriba a un cierto número mínimo de veces de producción.

Entiende que la indefinición aludida trae aparejado la afectación de la garantía que tiene todo acusado a no verse obligado a brindar información que lo perjudique, en la medida que se vea compelido a aportar datos que complementen el hecho imperfectamente atribuido.

Por lo expuesta solicita que se declare la nulidad de la sentencia por indeterminación de su objeto, y se absuelva a su asistido, o, subsidiariamente, se imponga la pena mínima en tanto no es posible determinar la medida de la afectación a bien jurídico.

Finalmente, cuestiona que se haya ponderado con efecto severizante “la variedad de conductas contra la integridad sexual”.

Argumenta que la diversidad o variedad de conductas no parece que en sí misma implique una mayor lesión al bien jurídico mencionado, pues, la intensidad de la afectación podrá defender de la modalidad del hecho, o de otros factores como su cantidad, pero no por la variedad de conductas.

En esos términos brega por que se oblitere su consideración, y se imponga la menor pena.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

II. Corrido el pertinente traslado de ley (art. 458 del CPP), a fs. 176/vta., la Sra. Defensora Oficial ante esta Alzada, Dra. Ana Julia Biasotti, desiste de la celebración de la audiencia de informes y mantiene el recurso en todos sus términos.

Introduce como un nuevo motivo de agravio, invocando el art. 435 del CPP, la violación del art. 168 de la Constitución provincial, al señalar que el *a quo* ha omitido dar tratamiento a una cuestión esencial vinculada con una de las pautas de atenuación de la pena solicitadas por la defensa, que aludía a la característica de “borderline” de M..

Peticona que se declare la nulidad parcial del fallo y, subsidiariamente, que se compute la atenuante omitida reduciéndose la pena impuesta a su asistido.

III. A fs. 177/181, el Sr. Fiscal ante esta Alzada, Dr. Carlos Arturo Altuve, adopta igual temperamento que la defensa respecto de la audiencia, desistiendo de su celebración, y presente memorial solicitando el íntegro rechazo del recurso impetrado.

IV. Corresponde ahora que me pronuncie sobre los puntos que motivaron la presente impugnación.

Entiendo que el recurso resulta parcialmente procedente.

Sobre el primer tramo de la queja debo decir que no corresponde excluir de la valoración probatoria los dichos proporcionados por la menor en el transcurso de la entrevista mantenida durante el desarrollo del debate bajo las condiciones prevista por el art. 102 bis del CPP. El recurso peca de insuficiente.

Frente a las particularidades que se presentan en este tipo de criminalidad en donde a la ausencia de testigos presenciales, se une la corta edad de la víctima, su palabra adquiere importancia vital para el proceso de

verificación de la hipótesis acusatoria, aunque, claro está, también el método para el abordaje del interrogatorio dista de los cánones usuales.

En esa línea y aún cuando es recomendable llevar adelante el interrogatorio utilizando preguntas abiertas, alentando al niño a suministrar datos con sus propias palabras a través de la narración libre, cierto es que frente al silencio evidenciado no resulta esperable que el entrevistador se mantenga inactivo, por el contrario, es tarea de él facilitar y activar la palabra del niño.

Estamos de acuerdo en que en una batería de preguntas cerradas, sin que medie motivo alguno para así proceder, podría considerarse inapropiada en tanto que la información conseguida de este modo tiende a inocular el testimonio en tanto expresión espontánea de vivencias evocadas, sin embargo, no por ello, debe, sin más, rechazarse su valor como prueba.

Siendo así, no resulta arbitrario ponderar, siempre que lo sea en la medida de lo proporcionado, respuestas de las características señaladas por el recurrente (asertivas o negativas), pese a que, en principio, los relatos suelen resultar más persuasivos.

A lo que cabe agregar que, si bien podrían considerarse poco felices aquellas preguntas en las que se se de por existente hechos no mencionados por el interrogado, considero que este no es el caso, pues aquello que la defensa indica como sugerido no han sido circunstancias que no hubieran sido relatadas en instancias anteriores por la menor.

Es que si bien durante el debate, sobre los hechos abusivos pasados, la niña se habría limitado a responder asertiva o negativamente, según el caso, lo cierto es que, como dije, la Sra. Juez, no introdujo información que pueda tildarse de novedosa para la víctima, pues, precisamente, esos datos históricos fueron anteriormente narrados por ella a los diferentes interlocutores que depusieron luego, en el juicio oral, y así lo confirmaron.

Al margen de ello, la insuficiencia del embate se hace más evidente a poco que se advierte que, la defensa soslaya diversas porciones del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

testimonio en las que efectivamente la joven se explayó en las respuestas dadas en el mismo contexto de la indagación, secundando de algún modo lo medular del caso, por ejemplo al explicar que le contó a su tía lo que C. le hacía porque sino iba a hacer así todo el tiempo, y acentuar que no quería que pase todo el tiempo “eso”, que hicieron la denuncia y le contaron todo a mi familia; dando cuenta, asimismo, de detalles que, por haber sido mencionados a otros testigos estos también los trajeron al debate, entre los que se pueden apuntar el dato del arma con que, según dijo, en una oportunidad el acusado la había apuntado, episodio que la menor vinculó en su relato luego de contestar asertivamente sobre una de las conductas abusivas que se le endilgan, así como del discurso que el acusado acompañaba a su acciones, al recordar que “...me decía que si le decía a alguien o lo acusaba, me iba a matar..”, “...me decía que yo me saque la ropa..”; entre otros elementos que se vinculan con circunstancias de tiempo y lugar de los episodios así como con las oportunidades aprovechadas por el imputado.

Dicho esto, y al margen de que no merece ningún tipo de objeción el modo en que se ha presidido la entrevista, resta decir que la queja tal cual ha sido esbozada resulta insuficiente, pues sabido es que, a los fines invalidantes, la invocación de meras irregularidades procedimentales –en el caso no advierten-, debe ir acompañada de una explicación circunstanciada del menoscabo que aquellas provocaron a las garantías constitucionales que la forma procura evitar, con demostración del perjuicio causado a quien las invoca – art. 203 del C.P.P.-.

Emparentado con ello, corresponde señalar lo ineficaz de la crítica en tanto reeditando un planteo efectuado en la instancia el recurrente se ciñe a reclamar a este tribunal que se aparte el testimonio de la víctima, y que, en

consecuencia, se absuelva al encartado, soslayando que el plexo probatorio se conforma además, y principalmente, con un material testifical y pericial que, dicho sea de paso, en modo alguno ha intentado enervar el recurrente.

En efecto, la convicción de los juzgadores se sustentó en la valoración de las piezas procesales incorporadas por su lectura al debate, y de las declaraciones de testigos y peritos que allí expusieron, sobre los que el tribunal ha pasado revista a lo largo del veredicto.

El caso es que –contra lo que sostiene el recurrente– no son los dichos de la menor volcados en el debate la única prueba que empleara el *a quo* para fundar la condena. Basta para afirmar lo que digo recorrer las dos primeras cuestiones tratadas en el veredicto para fácilmente advertir una nutrida prueba en la que se ha relevado no solo los aportes testimoniales rendidos en el debate, la documental incorporada por lectura, sino además, las verificaciones de los peritos de la salud, que vienen a sustentar las premisas sentenciales, a las que me remito a fin de evitar innecesarias repeticiones.

En efecto, el recurrente pierde de vista que el apartar la declaración de la damnificada no trae, necesariamente, como consecuencia directa la imposibilidad de arribar a un convencimiento razonado acerca del imputación, máxime si no existe razón para dudar de la veracidad de los testimonios de los familiares que declararon en el debate y de las profesionales que la trataron, y que también oyeron de ella manifestaciones similares y advirtieron síntomas concretos de abuso sexual.

Tal como lo señala el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, no hay motivos ni legales ni fácticos que impongan dejar de lado el resto de los testimonios por el simple hecho de no haber estado presentes durante los abusos.

Siendo así nótese que en la alternativa que presente la defensa, queda en pie, la directa imputación que emana de los dichos de J. B. M., A. C., M. E. M., tías y madre, y especialmente, lo plasmado en el informe que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

ejecutara la Licenciada Florencia Raffo, perito del Tribunal de Menores, a fs. 17/21, ampliado en el juicio, donde efectivamente, dicho sea de paso la defensa hizo uso de su derecho a controlar y contradecir esta particular prueba.

En efecto, los juzgadores evocaron el testimonio de J. B., quien tuvo oportunidad de escuchar inicialmente el relato de su sobrina narrando las diversas agresiones sexuales a las que era sometida por su padrastro, según contó en la audiencia y consta en la denuncia de f. 1/vta incorporada por su lectura, y el dictamen pericial premencionado, practicado en los albores de la investigación, dato no menor si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido entre la denuncia que data del 19 de mayo de 2008 y el juicio que se celebró casi dos años después.

En dicho informe, se dejó constancia de que la niña comenzó a relatar reiteradas situaciones de abuso en las que había sido objeto de prácticas sexuales por parte del encartado, verbalizando detalles explícitos de la conducta sexual del ofensor, ubicando los episodios en tiempo y espacio, con descripción verbal y gestual de los actos de presión y coerción impartidos con el fin de mantener el secreto. Se advirtió la descripción de experiencias sexuales que no son las esperables para niños de su etapa evolutiva; y en definitiva se validó el relato brindado por la examinada, luego de analizar su discurso, en el que se evidenció la utilización de expresiones y palabras propias de su edad, observándose "...un relato claro, concreto, preciso y espontáneo de los episodios de abuso sexual referidos". Se expresó que "Ante preguntas abiertas y no inductivas, la niña por vía del recuerdo libre ha podido relatar el momento y contexto en el que se producían los episodios relatos. El recuerdo libre indica que se rememora un evento sin estrategias internas para tales fines, como así tampoco se

requiere la asistencia externa para ello...". También se mencionó la resonancia y el impacto psíquico de los acontecimientos relatados, descartándose la presencia de influencia y determinaciones de adultos; así como indicadores de fabulación, simulación o de distorsión de la realidad. Los sentenciantes también recogieron la declaración que prestara en el debate el perito, oportunidad que tuvo de defender y ampliar los fundamentos de su dictamen, apreciando el tribunal "absoluta solvencia" en esa tarea. Puntualizaron que la experta señaló indicadores de abuso, en la menor, imagen materna debilitada, que explicaría por que recurre a otro familiar, y que tildó de válido su relato.

Siendo así los señalamientos que emanan de la declaración de la menor, resultan prueba suficiente para sustentar la imputación acusatoria, a poco que se advierte que es secundada por los diferentes interlocutores que en el debate oral depusieron y, que sucesivamente, reprodujeron en forma coincidente entre sí y sin incurrir en contradicciones, los pormenores de las maniobras sexuales que la menor les había narrado tiempo atrás, en lo que hace a las circunstancias de tiempo, lugar, modo y personas.

Se advierte que la defensa tampoco se hace eco de que no sólo la denunciante se mantuvo en sus dichos en las diferentes épocas en las que le tocó deponer, sino que además, el contenido de su declaración coincidió en lo sustancial con el discurso que la menor elaboró al reconstruir las vivencias evocadas ante la perito psicóloga que intervenía ante el fuero minoril, y que, paralelamente ambas fueron coherentes en sus relatos con los antecedentes objetivos del caso.

Como se vislumbra lejos estamos del déficit probatorio que el recurrente entiende presente desde que, a las anteriores probanzas el sentenciante integró el contenido de los informes médicos correspondiente a Mailén Broker, los dichos de los galenos que en el debate depusieron, el informe psicológico practicado como prueba previa al debate y los dichos de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

los abuelos maternos volcados en el informe socio ambiental, en cuanto hallaron comunidad con las declaraciones ponderadas.

La prueba citada asimismo resultó útil a fin de establecer la autoría penalmente responsable del imputado.

Repárese en que para fundar la autoría del acusado M., el tribunal se valió tanto de las directas imputaciones contra él ya expuestas, como de otros tantos indicadores que en el caso concurrieron de modo concordante, lo que ya permite desechar el embate defensorista por insuficiente.

Sobre este tópico cabe resaltar que la menor no sólo lo señaló como su agresor, sino que además descartó la posibilidad de que otro sujeto pudiera haber sido el autor.

El desarrollo sentencial no quedó allí pues, al unidireccional cuadro cargoso hasta ahora pergeñado se añadió lo actuado por el perito psicólogo, a partir de las entrevistas mantenidas con el imputado, como un dato que, al menos en nada auxilia la hipótesis de ajenidad, que, de todas maneras sin apoyo probatorio quedó, luego de que el tribunal descartara la coartada del encausado en cuanto atribuyó la imputación al despecho por la ruptura de una relación amorosa con la denunciante, dando los razones por las cuales no merecía crédito su versión.

Todo lo hasta aquí esgrimido suministra los argumentos necesarios para desechar cualquier posible objeción respecto del proceso de valoración de la prueba, el cual respeta adecuadamente lo normado por los artículos 106, 210 y 373 del C.P.P.

De otra parte no puedo dejar de mencionar que como viene diciendo reiteradamente esta Sala los Magistrados de Juicio son libres en la valoración y selección de las pruebas que han de fundar su convicción. El valor de los medios de prueba no se encuentra fijado o determinado de

antemano, sino que corresponde al Tribunal de Mérito evaluar y establecer el grado de convencimiento que tales elementos puedan producir y las razones que condujeron a ese convencimiento. Ese valor no es más que un producto concreto de la conciencia de quien aprecia y juzga, y es por ello, que no pueden invalidarse por vía casatoria si no se verifica a su respecto la conculcación del legal procedimiento de valoración probatoria normado en los arts. 210 y 373 del ritual.

Y desde ese andarivel, tampoco podría progresar la queja, sustentada en la ausencia de prueba directa desde que, aún no mediando ese tipo de prueba, situación que, dicho sea de paso, no se presenta en el caso, el juzgador se encuentra facultado a formar su juicio de certeza respecto de todos los extremos de la imputación sobre la base de prueba de indirecta o de indicios, siempre y cuando la evaluación en conjunto de esos elementos no presenten caminos ambiguos y se dirijan en una misma dirección.

El sistema de valoración probatorio no impone a los magistrados valerse de un determinado tipo de prueba para arribar a un veredicto de condena, por el contrario son libres en esa elección, mientras no vulneren las reglas de la lógica y el sentido común, lo cual aquí no ocurre, en donde la convicción razonable resulte lógicamente de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos probatorios.

Como se ve el embate defensivo es ineficaz desde que intentando fragmentar (indebidamente) el plexo probatorio ponderado, desatiende que la convicción de los juzgadores respecto a la materialidad ilícita y a la autoría de M. en los episodios fue el fruto de la correlación de todos los elementos meritados en el fallo.

Todo ello me lleva a proponer, sin más, al acuerdo el rechazo este primer motivo de queja.

Ahora bien, con relación al segundo tramo del recurso debe señalarse que, en contra de lo que sostiene la defensa, la sentencia no merece corrección en punto al modo en que han sido fijados los hechos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Haciendo pie en la expresión del *a quo* en cuanto se refiere a “números episodios”, la defensa se queja de que, en la descripción de la materialidad ilícita, no se ha determinado el número preciso de sucesos endilgados, indefinición que pondría a su asistido en un total estado de indefensión.

Entiendo que ese planteo es improcedente desde que no se advierte que la descripción de los episodios atribuidos al imputado adolezca de imprecisiones de tal entidad que imposibiliten el conocimiento de la imputación y el ejercicio del derecho de defensa.

De la simple lectura de los distintos actos procesales en donde figuran la descripción de los hechos emerge con nitidez que tanto la acusación como el órgano jurisdiccional cumplieron las exigencias rituales (art. 335 y 371 del C.P.P.), toda vez que especificaron de modo suficiente las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ocurrencia de los episodios, apareciendo claramente diferenciadas las conductas y los fundamentos probatorios de esa imputación, sin que la imprecisión en cuanto al exacto número de ellos implique la imposibilidad de resistir la imputación así formulada, puesto que la detallada enunciación de las particularidades de tales sucesos mentadas en cada uno de ellos alcanzan, en el caso, para perfilar adecuadamente el objeto procesal (posibilitando así la réplica del imputado y su defensor), sin mengua de los derechos de defensa en juicio y debido proceso consagrados en el art. 18 de la C.N.

No se vislumbra un déficit en la determinación de los hechos, sino que, por las características de tiempo, lugar, modo y ocasión en que fueron cometidos, es esperable que no se pueda precisar detalladamente el número exactos de los abusos perpetrados, circunstancia que en vista de las peculiaridades que presentan el tipo de conductas delictivas achacadas, en

donde la multiplicidad de conductas ejecutadas está dada por la habitualidad, no se advierte como una falencia que atente contra la necesaria completitud que debe merecer la descripción del hecho en sus aspectos esenciales.

Entonces, correctamente perfiladas en su acontecer fáctico las conductas imputadas al procesado, propicio el rechazo de la nulidad pretendida, por no mediar conculcación al derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la C.N.

Tampoco creo que se haya configurado en el caso la vulneración al principio de congruencia.

Es inexacto lo afirmado por el recurrente en cuanto dice que el tribunal se apartó de la cantidad de episodios intimados por la acusación.

Basta para ello decir que, si bien, es cierto, como se dijo, que en el fallo no se mencionó explícitamente el número de hechos atribuidos, pues, en cambio, se hizo referencia a plurales sucesos, ello en modo alguno significa que se haya incluido otra tanta cantidad por fuera de los que fueron materia de acusación.

La no mención de un número preciso de abusos, no conlleva a considerar que la materialidad haya excedido la primitiva extensión de los hechos atribuidos.

A partir de ello, no puedo sino concluir que, en el terreno de los hechos, nada fue cambiado pues, la base fáctica por la cual fue llevado a juicio no ha variado al punto de haberse encontrado con hechos nuevos o distintos en comparación con lo que le fuera informado desde el comienzo de la investigación.

Así las cosas, y por fuera de lo previamente señalado que ya permite descartar el planteo, no explica el recurrente más allá de una genérica postulación, qué perjuicio habría irrogado los defectos denunciados, sin verificarse, por otra parte, vulneración a la defensa en juicio.

No debe olvidarse que es regla primordial para el análisis del asunto, la demostración de que medió una sorpresa que deterioró el derecho de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

defensa, provocando un perjuicio al procesado, extremo que no advierto, y ni siquiera la defensa ha abordado, desde que omite señalar concretamente de qué defensas concretas se vio impedida de formular.

A partir de las consideraciones efectuadas, puede concluirse que no se configuró en el caso la infracción al principio de congruencia, pues la sentencia no se apartó de los hechos contenidos en la acusación así como tampoco se demostró la violación al derecho de defensa en juicio.

Una vez sentado ello, siguiendo con los puntos que expresamente discute el impugnante considero que no podrá ser atendido favorablemente el reclamo de la defensa que cuestiona el enlace concursal.

Comparto el modo concursal escogido por el *a quo* en los términos del art. 55 del CP.

Aquí también el embate resulta insuficiente desde que la parte lejos está de explicar qué relación vinculante podría convertir ambos conjuntos de sucesos en uno único.

La hipótesis fáctica planteada en el caso no tolera la figura del delito continuado, desde que, la multiplicidad de episodios que se detallan en la materialidad ilícita consagrada en el fallo, da cuenta de una variedad de maniobras abusivas que pese a victimizar a una misma persona, todas ellos no realizaron un mismo tipo penal.

Nótese que uno de los conjuntos que conforman el concurso material en que se agruparon los actos abusivos fue captado por la figura de abuso sexual, mientras que el molde legal asignado al otro constituyó el de abuso sexual con acceso carnal, en ambos casos calificados por otras circunstancias.

Si bien ello dirime en gran parte la suerte de la queja, se puede aún agregar a lo ya dicho, que tampoco se advierte ni se ha probado en el sub lite, desde lo subjetivo la voluntad final del sujeto que actúa.

En efecto, lejos de evidenciar un plan general preconcebido, respecto del cual los actos individuales sean su ejecución surge, de la apreciación de la plataforma fáctica fijada, que los designios del autor, renovados en cada acto no excedieron de la mera resolución de cometer una serie de hechos similares.

La comisión de los comportamientos enrostrados aparece, más que como una realización de una empresa delictiva trazada, así, como la propia de quien repite las maniobras impulsado por la momentánea impunidad.

Siendo así la totalidad de los hechos no se logran percibir como dependientes, por el contrario cada conjunto aparece como una realidad típica material y jurídicamente diferenciable e independiente entre sí.

Todo lo dicho precedentemente en orden a los reparos de la defensa sobre el número de hechos, lo es –no debe olvidarse- en el marco de esta situación de inexistencia de recurso fiscal, lo cual impide algunas precisiones sobre lo que en definitiva fue nada más que un concurso real que el *a quo* sostuvo en orden a lo que entendió como dos delitos a los que, la fórmula que acaso sería perfectible, denominó como continuados.

Ahora bien, la queja por la pena impuesta merece prosperar aunque, en forma parcial.

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores no puedo acompañar la denuncia de arbitrariedad en el modo en que se ha fijado la pena.

Al respecto el planteo resulta insuficiente.

Carece de toda apoyatura el argumento que ensaya el recurrente en cuento afirmara que en ausencia de un número exacto de conductas típicas endilgadas ya no puede racionalmente mensurarse una determinada sanción.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

La referencia a las atenuantes y a las agravantes que se realiza en un fallo suele constituir fundamentación suficiente de la pena impuesta en orden a su monto y modalidad, y, generalmente, aleja cualquier posibilidad de considerarla caprichosa.

Así las cosas parece inviable sostener que el fallo se encuentre huérfano de fundamentación en cuanto al monto de pena seleccionado, si se tienen en cuenta, por un lado, las circunstancias con valor diminuyente ponderadas, entre las que se encuentran, la ausencia de antecedentes penales y el buen concepto invocado, y por el otro, la explicación brindada por los jueces con relación a única circunstancia severizante ponderada –sobre la que más adelante volveré-.

Con estos datos (tratamiento de atenuantes y agravante, aunque fuese solo una o tal vez ninguna) el espacio de la motivación requerida para la sanción misma ya está cumplido.

Corresponde recordar aquí que la individualización judicial de la pena es una función propia del Juzgador, quien debe valorar las particularidades del caso atendiendo a las pautas fijadas por los arts. 40 y 41 del C.P. por lo cual, siempre que se expresen las razones que justifican la decisión, en base a la sincera convicción, no hay obstáculo para que el Sentenciante determine qué circunstancias ponderables son las que concurren y a partir de las mismas gradúe el monto de pena a imponer.

A partir de allí, tampoco es posible sostener que la pena impuesta resulte arbitraria o desproporcionada pues se mantuvo dentro de los límites de la escala penal aplicable al caso, sin rebasar de manera considerable el mínimo legal imponible, pudiéndose remarcar, a ese respecto la amplitud punitiva de la escala penal conformada para el concurso real definido.

Sin perjuicio de ello, la pauta agravante computada, denota la errónea aplicación del art. 41 del CP.

Al tratar la cuestión quinta del veredicto el sentenciante computó como severizante la *“variedad de conductas contra la integridad sexual”*.

Entiendo que la insuficiente explicación dada por el sentenciante impide vincular dicha circunstancias con la necesidad de agravar el reproche, en tanto no ha logrado relacionarla con algunos de los criterios previstos en el art. 41 para su individualización.

Es que, aún cuando el factor evaluado podría vincularse con el concepto de abundancia y a partir de allí con la extensión del daño causado, lo cierto es que, tal cual ha sido perfilado por el a quo, aquél no resulta un argumento que pueda fundar un mayor reproche, puesto que no puede afirmarse, sin más, que exista directa relación entre el término “variedad” y aquél parámetro legal.

En efecto, tal cual lo señala la defensa, no es claro que la variedad de las conductas contra la integridad sexual por si sola revele una modalidad delictual más gravosa, ni una mayor afectación al bien jurídico protegido, que desde el punto de vista valorativo merezca ser tenida en cuenta.

Por tales razones, considero que corresponde casar parcialmente el fallo y declarar erróneamente aplicado el art. 41 del Código Penal, por haber sido indebidamente considerada como pauta agravatoria la variedad de las conductas desplegadas.

En consecuencia, propicio hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la Defensa del procesado M., asumir competencia positiva y descartar la agravante en trato, correspondiendo reducir la pena a imponer al nombrado imputado (arts. 421, 448, 460 y ccdtes. del C.P.P.).

Por último, estimo que el planteo introducido por la Sra. Defensora Adjunta ante esta Alzada en el memorial resulta inadmisibles por extemporáneo, desde que es claro el art. 451 del rito en cuanto establece



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

que vencido el plazo de interposición del recurso, el impugnante no podrá invocar otros motivos distintos.

Con el alcance predicho, a la primera cuestión, voto por la afirmativa.

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

Adhiero al voto del Sr. Juez doctor Mancini en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **segunda cuestión** planteada el Sr. Juez, Dr. **Mancini**, dijo:

En cuenta del resultado obtenido en las cuestiones precedentes, cabe hacer lugar parcialmente al recurso de casación que fuera deducido por la Defensa del procesado C. A. M., por haberse aplicado erróneamente el art. 41 del C.P., correspondiendo casar parcialmente el fallo y descartar la agravante relativa a la variedad de las conductas contra la integridad sexual, reduciéndose la pena a imponer al imputado, la cual estimo justa y adecuada, en atención a la escala penal y las demás pautas de mensura que se tuvieron por concurrentes, fijar en once años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual (sin acceso carnal), calificado por configurar, en razón de su duración y circunstancias, un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima, por resultar ésta menor de trece años de edad, por resultar el autor encargado de su guarda y la situación de convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal, calificado por el sometimiento gravemente ultrajante para la víctima en razón de su duración y circunstancias de comisión, por tratarse de una menor de dieciocho años: la situación de convivencia preexistente y ser encargado de la guarda, en la modalidad de delito continuado, hechos en los que resultara víctima M. C. K., cometidos

entre el 17 de agosto de 2007 y el 18 de mayo de 2008 en la localidad de Moreno, en los términos de los arts, 5, 15. 29 inc. 3º, 45, 55, 119 párrafos 1º, 2º, 3º, 4º, y último párrafo en función de los incs. “b” y “f” del Código Penal.

Así lo voto.

A la **segunda cuestión** planteada el Sr. Juez, Dr. **Mahiques**, dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, el Sr. Juez, Dr. Mancini, por los mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto.

Por lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II del Tribunal de Casación Penal

R E S U E L V E

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la Defensa que asiste técnicamente al imputado C. A. M. G. contra la sentencia, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 4 del Departamento Judicial Mercedes, mediante la cual se condenara al nombrado a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual (sin acceso carnal), calificado por configurar, en razón de su duración y circunstancias, un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima, por resultar ésta menor de trece años de edad, por resultar el autor encargado de su guarda y la situación de convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal, calificado por el sometimiento gravemente ultrajante para la víctima en razón de su duración y circunstancias de comisión, por tratarse de una menor de dieciocho años: la situación de convivencia preexistente y ser encargado de la guarda, en la modalidad de delito continuado, hechos en los que resultara víctima M. C. K., cometidos entre el 17 de agosto de 2007 y el 18 de mayo de 2008 en la localidad de Moreno, en los términos de los arts, 5, 15. 29 inc.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

3º, 45, 55, 119 párrafos 1º, 2º, 3º, 4º, y último párrafo en función de los incs. “b” y “f” del Código Penal.

II. CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, **por haber sido erróneamente aplicado el art. 41 del C.P.**, correspondiendo descartar la agravante relativa a la variedad de las conductas contra la integridad sexual, y reducir la pena a imponer al imputado, la cual estimo justa y adecuada, en atención a la escala penal y las demás pautas de mensura que se tuvieron por concurrentes, fijar en once años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas. (Arts. 421, 448, 451, 454 inc. 1º, 460 y ccdtes. del C.P.P).

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

FDO.: FERNANDO LUIS MARÍA MANCINI – CARLOS ALBERTO MAHIQUES

Ante mi: Gonzalo Santillán