

Causa N° 1818/21, caratulada "R. . D. S- INTEGRACIÓN DE SENTENCIA S/ RECURSO DE CASACIÓN"

SENTENCIA N°42

En la ciudad de **Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, el primer día del mes de abril del año dos mil veintidós**, se reunieron los Sres. Vocales de la **Cámara de Casación de Paraná** Dres. Marcela DAVITE, Hugo PEROTTI y Marcela BADANO, a los fines de deliberar y dictar sentencia en la **causa N° 1818/21**, caratulada "R. B. D. **S- INTEGRACIÓN DE SENTENCIA S/ RECURSO DE CASACIÓN**".

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: Marcela DAVITE, Hugo PEROTTI y Marcela BADANO. La Dra. Marcela DAVITE, dijo:

I. Por sentencia de fecha 11 de agosto de 2021 el Sr. Juez Penal de Niños y Adolescentes, Dr. Pablo A. Barbirotto, resolvió:

"1°) CONDENAR a **B. D. R.**, ya filiado en autos, a la pena de **TRES (3) AÑOS DE PRISIÓN bajo la modalidad de ejecución condicional por el delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (Art.119 párrafo tercero del C.P.)**, por el cual resultara declarado autor responsable mediante sentencia de fecha 7 de abril de 2021 dictada por el Suscripto (Art.4 Dec-Ley n°22.278, 26 y sgtes del Código Penal)

.2°) IMPONER las costas del juicio al encartado (Art.584 y 585 del C.P.P.E.R.).

3°) IMPONER las siguientes reglas de conducta durante la vigencia de la condena, de acuerdo al Art. 27 bis del C.P.- :a) Fijar domicilio y comunicar al juzgado cualquier modificación al respecto. b) Continuar su tratamiento psicológico y comenzar un tratamiento psiquiátrico sugerido para poder elaborar lo acontecido, permitiéndole a él poder comprender sus acciones y asumir un rol social pleno. c) Realizar trabajos comunitarios no remunerados a favor de una institución pública por el plazo de 12 horas mensuales. d) Prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de actos molestos y/o perturbadores en relación a la víctima y sus familiares. e) Firmar un Legajo mensualmente que se abrirá a tal efecto por Secretaría; todo ello bajo el estricto control de la O.M.A., bajo apercibimiento de revocar la condicionalidad. 4°) NO HACER LUGAR a la Prisión preventiva solicitada por la Querella particular, e IMPONER, en su lugar, las siguientes MEDIDAS DE COERCIÓN hasta que quede firme la presente: a) Fijar domicilio en la ciudad de Paraná, debiendo comunicar

cualquier modificación al respecto; b) Presentar certificados de estudios y/o trabajo mensualmente; b) Presentarse semanalmente al Juzgado Penal de Niños y Adolescente a firmar un legajo que se abrirá a tales efectos; bajo apercibimiento de revocar la excarcelación.-”

El hecho imputado fue el siguiente: “Sin poder precisar fecha exacta, aproximadamente cinco años atrás del 16 de octubre de 2018, teniendo **B. D. R.** entre 17 y 18 años, abusó sexualmente de **V. U. D.** -quien tenía entre 8 y 9 años-, accediéndolo carnalmente por vía anal y lo obligó a practicarle sexo oral, mientras se encontraban en la habitación del fondo de la casa de **J. R. F.**, sita en la calle XXXXI de Paraná, donde residía **D.** al momento del hecho”.

II. Recurrieron en Casación la **Defensa Técnica del imputado, Dra. C. B.**, el Representante del **Ministerio Público Fiscal, Dr. Santiago BRUGO** y los Representantes de la **Querella Particular, Dres. M. U. y M. A. P.**; y además intervinieron en representación del Ministerio Público Pupilar por el imputado, la Dra. María Laura MENDOZA LÓPEZ, y en representación del Ministerio Público Pupilar por la víctima el Dr. Juan BARRANDEGUY.

II.a. En su recurso, la **Dra. C. B.** sostuvo, en primer lugar, que la sentencia contiene una errónea aplicación del derecho vigente, y que su defendido resultó condenado porque, según el Juez, no demostró una sincera reflexión sobre los motivos y circunstancias que lo condujeron a actuar de ese modo antisocial, negando el hecho ocurrido. La sentencia es arbitraria por falta de congruencia e inobservancia de las reglas de la sana crítica racional, en tanto no precisó cuál sería la finalidad de la aplicación de una pena en este caso concreto. Se agravó también porque el Juez determinó la necesidad de pena sin considerar las circunstancias fácticas, relacionadas con el hecho y con los antecedentes de **R.**, que demuestran su evolución positiva en la terapia que venía realizando; y sólo tuvo en cuenta que el tratamiento no había logrado el objetivo de “implicancia subjetiva”. En este caso, la aplicación de pena es innecesaria, no cumple con la función resocializadora, ni de reintegración, sino que resulta meramente retributiva. También se agravó por la imposición de las costas a cargo de su defendido, en tanto su cumplimiento será imposible. Fundó sus agravios en que el Juez no tuvo en cuenta la evolución de su defendido, un niño adolescente vulnerabilizado, que encontró refugio en las drogas desde los 14 años, y que hoy ha logrado superar esta situación: es un joven trabajador, emprendedor y que ha formado una familia con su pareja y su hija de cinco meses. No se realizó un

seguimiento de la situación del joven, no hubo un abordaje diferente ni espacios de reflexión; no obstante el Juez lo condenó porque durante el seguimiento judicial el imputado no demostró una sincera reflexión sobre los motivos y circunstancias. Los fundamentos de la sentencia son aparentes, el Juez mencionó elementos en su sentencia que luego dejó de lado, como ser, que **R.** logró avances muy positivos y significativos en lo personal; pero que no son suficientes para lograr una absolución, e insiste en que hubiera sido trascendente que el joven demostrara que quiso abordar comprometidamente el proceso durante el seguimiento judicial. Aclaró, que al no existir tal seguimiento, en realidad no hubo por parte del Estado un acompañamiento que pudiera provocar en la subjetividad de **R.** el logro de tan alto objetivo en tan poco tiempo.

Consideró que el Juez se apartó de criterios que él mismo sentó en otros precedentes, por ejemplo en el Legajo N° 13387 caratulado “M.A.L. S/INTEGRACIÓN DE SENTENCIA” de fecha 26/12/2019, y agregó, que si se comparan ambos fallos se advierte que en este caso el comportamiento de **R.** supera ampliamente el del acusado en el fallo de mención, porque en este caso no tuvo la oportunidad de admitir su responsabilidad en el marco de un juicio abreviado, pese a que fue expresamente pedido por la Defensa -que entiende como un derecho de la persona en conflicto con la ley penal-, y la Fiscalía se negó. De modo que **R.** debió soportar el juicio penal en forma arbitraria quedando atrapado en el “no plazo” del “seguimiento judicial”.

En otro orden señaló, que el Magistrado consideró que la no imposición de medidas judiciales puede sustituirse por un amplio informe, pero de esa manera y arbitrariamente se lo privó de la posibilidad de mejorar su posición en el proceso, cuestión que la Defensa, en su momento, decidió no recurrir para no afectar el derecho de su pupilo a que se resuelva su situación en el plazo más corto posible. También dijo que la valoración de los antecedentes debe realizarse de manera conglobante con las pautas orientadoras y los precedentes y directrices del derecho penal juvenil, y ello no ocurrió en este supuesto, en el que si se ponderan los factores de modo “integral” se advierte que son muchos más los positivos que los neutros o negativos, y que es allí donde la pena resulta innecesaria y pierde toda legitimidad.

No existen fundamentos para aplicarle una pena a **B. R.**, su imposición sólo redundaría en un perjuicio para su vida ya que, no sólo tiene un efecto estigmatizante, sino que en función una medida municipal no percibe haberes y la condena condicional provocaría la pérdida laboral definitiva.

Agregó por último, que la alta performance que se le exige a una persona con los antecedentes de vida de **R.** deben evaluarse en forma proporcional al plazo que se otorga para lograr dicha mejora; y en este caso, pese a que al Juez no le resultó suficiente, el esfuerzo estuvo e incluso **R.** comenzó un proceso de reflexión el que en atención al brevísimo tiempo dispuesto, debe considerarse suficiente para lograr una absolución.

Por todo lo expuesto solicitó que se revise la sentencia y se modifique de acuerdo a su propuesta.

II.b. En su recurso, el Dr. Santiago BRUGO, se agravió porque la sentencia -en lo relativo a la valoración de las pruebas producidas en la audiencia de integración- se apartó de las reglas de la sana crítica racional, lo que derivó en una fundamentación aparente de la última cuestión.

A su juicio, el análisis del Juez acerca de la necesidad, o no, de aplicar pena, y en tal caso de su monto y modalidad fue contradictorio. En su desarrollo, pretendió legitimar la imposición de una pena de cumplimiento condicional, y para ello abandonó los parámetros generales y redujo su análisis a lo previsto en el art. 4to. segundo párrafo de la Ley N°22.278 y solo enuncia - sin fundamentar ni explicar- cómo afectaría a **R.** una condena efectiva. En cuanto al análisis realizado por el Juez indicó que: al ponderar la modalidad del hecho, el Juez lo considera como uno de los más graves, con una escala punitiva que va de los cuatro a los siete años y medio de prisión conforme la reducción de la tentativa que habilita el art. 4to de la Ley N°22.278, y aclaró que esa pauta ponderativa cobra una relevancia medular a los fines de su decisorio; y, al merituar el tratamiento tutelar, lo hizo desde una óptica ligada a fines preventivo especiales, y no obstante repasar uno por uno los informes técnicos y los testimonios, realizó una valoración parcial ya que el imputado carece de implicancia subjetiva, porque nunca reconoció el hecho pese a que consintió la sentencia que lo declaró autor material. La historia de vida del joven fue valorada por el Juez como una atenuante, extremo que el M.P.P valoró en el mismo sentido al solicitar la pena de seis años de prisión. Agregó que el Juez no valoró negativamente la falta de reconocimiento del hecho porque ello afectaría la garantía de autoincriminación. Sin embargo, aclaró, lo que esa garantía impide es que el imputado se autoincrimine compulsivamente, lo que no ocurrió en este caso, por ese motivo la falta de reconocimiento del hecho y de implicación subjetiva debe cargarse contra el imputado. A juicio del Fiscal el tratamiento tutelar no fue exitoso, consistió en un mero transcurrir del tiempo cumpliendo con pautas que no coartaron su libertad, tal como surge de lo

declarado por los profesionales en la audiencia. Citó en este sentido el precedente ”**R”.. del STJER.**

El Juez se contradijo al sostener primero que la reacción penal no puede omitirse como respuesta institucional frente a una de las más graves transgresiones y luego fundamentar la misma para que sea de cumplimiento condicional por razones de prevención especial y así perforar el mínimo impuesto por el legislador haciendo uso de la reducción facultativa prevista en el art. 4to de la ley N°22.278, sin explicar por qué la pena produciría efectos particularmente negativos. Consideró, en definitiva, que se trata de una sentencia que enuncia una evolución tutelar positiva de manera arbitraria y deja de lado la gravedad de los hechos imputados y su exigüidad y modo de cumplimiento; por lo que resulta desajustada a la culpabilidad y se aparta de los precedentes "B." del 5/6/11 y "C." del 2/10/07, en los que se sostiene que no es correcto condenar por debajo de la pena de la tentativa.

En un caso de gravedad como este, sólo una pena de cumplimiento efectivo resulta razonable, legitimada y esencialmente justa de cara a la confirmación frente al resto de los ciudadanos. La sentencia no dió respuesta a las circunstancias agravantes alegadas por la Fiscalía en la audiencia respectiva, nada se ha dicho de la gravedad intrínseca del hecho imputado rayano con la corrupción de menores; la asimetría física y psíquica existente entre víctima e imputado; el vínculo que lo unía con la víctima -era primo de la pareja de su padre con quien compartía distintas reuniones familiares-; que al momento del hecho estaba escolarizado, es decir, que no cuentan como atenuantes las habituales carencias como no haber accedido a la salud o a la educación; y principalmente, como actitud posterior al hecho, que niegue su autoría intentando engañar al Juez.

Por último, señaló, la sentencia omitió analizar la extensión del daño causado, que es el principal agravante, en tanto las consecuencias psicológicas fueron devastadoras para la víctima y han quedado acreditadas con la testimonial brindada por el psicólogo **L..**

Por todo lo expuesto solicitó se case la sentencia atacada y se condene a **B. D. R.** a la pena de seis años de prisión.

II.c. El **Dr. M. U.** y la **Dra. M. A. P.**, representantes de la **Querella particular**, se agraviaron porque la sentencia resulta violatoria de los derechos de la víctima y contiene una errónea aplicación del derecho vigente.

Sostuvieron que para llegar al monto de pena no se efectuó correctamente el cálculo de la reducción de la pena según la escala de la tentativa, tal como lo dispone el art. 4to. de la Ley N°22.278.

En este caso debió regirse por la escala penal dispuesta en el cuarto párrafo del art. 119 que establece una pena mínima de ocho años y un máximo de veinte, ya que se constataron los puntos a) y f) de dicho artículo, y si bien, es posible aplicar la reducción de la tentativa, en todo caso, con un mínimo de ocho años, hubiera correspondido una pena de cuatro años de prisión.

En segundo lugar, la sentencia resulta arbitraria porque omitió dar respuesta a los fundamentos de la Fiscalía y la Querrela en cuanto a la afectación a los derechos de la víctima, pese a que en sus alegatos hicieron hincapié en el sufrimiento que todo esto le ocasionó, y en la desprotección e inseguridad que generará saber que, a pesar de todo lo que le costó contar lo que le había sucedido, el imputado seguirá en libertad.

Agregaron que la sanción del culpable como derecho de la víctima ha encontrado amplia aceptación en la opinión de los órganos supranacionales y que así, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma que la razón principal por la que el Estado está llamado a perseguir el delito, es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas.

En este caso, la sentencia omitió ponderar circunstancias del hecho, como el acceso carnal vía anal y el sexo oral practicado a un niño de ocho años, la situación de convivencia preexistente y el daño psicológico grave, lo que se traduce en una falta al derecho de igualdad ante la ley entre víctima y victimario.

Por todo ello, solicitaron que se case la sentencia y se ajuste el monto de la condena conforme la escala penal que le corresponde.

Asimismo solicitaron la prisión preventiva porque aún se encuentra vigente el peligro de fuga en tanto **R.** tiene medios económicos para evadir la justicia.

Se agravaron porque el Juez rechazó el pedido conforme lo dispuesto en el art. 101 de la Ley 9861, como si se tratara de un adolescente, cuando en realidad se trata de una persona mayor de edad, y por esta razón no debería aplicarse a su respecto la mencionada norma, ya que la prisión preventiva es un instituto cuyo fin es asegurar la comparencia del acusado y los riesgos procesales actuales, por lo que debe regirse por la ley procesal penal vigente.

Finalmente, solicitaron que: se conceda el recurso de casación; se aplique correctamente el derecho vigente y se case la sentencia integrativa de fecha 11/08/2021 en su totalidad, declarándose su nulidad por ser arbitraria y fundada de

forma aparente, aplicando una pena de prisión efectiva, ajustada a la normativa vigente en el máximo de la escala penal prevista; se revoque la libertad disponiéndose la inmediata prisión preventiva del condenado ordenándose su alojamiento en la Unidad Penal de Paraná. Hicieron las reservas del caso y pidieron regulación de honorarios a cargo del imputado.

II.d. Por el Ministerio Público Pupilar en representación de la víctima, presentó escrito el Dr. Maximiliano BENÍTEZ, en fecha 07 de febrero de 2022 haciendo saber que el joven se encuentra contenido por su grupo familiar, que aprobó el cuarto año del secundario, ha retomado y afianzado actividades deportivas, retomó amistades y generó nuevos vínculos con sus pares, y ha sostenido la terapia después de la denuncia.

III.a. Al momento de la realización de la audiencia de casación, compareció en representación de la Defensa la Dra. C. B..

En dicha ocasión conforme surge de una detallada compulsa de sus dichos y del contenido de su escrito reseñado anteriormente, sostuvo íntegramente cada uno de los agravios allí planteados.

En particular destacó, que el Juez no tuvo en cuenta aspectos favorables de la vida del joven, como que su evolución con posterioridad a ser declarado responsable, si bien no fue perfecta, fue buena, se organizó familiarmente, tiene una hija, vive con su abuela y su pareja, quiere ser un buen padre, tiene trabajo estable y concurre a terapia. Ante todos estos logros, la condena condicional, implicará en la vida del joven un retroceso de graves consecuencias. Todo este proceso le causó gran sufrimiento, ha sido estigmatizado y escrachado. Sobre esto remarcó que este joven del pasado no es el mismo que nos encontramos en la audiencia de integración de sentencia; y esto no es una afirmación de la Defensa sino que fue concluido por los profesionales del equipo técnico que concluyeron que **R.** en la actualidad sostiene actividades acordes al período evolutivo de la adultez: tiene un trabajo formal y estable, tiene una familia, una pequeña hija de meses, y dijo el equipo que desde ese lugar de autonomía surgen deseos de llevar adelante con su familia un proyecto económico y ejercer la paternidad. Ese informe, suscrito por la **Lic. S.**, ilustra sobre **R.:** cómo era antes, qué condiciones presentaba y cómo es en la actualidad. Pero pese a ello la **Lic. S.** dijo que si bien la idea del Equipo no es responsabilizar a los adolescentes que transitan una causa penal, relató que aparecían algunas cuestiones en el devenir subjetivas y culminó reafirmando que **R.** es un joven adulto, que formó una familia, que tiene una

apuesta por este grupo familiar muy fuerte, que es emprendedor, que le gusta trabajar, que piensa en un proyecto, que tiene muchos recursos, que el nacimiento de su hija fue de mucha alegría. Pese a este informe que fue realizado por una entrevista días previos a la audiencia de integración de sentencia, el Juez concluyó que este joven no logró una implicancia subjetiva. Lo que realmente aconteció, señala, es que no hubo un real seguimiento de la situación y **R.** sólo pudo tener un tratamiento por sus propios medios asistiendo a una psicóloga particular. No hubo un abordaje diferente y acompañamiento en un espacio de reflexión desde el juzgado.

Luego, en la audiencia de integración, el Equipo sugirió que se realice un seguimiento por el término de un año, porque un cambio de posición requiere un mínimo de un año, no obstante ese año no estuvo, no se hizo lugar a ese plazo. El juez de todos modos lo termina condenando diciendo que no demostró durante el seguimiento judicial una sincera reflexión de los motivos y circunstancias. Hay una contradicción entre lo que el equipo informa y luego lo que resuelve el Juez.

Agregó que **R.** trabaja en la municipalidad y a instancias de este proceso penal y del dictado de la sentencia de integración se ha iniciado un sumario administrativo y no está percibiendo haberes actualmente, razón por la cual si se confirma esta sentencia se le aplicará la cesantía y no tendrá trabajo.

En definitiva, **R.** se encuentra residiendo en la casa de su abuela, junto a su pareja y su hija, trabaja todos los días en la municipalidad, va a un espacio terapéutico con la **Lic. I. M.**, y todo esto se perderá con una pena de prisión condicional.

Por todo ello solicitó su absolución.

III. b. A su turno, la **Dra. M. A. P.**, por la **Querrela Particular**, respondió los agravios de la Defensa.

A su juicio, estos no pueden tener favorable acogida porque no son más que una mera disconformidad con la sentencia, y porque los pactos que invoca no resultan aplicables porque **R.** ya es mayor de edad.

Refirió que la falta de reconocimiento del hecho por parte del imputado del cual se agravia la Defensa por considerar que el Juez lo valoró en su contra, no resulta un fundamento válido, el Juez expresamente no valoró esta situación en su contra y así lo dijo en su sentencia.

Tampoco es cierto que el Juez no hubiera analizado los antecedentes del imputado, sí lo hizo y de manera detallada, explicando que tiene un trabajo formal, que tiene familia y que va al psicólogo. Consideró que era **R.** quien debía demostrar eficientemente que tuvo un cambio en su vida para poder beneficiarse de ello y tampoco lo hizo; no hay

ningún informe que determine que **R.** no sigue padeciendo una tendencia abusadora. Aclaró que a **R.** se le instruyó un sumario administrativo y fue suspendido porque trabajaba en un jardín maternal cuando se inició este juicio, lo que resulta lógico atento a los hechos aquí investigados.

Solicitó por todo ello que se rechacen los agravios de la Defensa en su totalidad.

III.c. Al referirse a sus propios agravios, conforme surge de una detallada compulsión de sus dichos y del contenido de su escrito reseñado anteriormente, sostuvo íntegramente cada uno de los agravios allí planteados.

En particular señaló que la aplicación del mínimo legal no se encuentra debidamente fundamentada, en tanto el Juez aplicó la máxima reducción que prevé el art. 4 de la ley 22.278 y no lo fundamentó, razón por la cual es arbitrario.

Destacó que la Fiscalía cuando solicitó el monto de la pena tuvo en cuenta las morigeraciones que le correspondían al menor, y el Juez se limitó a decir que la pena solicitada era excesiva, y consideró que había una reinserción social porque constituyó una familia, fue dos veces al psicólogo durante el juicio, porque tiene un empleo estable. Pero nada dijo de que no exista una pericia o un informe psiquiátrico que diga que **R.** se ha rehabilitado de su conducta sexual desordenada, y se trata de una persona que negó el hecho haya ocurrido, por lo cual no puede hablarse de reinserción.

Mantuvieron el pedido de prisión preventiva, solicitaron que se aplique una pena de cumplimiento efectivo, e hicieron reserva del caso federal.

III.d. El Dr. Santiago BRUGO, en primer lugar contestó los agravios de la Defensa. Coincidió con la Querrela en que el recurso resulta una mera disconformidad con la sentencia, que al contrario de lo que sostiene, responde a todos los planteos realizados durante el alegato de clausura y reiterados en el recurso.

Destacó que el Juez realizó un análisis minucioso de los elementos probatorios producidos en la etapa plenaria y así llegó a la sentencia condenatoria que tuvo por acreditada tanto la materialidad del hecho como la autoría responsable de **R.**

Explicó que **R.** tenía 25 años al dictado de la sentencia, y que fue beneficiado con el proceso juvenil, porque la Fiscalía no pudo acreditar si al momento del hecho ya había cumplido los 18 y esa duda le jugó a favor.

Sostuvo que la pena no sólo es necesaria, sino que, tal como lo solicitó, debe ser de cumplimiento efectivo.

III.d. En relación a su recurso, insistió en que el Juez no dió las razones por las que se apartó de la regla de la reducción de la tentativa; y tampoco fundamentó su

apartamiento de la **doctrina "B." de la Sala Penal del STJ, de fecha el 15/06/2011**, donde se estableció que no se podía perforar el mínimo de la escala de la tentativa del art. 4. -

Agregó que en este caso la escala de la tentativa para el delito por el cual fue condenado **R.**, da un mínimo de cuatro años de prisión y que el a-quo lo redujo a tres sin dar ningún tipo de razones, con una fundamentación aparente.

Enumeró las agravantes que no fueron ponderadas en la sentencia y destacó que la más importante es la extensión del daño causado en la víctima, y fue soslayada por el Juez, pese a que el psicólogo **L.** al declarar en la etapa plenaria fue categórico al graficar las consecuencias que tuvo el joven, textualmente dijo: "como si le explotó una bomba en la cabeza, no tenía capacidad para nada...dejó de hacer todo lo que le gustaba".

En lo demás, reiteró cada uno de los agravios y las razones por las que a su juicio la sentencia contiene una fundamentación aparente, tanto en lo relativo al monto como a la modalidad, por lo que solicitó que se rechace el recurso de casación de la Defensa, se haga lugar al interpuesto por la Fiscalía, se anule la sentencia y se reenvíe para que un nuevo Tribunal dicte una nueva sentencia acorde a derecho.

Por último expresó que no iba a acompañar el pedido de prisión preventiva porque se trata de una persona que tiene su arraigo y que no ha demostrado ningún tipo de conducta que pueda poner en riesgo la aplicación del derecho.

III.e. En relación al recurso de la Querrela la **Dra. C. B.**, contestó que sí se encuentra acreditada la evolución favorable del imputado con los informes técnicos y que todas las partes accedieron a ellos. Que los antecedentes que evalúa el Juez de Menores son los antecedentes de vida y no los antecedentes penales como parece pretender la Querrela.

Respecto a la víctima resaltó, que desde la Defensa siempre se respetó y se cuidó que no se lo exponga a revictimizaciones, pese a los continuos escraches y provocaciones que padeció su defendido.

En cuanto al pedido de prisión preventiva respondió que no fue argumentado debidamente, que la Querrela afirma que **R.** tendría algunos recursos económicos que le permitirían eludir el accionar de la justicia; pero en todo caso ello se compensa con el arraigo, tal como lo fundamentó la Fiscalía.

Al contestar los agravios de la Fiscalía indicó que no es cierto que no hubo ningún tipo de implicancia subjetiva por parte de **R.**, por el contrario hubo una evolución

importante, sin perjuicio de que para el Juez no fue suficiente como para eximir de pena.

Solicitó la aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 513 del CPP., y explicó que la facultad de recurrir de las partes acusadoras ante el dictado de una condena, procede cuando la pena aplicada sea inferior a la mitad de la pena pretendida, y en este caso, las acusaciones pidieron la pena de seis años de prisión, y el Juez impuso tres años de prisión, de modo que no es inferior a la mitad de la pena pretendida.

III.f. A ello la Querella contestó que en el caso no procede la aplicación del art. 513 porque estamos hablando de una condena de ejecución condicional que implica que el imputado queda en libertad.

Por su parte, según la Fiscalía el art. 513 no es de aplicación porque la sentencia tiene fundamentos aparentes respecto al monto de la pena, se trata de un acto nulo, por lo que el citado artículo no resulta aplicable.

III.g. Por último, el Dr. Luis Francisco PEDEMONTTE, en Representación del Ministerio Pupilar del imputado, refirió que la cuestión punitiva también tiene que ver en el interés pupilar en lo que hace a la aplicación del mínimo de pena posible.

En cuanto al planteo de admisibilidad de los recursos de las partes acusadoras, adhirió a lo manifestado por la Defensa y agregó que la cuestión federal que invoca la Fiscalía para sostener la admisibilidad de su recurso no está demostrada.

Consideró que el argumento de la Fiscalía también resulta contradictorio en cuanto en primer lugar señala que en la sentencia se respetan las reglas de la sana crítica racional pero luego critica el monto de pena seleccionado por entender que tiene una fundamentación aparente.

Destacó que el pedido de una pena de cumplimiento efectivo se encuentra incorrectamente fundado en la aplicación de las reglas de la tentativa.

Por el contrario señaló que el Juez lo fundó debidamente e hizo referencia al precedente “**R**”, explicó la flexibilidad de los mínimos y cómo llegó a los tres años que impuso.

Señaló también que la edad de **R.** es un argumento precluido, no fue motivo de discusión en el debate y no corresponde ser tenido en cuenta al momento de analizar el recurso.

El silencio del imputado no puede ser interpretado como una mentira, y que ello el Juez lo explica claramente, y en cuanto a la extensión del daño causado a la víctima, advirtió que el Juez impuso una pena, y de ese modo armoniza la gravedad del injusto

con la cuestión de prevención especial, y en base a esa armonía, contempló el interés superior de los dos niños.

Por lo demás, expresó que las garantías del imputado fueron respetadas, que la sentencia se encuentra debidamente fundada, no así los agravios de las acusaciones que deben ser rechazados por inadmisibles.

IV. Acerca del recurso de la Defensa:

En primer lugar me voy a referir a los agravios de la Defensa, que consisten en que el Juez impuso de manera arbitraria:

a) una pena de ejecución condicional y, b) las costas del proceso a pesar de que, resulta evidente, que se trata de una decisión de imposible cumplimiento porque su defendido no puede afrontarlas.

IV.a) La determinación de la pena para personas menores de edad se trata de un acto complejo, porque, además de la valoración de las agravantes y atenuantes de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 40 y 41 Código Penal, la Ley 22278 diferencia tres momentos de ponderación: el primero corresponde a la constatación de los requisitos formales, para la imposición de la pena; el segundo corresponde a la determinación de la "necesidad o no, de la pena"; y en último momento, la determinación del monto de la pena a aplicar.

En cuanto al primer momento, el art. 4 de la ley 22278 establece que la imposición de la pena está sujeta a tres condiciones: que el menor haya sido declarado previamente autor responsable de un hecho ilícito, que haya cumplido los dieciocho años de edad y que haya transcurrido un año de tratamiento tutelar.

Dicha norma se completa con el art. 8 que establece que si el proceso se inicia cuando el imputado fuere ya mayor de edad el tratamiento se suplirá con una amplia información sobre su conducta.

Cumplidos esos requisitos formales, según el mismo artículo "si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa".

La sentencia de fecha 7/04/2021 estableció la responsabilidad penal de **B. D. R.** por el delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 párr. 1 y 3 del C.P.); asimismo dispuso la intervención del equipo interdisciplinario de la especialidad para la elaboración del informe previsto en el art. 8 de la Ley N°22278, porque el joven era mayor de edad cuando este proceso se inició.

Durante la audiencia de integración ese Informe fue presentado y explicado por parte de las profesionales que lo elaboraron. Corresponde entonces revisar los fundamentos que el Juez expuso en la sentencia, para determinar si la pena es innecesaria, y en tal caso, resultaría arbitraria su imposición como lo afirma la Defensa, o si por el contrario, de acuerdo a los parámetros que establece la ley, su necesidad se impondría.

Al iniciar el análisis acerca de esta cuestión, el Juez ancló su razonamiento en las circunstancias fácticas descritas en la sentencia de responsabilidad. Así, consideró expresamente las circunstancias que agravaron el hecho: que el encartado se aprovechó de la relación de confianza mantenida con la víctima, que en ese momento tenía tan sólo dos años de edad, que lo accedió carnalmente -vía anal y oral-, mientras se encontraban en la habitación de la víctima en la casa que cohabitaban. Y justamente, sobre la base de estas consideraciones, llegó a la conclusión de que se trató de un hecho que se ubica dentro de los que provocan graves perturbaciones a la convivencia social, que destruyen el tejido social, la confianza en la norma y los valores básicos.

En cuanto a los antecedentes del menor, destacó que si bien **R.** tuvo acceso a los derechos fundamentales que le corresponde a cualquier niño - salud, educación, vivienda, alimentación- su niñez y adolescencia se vieron atravesadas por una marcada falta de contención producto de la ausencia de sus figuras materna y paterna; sus padres no estuvieron disponibles para él, no por desidia, sino por determinadas circunstancias concretas que se lo impidieron. Dedujo que esta falta de contención fue la que seguramente lo llevó a refugiarse en las drogas desde la temprana edad de 14 años y a provocarle una gran inestabilidad emocional y sensación de abandono o desamparo, lo que, según refirieron los profesionales de la salud requiere de una necesaria atención psicológica y psiquiátrica. Estas circunstancias las consideró como situaciones de vulnerabilidad del joven y aclaró que, también las consideraría al momento de fijar el monto y modalidad de la sanción.

En cuanto al resultado del tratamiento tutelar, el Juez aclaró que el proceso se inició cuando el joven ya era mayor de edad, por eso se lo reemplazó por una amplia información sobre su conducta.

Explicó que en oportunidad de dictar la sentencia de responsabilidad se dieron los motivos por los que no correspondía realizar un tratamiento tutelar al imputado, y sin embargo, en la audiencia de integración, tanto la Defensa como el Ministerio Público Pupilar volvieron a insistir en que se le había negado tratamiento.

Luego analizó el Informe del Equipo Técnico Interdisciplinario de fecha 16/03/2021 suscripto por las **Lic. E., S. y el Dr. A.**; y las declaraciones testimoniales de la **Lic. S.**, y de la psicóloga particular **Lic. M.**. De allí extrajo que el joven sostiene actividades propias de la edad adulta, cuenta con un trabajo formal que le permite mantener a su familia, ha logrado conformar una pareja y fruto de la misma tiene una hija de cinco meses de edad, y cumple comprometidamente su rol de padre. Que es una persona emprendedora, que posee muchos recursos, le gusta trabajar y tiene proyectos para su futuro y el de su familia. Consideró que **R.** no registra antecedentes penales computables, que actualmente se encuentra realizando una terapia psicológica con la **Lic. M.**, que comienzan a notarse avances significativos, y que existe un compromiso por parte del joven para iniciar un tratamiento psiquiátrico, tal como se lo recomendó la profesional.

Por otra parte, también tuvo en cuenta que, conforme surge del informe, **R.**, pese a haber sido declarado autor material y responsable, mantiene una posición de negación de lo ocurrido. También señaló que tuvo una impresión personal del joven durante la audiencia positiva. Concluyó entonces en que mediante el análisis de estos elementos se advierten avances muy positivos propios de la etapa vital que se encuentra atravesando el imputado; pero al mismo sigue existiendo una posición negadora del grave hecho ocurrido; y por ello consideró que más allá de sus significativos progresos en lo personal, estos no son suficientes para lograr la absolución prevista en el artículo 4to de la Ley N°22.278; no obstante lo cual, adelantó, que serían tenidos en cuenta para decidir la modalidad y monto de la pena.

Luego se preguntó si desde la intervención judicial, el joven había logrado conjurar las circunstancias vitales que pudieron haber limitado su ámbito de autodeterminación, y si se había generado en él aptitud para responder por su actos; y destacó la importancia de que se presentase un cambio que exceda el mero ritualismo de la realización de actividades propias de la adultez que se encuentra transitando.

Y, según pudo observar, **R.** no demostró durante el seguimiento judicial una sincera reflexión sobre los motivos y circunstancias que lo condujeron a actuar de ese modo antisocial; por el contrario, negó el hecho ocurrido justamente en la instancia en la que se pretendía un trabajo reflexivo de su parte.

Por tal motivo, entendió que la sanción deviene necesaria a fin de satisfacer los fines perseguidos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ya que de lo contrario, se estaría dando el peor de los mensajes a **R.**: que no es necesario dar una respuesta sobre la situación provocada.

Ahora bien, tal como ya lo señalamos en la causa “L”., cuando nos encontramos ante hechos tan disvaliosos como el presente, la evaluación favorable de los parámetros mencionados, si bien tiene una potencialidad atenuadora, no necesariamente elimina la posibilidad de que se imponga una pena, en tanto, una interpretación equilibrada del art. 4, párrafo 3° obliga a ponderar todas las variantes que la norma exhibe, y en ese caso "la modalidad del hecho" en virtud de su magnitud, demanda una respuesta punitiva.

Recuérdese que en el sistema penal juvenil, la justificación de la sanción es la prevención especial positiva en su clásico sentido, no obstante ello también admite justificaciones que se relacionan con la prevención general, tal es el caso del art. 37 inc. b) de la CDN que dispone que la privación de libertad de los menores de edad debe ser excepcional, sólo para delitos graves, de último recurso y por un tiempo determinado.

En el caso concreto se aplicó una condena a pena de prisión ejecución condicional, de modo que se optó por una respuesta sancionatoria penal. Y sin duda ante un supuesto como éste -un delito grave y con una elevada magnitud de injusto y de culpabilidad- se justifica que las razones de prevención especial positiva cedan ante las necesidades de prevención general.

Es decir, mediante la aplicación de esta pena de ejecución condicional, se podrán satisfacer -aunque muy mínimamente- las expectativas sociales que **R.** defraudó con su comportamiento, reafirmando de este modo la vigencia de la norma que él infringió culpablemente.

Teniendo en miras el punto de vista pedagógico del sistema penal, la pena en este caso resulta necesaria para cumplir la función social de ejercitar en la confianza de la norma, en la fidelidad al derecho y en la aceptación de las consecuencias de los propios actos. Y en este punto tiene razón la Defensa, la pena -aún condicional- tendrá una incidencia negativa en su vida, y eso es inevitable, porque justamente se trata de una sanción de tipo penal. No obstante, su aplicación de ningún modo resulta contraria al fin resocializador, que en el sistema penal juvenil, se orienta a promover la reintegración del joven y a que éste asuma una función constructiva en la sociedad, aunque en el camino deba cargar con las consecuencias negativas causadas por su propio comportamiento contrario a derecho. Además, en este caso, se le impusieron a **R.** rigurosas pautas de comportamiento que van a funcionar como una etapa más de reintegración, como una instancia de reflexión que le permitirá seguir internalizando

pautas personales y sociales, y eventualmente, reflexionar y asumir subjetivamente el daño que causó con su accionar.

Por todo ello entiendo que, al contrario de lo que sostiene la Defensa, el Juez fundamentó debidamente porqué, frente a las particularidades del caso y la concreta situación personal del joven, resultaba necesaria la imposición de una pena, y lo hizo sin desentenderse de las consecuencias para la vida futura de **R.**

II. IV.b) Por último, en cuanto al agravio relativo a la solicitud de la no imposición de las costas a cargo del imputado considero que también debe rechazarse. Según surge de la sentencia, el Juez al momento de imponer las costas a cargo del imputado, lo hizo en atención a lo previsto en el Código Procesal. Ante ello, el planteo de la Defensora, resulta inoportuno, en todo caso, debió articularse desde el inicio del proceso, pero además, no puede responderse, porque sólo se limitó a señalar que su cumplimiento sería imposible para su pupilo; sin aportar por su parte ninguna razón que acredite una situación de insolvencia tal, que habilite hacer una excepción a la regla general y se lo exima de las costas.

En definitiva, no hay ningún motivo para apartarse de la regla general que gobierna esta materia que establece que las costas sean impuestas a quien resulte perdedor -art. 585 C.P.P.- tal como lo dispuso el Juez Penal de Niños, Niñas y Adolescentes y así debe ser confirmado.

Por todo ello, considero que no corresponde hacer lugar a ninguno de los agravios interpuestos por la Defensa, y en consecuencia confirmar la sentencia en relación a la necesidad de pena de imponer una pena, y a la imposición de costas a cargo del imputado.

V. Acerca del recurso de la Querrela y de la Fiscalía.

Los agravios del Ministerio Público Fiscal pueden sintetizarse del siguiente modo:

1) la sentencia resulta contradictoria en sus argumentos -por un lado dice que la pena es necesaria porque el hecho es grave y luego perfora el mínimo de la escala con la intención de dictar una sentencia implique la libertad, apartándose de los precedentes "B." y "C."; y, 2) no brindó ninguna respuesta a las agravantes planteadas por la Fiscalía, en especial a lo referido a la extensión del daño causado.

Por su parte los agravios de la Querrela consistieron básicamente en que:

1) la sentencia contiene una errónea aplicación del derecho; el mínimo a tener en cuenta debió ser de ocho años porque se dieron las agravantes de los incisos a) y f) del art. 119, y entonces, de acuerdo a la reducción de la tentativa, debe ubicarse en cuatro años y no en tres; también se agravia porque al momento de la determinación

de la pena, el Juez se apartó de las pautas del 40 y 41 del C.P., no consideró las agravantes acreditadas, especialmente la extensión del daño para la víctima.

2) Por último, se agravaron porque no se hizo lugar a la prisión preventiva requerida, cuyo dictado volvieron a reiterar en el recurso y en la audiencia de Casación.

Previo a dar tratamiento a estos agravios, corresponde examinar lo relativo a la procedencia de los recursos intentados por las partes acusadoras, tal como lo establece el art. 495 del C.P.P.

En este caso la pena impuesta de tres años de prisión fue fijada exactamente en la mitad de los seis años de prisión solicitados tanto por la Fiscalía como por la Querrela, y en consecuencia, ambos recursos resultan inadmisibles conforme lo dispuesto en el artículo 513 del C.P. -

Sin perjuicio de ello, debe verificarse, si efectivamente, como lo sostiene la Fiscalía, existe un supuesto de "arbitrariedad" en la sentencia que amerite la apertura de la "cuestión federal" en el sentido de lo que tiene dicho la CSJN respecto a que : "La restringida vía de la arbitrariedad tiende a subsanar casos excepcionales en los que las deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento legal impiden considerar al fallo como la sentencia fundada en ley a que aluden los Arts. 17 y 18 de la C.N.; por lo que la citada doctrina atiende sólo a supuestos de extrema gravedad, en los que se evidencie que las resoluciones recurridas prescindan inequívocamente de la solución prevista en la ley, o adolezcan de una manifiesta falta de fundamentación.

Por ello es que para descalificar una sentencia por causa de arbitrariedad en el razonamiento legal, se debe efectuar un análisis de los defectos lógicos que justifican esa conclusión, sin que ello implique sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que le son privativas, ni corregir en posteriores instancias fallos equivocados o que se reputen tales, ya que sólo se admite ante supuestos de desaciertos y omisiones de gravedad extrema, a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional" (Fallos 302-1191).

Según la Fiscalía, el mínimo legal de la pena reducida conforme las reglas de la tentativa, de acuerdo al delito por el que **R.** resultó condenado, se ubica en los cuatro años de prisión, y que en consecuencia el Juez al imponer la pena de tres años, perforó ese mínimo y se apartó de los precedentes "C." del año 2008, y "B." del año 2011.

Ahora bien, en su argumentación, la Fiscalía omitió considerar lo resuelto en la causa "**R.**" del año 2014, a pesar de que evidentemente conoce su contenido, porque lo citó

en su recurso al referirse al modo en el cual debió ponderarse el tratamiento tutelar (conf. pág. 5).

En aquel supuesto, “**R.**” había resultado condenado a la pena de seis años y ocho meses de prisión por el delito de homicidio en ocasión de robo.

La Sala Penal del STJ, al revisar la sentencia, hizo lugar por mayoría a este pedido de reducción de pena al mínimo de la tentativa inidónea, es decir cinco años de prisión, que durante el trámite de la casación, había realizado el Sr. Procurador General.

Así dijo: “De lo expuesto se extrae que, sin lugar a dudas, las razones expuestas por el magistrado de instancia son suficientes y ajustadas a derecho para determinar la necesidad de pena, cumpliendo acabadamente con los requisitos impuestos por el artículo 4° de la ley 22278, aunque corresponde, como bien lo justifica el representante del Ministerio Público Fiscal, reducirse como resultado de tales ponderaciones la pena impuesta al mínimo de la tentativa inidónea -cinco años-, conforme con dicha evolución positiva en el tratamiento del joven, lo que le habilitará otras posibilidades ya dentro del cumplimiento del régimen de la pena privativa de libertad.”

La Fiscalía no puede desconocer el contenido de un fallo que cita, y menos aún invocar que de manera arbitraria se ha perforado el mínimo de manera indebida y contraria a la jurisprudencia del STJ, cuando precisamente, a partir de lo resuelto en esa causa “**R.**”, esa misma Unidad Fiscal especializada en materia penal juvenil, ha requerido la pena de tres años de prisión condicional para supuestos de abuso sexual con acceso carnal (por ejemplo, la **causa “M.” del año 2021**).

Por ese motivo entiendo que el agravio de la Fiscalía, referido a la arbitrariedad de la sentencia, no puede prosperar y debe ser declarado improcedente.

Por su parte, la Querrela se conformó con la calificación legal establecida en la sentencia de responsabilidad, y en la audiencia de integración adhirió al pedido de pena de seis años de prisión solicitado por la Fiscalía.

Como es evidente, a esta altura del proceso (revisión de la sentencia de integración de pena) resulta inadmisibles proponer un cambio de calificación legal a la ya establecida y consentida en la sentencia que lo declaró responsable al imputado, y pretender justificar de ese modo un mínimo legal de la escala penal, más elevado, que impida la imposición de una pena de prisión condicional.

Por ello, y en función del tope establecido en el art. 513 C.P.P., los agravios de la Querrela relativos al monto y a la modalidad de la pena impuesta deben ser rechazados por improcedentes.

VI. En cuanto al otro agravio de la Querrela -rechazo del pedido de prisión preventiva y su reedición- entiendo que, tal como lo mencionó el Sr. Fiscal en la audiencia de mejoramiento, no se encuentran comprobados, cuáles serían los riesgos procesales que justificarían el dictado de la prisión preventiva, sobre todo si se tiene en cuenta que se encuentra debidamente acreditado que **R.** tiene arraigo, que siempre estuvo a disposición de la justicia y que cumplió con todas las medidas de coerción y restricciones que se le impusieron en la sentencia.

Por todos estos motivos, y teniendo en cuenta el carácter excepcional de la prisión preventiva, entiendo que no puede atenderse a este agravio. Y por las mismas razones, y atento a que la sentencia recurrida se confirma, tampoco puede hacerse lugar a su dictado en esta instancia de casación.

VII. A modo complementario quiero agregar que, no debe perderse de vista, que entre el sistema penal juvenil y el régimen penal de los adultos existen dos diferencias importantes. La primera de ellas, tiene que ver con el juicio acerca de la necesidad o innecesidad de la pena, y con la consiguiente obligación del Juez de absolver si la sanción fuese innecesaria.

La segunda, radica en que, si de tal juicio resultase que la sanción es necesaria, el Juez así debe resolverlo, pero puede determinar la pena de acuerdo a distintas escalas penales: la que se corresponde con el delito consumado; la de la escala de la tentativa idónea; o bien, la de la escala de la tentativa de delito imposible o también llamada tentativa inidónea.

Ahora bien, la redacción del art. 44 del C.P., tanto en el párrafo primero como en el cuarto, adolece de evidente falta de precisión y por ello ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, respecto a cuál es la regla aplicable para determinar la escala de punibilidad menos severa que la del delito consumado correspondiente.

Parte de la doctrina, sigue a D'Alessio, quien al referirse a la punición de la tentativa de delito imposible sostiene que: "El párrafo final del art. 44 establece que si el delito fuera imposible la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella al autor según el grado de peligrosidad revelado por éste. El sistema así establecido supone que la reducción a la mitad es obligatoria y debe hacerse sobre la escala -ya disminuida- de la tentativa, pues de lo contrario no constituiría una segunda reducción." Más adelante, agrega: "En lo que respecta al "mínimo legal" de las penas privativas de la libertad, cabe señalar que el mismo no está previsto en la

parte general, por lo que debe extraerse de las disposiciones de la parte especial. Al respecto, señala Soler que la menor sanción de esa especie prevista por el Cód. Penal es la del art. 96, es decir, cuatro días de prisión; sin embargo -advierte-, ese término no constituye un límite infranqueable, pues dicha infracción puede tener, a su vez, un partícipe secundario (Cód. Penal, art. 46), por lo que concluye que, a los fines del art. 44, el mínimo legal para las penas privativas de la libertad es de dos días.” (Conf. D’Alessio, Andrés J. (dir.) Código Penal, Comentado y anotado. Parte general” 2da.Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 724). Esta es la postura adoptada por Juan Pablo Santoianni en su artículo: “El art. 4, ley 22278 y la posibilidad de imponer una pena inferior al mínimo de la escala de la tentativa” (publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. Octubre N°10. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Pág. 1740.) al que hace referencia el Juez en su sentencia.

Otra parte, sigue la postura de Zaffaroni, quien en su Tratado de Derecho Penal entiende la conformación de la escala de un modo diferente:

“Nuestro código se limita a señalar, cuándo regla la punición de la tentativa (en el último párrafo del art. 44), que “si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”. Nuestro código no habla de “tentativa inidónea”, sino sólo de “delito imposible”.

Cabe que nos preguntemos si dogmáticamente es correcto pretender que hay una “tentativa inidónea” en ese caso y, además, si ella se identifica completamente con el “delito imposible”. Debe quedar claramente asentado antes, el concepto que nuestro código establece: la tentativa está definida por nuestra ley en el concepto que proporciona en el art. 42, que recoge del código Zanardelli y que reforma, suprimiéndole el requisito de la idoneidad de los medios. En el art. 44 se limita a establecer una diferencia en cuanto a la escala penal, para el caso en que el delito fuese “imposible”. Por consiguiente, el delito imposible es un concepto cuya verdadera relevancia está referida a la penalidad.” Agrega que: “No obstante, esta diferencia en la penalidad obedece a una diferencia en la tipicidad, que está producida por un menor contenido injusto del hecho: en toda tentativa, la tipificación se funda en que la conducta amenaza al bien jurídico, es decir, en que la conducta es temible porque es la amenaza de un mal, pero en la tentativa idónea a esa amenaza se suma un peligro para el bien jurídico, que en el delito imposible no existe.

Consiguientemente, la tentativa es siempre punible, pero cuando el delito es imposible, la pena es menor. Ello surge del juego armónico de las disposiciones del art. 42 y del

art. 44, toda vez que la tentativa de delito imposible no está excluida de la definición general de la tentativa. Esta sistemática de nuestro código es fundamental para comprender el alcance que tiene la previsión de la tentativa de delito imposible: se tipifica la tentativa de cualquier delito, pero cuando sea de delito imposible, la pena es menor, porque no hay peligro para el bien jurídico.

Toda vez que la tentativa de delito imposible cabe en la definición del art. 42, no hay en nuestro código una tipificación de la tentativa y otra, separada del delito imposible, sino sólo una previsión atenuante para el caso de que la tentativa sea delito imposible. El art. 42 dice “el que con el fin de cometer un delito determinado”, y no dice que ese delito deba ser posible, por lo cual, no hay razón para excluirlo.” (Conf. “Derecho Penal - Parte General” Tomo IV, Ed. Ediar, 1999, pág. 463 y stes.). Un detenido análisis del fallo “**R. D.-Homicidio en ocasión de robo**” del 7/04/2014, que también cita el Juez Penal Juvenil en su sentencia, hace suponer que la postura de Zaffaroni fue la que siguió el STJ al determinar la escala aplicable y la pena mínima posible en ese caso. Existe también otra postura que remite a las exigencias que se derivan de la Convención de los Derechos del Niño de procurar penas equitativas que eviten la desocialización y directamente sostienen que el art. 4, de la ley 22278 admite la posibilidad de perforar el mínimo legal de la pena. Esta argumentación también fue esbozada por el Juez en la sentencia, pero sin llegar a hacerse cargo, que para perforar el mínimo legal de una escala, se debe declarar la inconstitucionalidad de la norma que establece ese mínimo. Lo que quiero poner de resalto, es que la falta de claridad de las normas que regulan la determinación de la pena para las personas que cometieron delitos siendo menores de edad, no nos exime del deber de explicitar cuál es la escala penal, esto es cuál es el tope mínimo y máximo de punibilidad que le corresponde al delito que se juzga. En tal sentido Esteban Righi en su libro “Derecho Penal-Parte General”, al referirse al derecho vigente en relación a la tentativa, dice: “Sin embargo, si se admite que una conminación punitiva absolutamente indeterminada en la ley atenta contra el Estado del Derecho, corresponde concluir que lo adecuado es prever escalas que contengan topes mínimos y máximos de punibilidad que correspondan a cada hecho punible”. Y agrega: “Ésa es la razón que explica las conminaciones relativamente determinadas que caracterizan a la gran mayoría de las normas penales, pues recogen un principio general de responsabilidad compartida entre el legislador y el juez para la determinación de la pena. La primera decisión corresponde al legislador, y se expresa en la aprehensión de la materia de lo ilícito tipificada en un marco punitivo, que anticipa al juez el esquema para la

resolución de cada caso concreto.” (conf. RIGHI, E., Derecho Penal Parte General, Abeledo Perrot, 2da.Ed actualizada, Bs. As., 2016, pág. 535).

No cabe duda, que imponer una pena privativa de libertad a una persona que delinquiró siendo menor de edad, es una decisión muy difícil de adoptar, porque implica un fracaso de todas las instituciones que han trabajado en pos del objetivo del resocializador establecido en la Convención de los Derechos del Niño para los adolescentes infractores. También pesa en esa decisión el conocimiento de que las instituciones carcelarias que van a alojar a esta población no brindan las condiciones adecuadas y se presentan como contrarias a los principios rectores del derecho penal juvenil, en cuanto a las posibilidades de seguir apostando al desarrollo integral de quienes cometieron un delito en plena etapa de formación de su personalidad. Pero ocurre que ante hechos tan graves como el presente, con víctimas que también son menores de edad, no parece posible renunciar a las necesidades de prevención general. Y en todo caso, lo que habría que preguntarse es si esas necesidades de prevención general (la cárcel como se presenta en la actualidad) han sido pensadas en función del principio de especialidad y para la población adolescente. Y si es posible que la efectivización de la pena privativa de libertad sea igual que la de los adultos, a los que a la hora de su juzgamiento se le atribuyó una mayor responsabilidad. Estas preguntas ya están respondidas en nuestra legislación vigente, los art. 6 y 10 de la ley 22278, exigen que el cumplimiento de la pena sea en instituciones especializadas, y la CDN presenta un programa completo de cómo deben efectivizarse las restricciones a la libertad de los jóvenes.

Por ello, en lugar de interpretar las normas de modo forzado, y llevar la pena a límites que habiliten la modalidad condicional, debemos instar para que la Provincia de Entre Ríos adecúe sus instituciones, y dicte un régimen de ejecución penal juvenil acorde a la manda convencional. Mientras tanto, para morigerar los efectos deteriorantes de la pena de prisión pueden tenerse en cuenta las alternativas que presenta la ley 24660.

VIII. Por último en relación a la regulación de honorarios que solicitara la acusación privada por su actuación en esta instancia, corresponde que los mismos sean determinados en atención a una razonable aplicación al caso de las pautas generales previstas en los arts. 3, 4, 5, 12, 14 y 97 inc. 1º de la ley 7046 y la concreta labor profesional. En tal sentido corresponde regularlos en la cantidad de 50 juristas a valor de pesos mil cuatrocientos cincuenta (\$1.450,00) cada unidad arancelaria, conforman un total de pesos setenta y dos mil quinientos (\$72.500), los que se dividen en partes iguales correspondiendo en consecuencia la suma de pesos treinta y seis mil

doscientos cincuenta (\$36.250) para el Dr. M. U. y treinta y seis mil doscientos cincuenta (\$36.250) para la Dra. M. A. P. (3, 4, 5, 12, 14 y 97 inc. 1º de la ley 7046) los que se declaran, en virtud del resultado arribado, a cargo de su representado. No regular los honorarios profesionales de la Dra. C. B. por haber manifestado expresamente la letrada en la audiencia que no los solicitaría por haber arribado a un acuerdo de manera privada a este respecto.

VII. Por todo lo expuesto, entiendo que no corresponde hacer lugar a los recursos interpuestos por la Defensa y por las acusaciones pública y privada , y confirmar la sentencia de fecha 11 de agosto de 2021 dictada por el Sr. Juez Penal de Niños y Adolescentes, Dr. Pablo A. Barbirotto. Así voto.

A la misma cuestión propuesta, el Dr. Hugo PEROTTI y la Dra. Marcela BADANO expresaron que adhieren al voto precedente. A mérito de lo expuesto, y por Acuerdo de todos sus integrantes, la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná resolvió dictar la siguiente **SENTENCIA**:

I.- DECLARAR IMPROCEDENTES los Recursos de Casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y por la Querella Particular, en atención a las razones expuestas en los considerandos.-

II.- NO HACER LUGAR al Recurso de Casación interpuesto por la Defensa, por las razones expuestas en los considerandos, y CONFIRMAR la sentencia de fecha 11 de agosto de 2021 dictada por el Sr. Juez Penal de Niños y Adolescentes, Dr. Pablo A. BARBIROTTI.

III.- DECLARAR las costas por su orden.

IV.- REGULAR los honorarios profesionales de los letrados representantes de la Querella particular, por haberlo así solicitado en la cantidad de 50 juristas a valor de pesos mil cuatrocientos cincuenta (\$1.450,00) cada unidad arancelaria, conforman un total de pesos setenta y dos mil quinientos (\$72.500), los que se dividen en partes iguales correspondiendo en consecuencia la suma de pesos treinta y seis mil doscientos cincuenta (\$36.250) para el Dr. M. U. y treinta y seis mil doscientos cincuenta (\$36.250) para la Dra. M. A. P. (3, 4, 5, 12, 14 y 97 inc. 1º de la ley 7046) los que se declaran, en virtud del resultado arribado, a cargo de su representado.

V.- NO REGULAR los honorarios profesionales de la Dra. C. B. por haberlo así solicitado expresamente la letrada en la audiencia.

VI.- PROTOCOLÍCESE, notifíquese y, oportunamente, devuélvase la presente causa al organismo de origen.-

MARCELA DAVITE - MARCELA BADANO - HUGO PEROTTI