

**RECURSO DE CASACIÓN PENAL - DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL-  
ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE- CONFIGURACIÓN - RECHAZO-  
DESProporcionalidad con la conducta contenida en el tipo básico -  
ART. 119 PRIMER PÁRRAFO DEL CP**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA-**

SENTENCIA NÚMERO: CIENTO CINCUENTA Y DOS

En la Ciudad de Córdoba, a los treinta días del mes de junio de dos mil once, siendo las doce horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de los señores Vocales doctores María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y Luis Enrique Rubio, a los fines de dictar sentencia en los autos "P., M. A. p.s.a. abuso sexual -Recurso de Casación-" (Expte. "P", 54/2010), con motivo de los recursos de casación interpuestos por la apoderada de la querellante particular Roxana Marcela Alonso, Dra. Gloria Rodríguez Ruiz, y por el Sr. Fiscal de la Cámara, Dr. Marcelo Altamirano, en contra de la sentencia número veinticuatro, dictada el diez de agosto de dos mil diez, por la Cámara en lo Criminal de Sexta Nominación de esta ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- I. ¿Es nula la sentencia por haberse omitido resolver el planteo de una mayor sanción punitiva propugnada por la apoderada de la querellante particular?
- II. ¿Es nula la sentencia por haber incurrido en vicios en la fundamentación al momento de individualizar la sanción penal a aplicar al acusado?
- III. ¿Se ha aplicado erróneamente el artículo 26 bis del Código Penal?
- IV. ¿Qué resolución corresponde adoptar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Aída Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y Luis Enrique Rubio.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN**

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

- I. Por sentencia n° 24, del 10 de agosto de 2011, la Cámara en lo Criminal de Sexta Nominación de esta ciudad, resolvió -en lo que aquí interesa-: declarar a M.A.P autor responsable del delito de abuso sexual sin acceso carnal agravado continuado (art. 119, primer párrafo en función del cuarto párrafo, inc. "b", del C. Penal) e imponerle la pena de tres años de prisión, en forma de ejecución condicional, con las obligaciones establecidas en los

incisos 1°, 3° y 6° del art. 27 bis del C. Penal, las que regirán por el término de duración de la condena, con costas (arts. 26 y 29 inc. 3° del C. Penal; 550 y 551 del CPP) (fs. 317 a 323).

La Dra. Gloria Carolina Rodríguez Ruiz, en su carácter de representante de la querellante particular, deduce recurso de casación.

II. Plantea la falta de análisis del Juzgador del pedido expreso de la querella, en cuanto a que el delito cometido por el hoy condenado M.A.P. debía ser analizado como abuso sexual gravemente ultrajante.

Se agravia en cuanto a que el Sentenciante no resolvió las cuestiones planteadas en el debate, en especial la forma en que debía ser analizado el ataque sexual vivido por el menor de cuatro años de manos de P..

El artículo 406 del Código Procesal Penal establece expresamente que el Tribunal debe resolver las cuestiones que se planteen o sean objeto del juicio. Estas fueron planteadas por esta parte en el carácter de querellante particular y por el propio representante promiscuo de la menor, quienes en el alegato correspondiente se acusó por el segundo párrafo del artículo 119 del Código Penal, y no sólo no fueron tratadas por el Juzgador, sino que ni siquiera fueron mencionadas en la sentencia que hoy se ataca.

La impugnante sostiene que el Juez de Cámara no valoró los elementos probatorios incorporados al debate, eludiendo sin razón alguna, la específica para acoger el pedido realizado, con el único fin de no darle un encuadramiento penal más severo.

Explica que la mecánica legal de la deliberación exige que el tribunal de sentencia se interrogue sobre la existencia del hecho acusado, la participación del imputado, la calificación legal y la sanción que correspondiera, respondiendo motivadamente a cada pregunta, en lo fáctico y en lo jurídico, cada una de las cuestiones planteadas. Cada respuesta configurará una conclusión, debiendo responder a todos y así quedará elaborada la sentencia.

En la decisión en crisis -destaca- nada se dijo del planteo efectuado por el querellante, cuando la conducta desplegada por el imputado encuadra en la calificación del delito cometido como gravemente ultrajante para la víctima.

Luego de hacer alusión al sentido que debe otorgársele a los términos sometimiento ultrajante, señala que no existe ningún tipo de duda al respecto que la pequeña de cuatro años de edad, G.A.C. fue sometida y ultrajada por P.

Advierte la tremenda desigualdad entre la edad de víctima y victimario, debió tenerse especialmente en cuenta como una agravante y ni siquiera se analizó, pese a que el Tribunal

Superior de Justicia si lo resaltó al momento de analizar el pedido de P. de la probation, imponiendo que la edad de cuatro años de la menor víctima impedían analizar dicha solicitud.

La quejosa alega que el acusado P. era el encargado de la guarda, se debía ocupar del cuidado de la menor, en razón de ser su transportista escolar, la confianza que se había depositado en el mismo, las veces que cometió el hecho.

Alega que meter los dedos en los genitales de una niña tan pequeña debió, desde un primer momento, valorarse como una de las crueldades más repugnantes realizadas por parte del condenado, agravando el delito cometido; pero el sentenciante tampoco lo tuvo en cuenta.

El atentado a la integridad sexual, de por sí, es ultrajante para la víctima, pero la conducta de P., tenía de por sí un "plus" de ultraje, como lo es el sólo hecho de introducir los dedos en la vagina de la menor, cosificándola.

El sentenciante debió haber recurrido a la norma del artículo 389 del Código Procesal Penal, cosa que no hizo, y de esta manera no respetó los precedentes que sostienen que el interés particular prima sobre el interés general.

Considera que quedó acreditado, con la prueba producida en el debate, que no se trató de simples tocamientos impúdicos, sino que existió una irrupción peligrosa a la integridad de la víctima, situación que el Sentenciante no tuvo en cuenta ya que sobrevaloró los derechos del condenado sobre los de la propia víctima, minimizando el agravante que se solicitaba fuera aplicado.

Se evidencia el mayor desprecio que demostró P. por la dignidad de la menor víctima, quien a más de soportar el hecho en su figura básica se le agregó por las circunstancias de su realización un grado de degradación o vejación superior.

No obstante el análisis realizado que encuadra perfectamente en la calificación pedida por esta parte y ratificada por el defensor promiscuo de la menor, el Sentenciante sólo hizo mención a simples tocamientos impúdicos que lo llevaron a resolver por una calificación más simple e imponerle el mínimo de la pena en concepto de condena.

De manera alguna puede sostener el Sentenciante que los padecimientos vividos por la víctima, no le causaron daño, que si bien surge del informe pericial realizado al momento en que se cometiera el hecho, que no demostraba secuela alguna, el Juez de Cámara en forma incongruente, abordando aspectos psicológicos no puede convertirse en perito en la materia, máxime cuando han transcurrido cuatro años.

Señala que el Sentenciante, en ningún momento, valoró con la fuerza suficiente el testimonio de la víctima. Cita jurisprudencia en abono de su posición.

De tal manera que el Sentenciante debió aplicar lo dispuesto por el artículo 388 del Código Procesal Penal, ampliar la acusación al condenado Pezoa, por imperio del artículo 119, segundo párrafo del CP, calificándolo como abuso sexual agravado.

III. Por dictamen P n° 790, el Sr. Fiscal Adjunto de la Provincia de Córdoba, mantuvo los recursos deducidos por la Dra. Gloria Rodríguez Ruiz apoderada de la querellante particular.

IV.1. Previo ingresar a la cuestión discutida, cabe efectuar una breve acotación con relación a la impugnabilidad subjetiva del querellante particular.

Es por todos sabido que el Código Procesal Penal vigente en nuestra provincia (ley n° 8.123) ha consagrado un modelo "adhesivo" de querellante particular, conforme el cual, este acusador privado *sólo podría recurrir de las resoluciones jurisdiccionales cuando lo hiciera el Ministerio Público* (arg. 446 C.P.P.), salvo que *se le acuerde expresamente tal derecho*, supuesto, este último, en el que el progreso de la impugnación y su examen por el Tribunal de Alzada quedan subordinados a que aquélla sea mantenida por el fiscal que actúa por ante éste (arg. arts. 446 *in fine*, 464 y 471 *in fine* C.P.P.).

Puede advertirse, entonces, que en principio en el caso de autos no se verifica la limitación que contiene la aludida norma, habida cuenta que además de la apoderada de la querellante particular también ha interpuesto recurso de casación el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Marcelo Altamirano.

Por consiguiente, se trata de uno de aquellos supuestos en los que, reafirmando el carácter adhesivo que ha pretendido darle al querellante particular, la ley permite al acusador privado recurrir las resoluciones jurisdiccionales, justamente, porque también lo ha hecho el órgano público de la acusación, al cual el ofendido penal debe subordinar su actividad, al menos en lo que a la actividad recursiva se refiere.

La querellante particular, en suma, se encuentra legitimada subjetivamente para deducir el presente recurso de casación, por lo que sin más debe examinarse la procedencia de su agravio.

2. El artículo 406 del Código Procesal Penal dispone que en la deliberación el Tribunal "*resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio...*". Congruentemente, el inciso 2° del artículo 408 exige que la sentencia contenga "*el voto de los jueces y jurados sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen...*", y el inciso 4° obliga a consignar "*la parte resolutive*". Por último, el artículo 413, en su inciso 5° dispone sanción de nulidad

absoluta a la sentencia "*cuando faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva*" (T.S.J., Sala Penal, "Macías", S. n° 35, 27/4/01).

En esta tesitura, De la Rúa, en comentario al art. 167 inc. 4° del C.P.C.N., enuncia los requisitos esenciales de la sentencia, bajo pena de nulidad, "*...debe ser completa y contener en su parte resolutive la decisión respecto de todas las cuestiones que han sido objeto del proceso... debe ser expresa, porque la parte resolutive de la sentencia no puede consistir en una remisión a la motivación o a otro documento; debe ser precisa, de modo de indicar con exactitud los alcances de la decisión, monto de la pena impuesta y de las indemnizaciones, y la calificación jurídica con indicación de las normas legales aplicadas; debe ser clara, de modo que no dé lugar a confusiones e incertidumbres...*" (énfasis agregado) (De la Rúa, Fernando, "La casación penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 102 y vta.).

De las normas reseñadas surge el siguiente correlato: planteada una cuestión por las partes, debe ser abordada por el Tribunal en la deliberación, y luego consignada en su resolución, tanto en los considerandos de los votos respectivos como en el capítulo dispositivo (T.S.J. Cba., Sala Penal, "Müller", S. n° 86, 20/09/2004).

3.A. En el *sub iudice*, el núcleo del agravio deducido por la recurrente se focaliza en denunciar la omisión de tratamiento de una de las cuestiones planteadas por la querellante particular en la discusión final más precisamente, la expuesta en orden a que el hecho cometido por M.A.P debía ser analizado como abuso sexual gravemente ultrajante.

La simple lectura de los argumentos deducidos por la quejosa permite advertir que dicha crítica no resulta de recibo, por cuanto la pretensión de una mayor sanción punitiva no constituye una cuestión autónoma y distinta a la abordada en la Segunda Cuestión, al examinar la calificación legal correspondiente al accionar delictivo atribuido por la acusación.

Además, conforme a calificada doctrina (NÚÑEZ, Ricardo C., *El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por vía de la casación*, Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, n° 40, Lerner, p. 36), este Tribunal sostiene que a los fines de la debida motivación *in iure* de la sentencia, es suficiente que el tribunal apoye su decisión en una regla jurídica específica, pues ello ya permite a las partes proponer su corrección a través del motivo sustancial de casación (T.S.J, Sala Penal, "Rodríguez", A. n° 246, 9/09/1998; "Bovero", A. n° 147, 2000; "Pompas", A. n° 411, 24/10/2001; "Moya", S. n° 49, 9/04/2007; "Bravo Mayuli", S. n° 306, 29/11/2007; "González", S. n° 281, 16/10/2008; "Pérez", S. 316, 9/12/2009; "Alucietto", S. n° 353, 28/12/2009; "Castillo", S. 190, 11/08/2010).

B. La crítica tampoco resulta procedente aún cuando se hubiese dirigido a denunciar la omisión de no considerar la pretensión de la acusadora privada de mutar los extremos fácticos de la acusación sostenida por el representante del Ministerio Público, toda vez que de las actas de debate no surge que la apoderada de la querellante particular haya propugnado tal modificación, ni mucho menos que haya insinuado que la hipotética mutación se encause a través del instituto del hecho diverso.

Debe quedar claro que, como lo acepta en su impugnación el Fiscal de Cámara, éste no requirió una ampliación de la acusación que haga alusión a que los tocamientos realizados por el acusado P. consistieron en la introducción de sus dedos en la vagina de la víctima, pues "a su criterio no alcanzaban las pruebas, de la modalidad delictiva, como para la calificación legal de gravemente ultrajante".

Es en ese contexto en que el *a quo*, al parar mientes en las «últimas frases [de la transcripción de lo sucedido en la Cámara Gessell] *"vos dijiste que te dolía??, por qué te dolía? Qué?... Viste que tiene un agujerito la pupita???" (le pregunta la menor a la Licenciada) ...sí ... bueno, me metía el dedo ahí en el agujerito ... ah por eso te dolía! ... sí"*», señaló que sobre esta particularidad de la acción el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal no realizó ninguna ampliación acusatoria.

Destacándose por parte del *a quo*, luego de considerar que «el informe médico de fs. 8 (fechado el 17/5/06 a las 23 hs.) consta que al examen ginecológico y anal en la niña *"...no se observan lesiones físicas aparentes..."*; lo dispuesto por el artículo 41 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, en cuanto establece que "en caso de duda sobre cuestiones de hecho, se estará a la más favorable al imputado"; que condice con lo establecido en el art. 406 -4to. párr.- CPP "En caso de duda sobre las cuestiones de hecho se estará a lo más favorable para el imputado". Normas de vital importancia a la hora de fijar el hecho y que tiene importantes consecuencias jurídicas: la calificación legal respectiva y la pena a aplicar» (fs. 321).

C. Por todo lo expuesto el agravio vinculado a la omisión de tratar una cuestión relevante debe rechazarse.

4.A. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, y al sólo efecto de satisfacer las expectativas de la acusadora privada, se analizará si los tocamientos a los que alude el hecho de la acusación pueden ser subsumidos en el tipo del abuso sexual por configurar un sometimiento gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo, CP).

Esta Sala tuvo oportunidad de expedirse sobre los requerimientos típicos de la aludida figura en los autos "González" (T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, S. n° 82, 9/09/2004).

En el referido precedente se aclaró que los casos encuadrables en el art. 119, 2do. párr., del C.P., serán siempre actos objetivamente impúdicos. Ello así, porque la reforma puso su acento en la gravedad de la agresión sexual, como dato objetivo, independientemente de la especial motivación que haya tenido el sujeto activo al cometerla (p.e., sádica, vejatoria, de venganza, desprecio, etc.), y del grado -elevado o bajo- de sensibilidad de la víctima hacia esta clase de trato (Véase GAVIER, *op. cit.*, p. 29; CLEMENTE, *op. cit.*, p. 82; DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, 2º ed., Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2001, p. 50; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal: Parte Especial*, 16º ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 216; BUOMPADRE, *op. cit.*, p. 389).

Se indicó que el *sometimiento sexual* al que alude la norma, recepta aquellos casos en los cuales, mediando en términos generales un quebrantamiento de la voluntad, se expone a la víctima bajo el dominio de otra, reduciendo de esta manera al sujeto pasivo a un estado de cosa sobre la que se ejerce dicho dominio o disponibilidad, anulando la libertad o la autodeterminación sexual con la consiguiente minoración de su dignidad personal (DONNA, *op. cit.*, p. 48; FÍGARI, *op. cit.*, p. 113 y 117. En el mismo sentido, REINALDI, *op. cit.*, p. 66; CREUS, *op. cit.*, p. 809; AROCENA, *op. cit.*, p. 54).

A su vez, se destacó que son "*gravemente ultrajantes*" aquellos actos sexuales que, objetivamente considerados, tienen una desproporción con el propio tipo básico y que producen en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí. Y se aclaró además que el calificativo de "*ultrajante*" es un concepto impreciso. Es que cualquier abuso sexual, justamente por ser abuso, tiene carácter ultrajante. Por ello, corresponde a la jurisprudencia precisar prudencialmente en cada caso la extensión de dicho término (CREUS, *op. cit.*, p. 809; REINALDI, *op. cit.*, p. 67; DONNA, *op. cit.*, p. 49; AROCENA, *op. cit.*, p. 54 y 55, y nota 95; FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, p. 215).

Por último, con fines ejemplificativos, se reseñaron algunos casos que la doctrina ha concordado en subsumir en esta figura agravada: el acto sexualmente abusivo realizado con trascendencia pública, o ante la propia familia (CREUS, *op. cit.*, p. 809; PANDOLFI, Oscar A., *Delitos contra la integridad sexual (ley 25.087)*, Ed. La Rocca, Bs.As., 1999, p. 31; REINALDI, *op. cit.*, p. 66; CLEMENTE, *op. cit.*, p. 83; DONNA, *op. cit.*, p. 58; TENCA, *op. cit.*, p. 58; AROCENA, *op. cit.*, p. 56; FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, p. 216; FÍGARI, *op. cit.*, p. 115; BUOMPADRE, *op. cit.*, p. 389), los actos de bestialidad o de sadismo (REINALDI, *op. cit.*, p. 66; CLEMENTE, *op. cit.*, p. 83; PANDOLFI, *op. cit.*, p. 31; FÍGARI, *op. cit.*, p. 116), la introducción de objetos corpóreos e inanimados en el ano o en la vagina de la víctima actuando como

sucedáneos del pene, esto es, con connotación sexual (Sen. Yoma, en “Antecedentes Parlamentarios”, *cit.*, p. 1623; GAVIER, *op. cit.*, p. 28; REINALDI, *op. cit.*, p. 66; CLEMENTE, *op. cit.*, p. 83; DONNA, *op. cit.*, p. 50; AROCENA, *op. cit.*, p. 56; FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, p. 216; FIGARI, *op. cit.*, p. 115 y 116; BUOMPADRE, *op. cit.*, p. 389), la eyaculación en la cara de la víctima (FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, p. 216), la introducción de los dedos en la vagina o en el ano de la víctima (GAVIER, *op. cit.*, p. 28; Clemente, *op. cit.*, p. 83; DONNA, *op. cit.*, p. 50; TENCA, *op. cit.*, p. 57; FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, p. 216; FIGARI, *op. cit.*, p. 115; BUOMPADRE, *op. cit.*, p. 389 - T.Crim. n° 1, Necochea, Buenos Aires, 01/12/2003, "R. J. s/abuso sexual calificado por el vínculo, cit. en EIDial - AA1CD1), la introducción de la lengua en la vagina o en el ano de la víctima (GAVIER, *op. cit.*, p. 28; CLEMENTE, *op. cit.*, p. 83; DONNA, *op. cit.*, p. 51; FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, p. 216; FIGARI, *op. cit.*, p. 115; Buompadre, *op. cit.*, p. 389, T.S.J., Sala Penal, “González”, *cit.*), la *fellatio in ore*, para quienes consideran que la misma no constituye un acceso carnal (PANDOLFI, *op. cit.*, p. 31; CLEMENTE, *op. cit.*, p. 83; DONNA, *op. cit.*, p. 50; BUOMPADRE, *op. cit.*, p. 389). Asimismo, esta Sala sostuvo igual calificación para quien apoyó su pene en el ano del menor discapacitado y ejerció fuerza para penetrarlo, masturbarse y eyacular luego en su boca (S. n° 102, 8/09/06, “Jara”).

B. Con nitidez se aprecia que entre la casuística consensuada por la doctrina no se encuentra la conducta que el Fiscal de Cámara le atribuyó al acusado al momento de concretar la acusación.

Es que, la objetiva consideración de la acción atribuida por el acusador público a Pezoa, tocamientos que realizó con sus manos en la vagina de la menor G.C., en momentos en que la misma ocupaba el transporte escolar que la trasladaba desde su casa hasta el colegio Loreto, no configura *per se* y sin consideración de propósitos ulteriores, un abuso sexual gravemente ultrajante, pues no evidencia una especial desproporcionalidad con la conducta contenida en el tipo básico del primer párrafo del art. 119 del CP, que vaya más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí.

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La Sra. Vocal preopinante, da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal preopinante, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando en consecuencia, de igual forma.

## A LA SEGUNDA Y TERCERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

### 1. Recurso de casación deducido por el Fiscal de Cámara

I.A. En contra de la decisión aludida deduce recurso de casación el Fiscal de Cámara, Dr. Marcelo Altamirano (fs. 325 a 355).

Luego de reseñar el hecho atribuido, señala que se agravia de la indebida fundamentación que se incurre al motivar el monto de la pena.

Aduce que el tribunal de mérito, al resolver como lo hizo, ha incurrido en fundamentación aparente, ya que el *a quo* al seleccionar el mínimo de la pena, ha omitido valorar técnicamente en forma arbitraria pautas, que la alejan evidentemente de las circunstancias objetivas de la causa.

Previa transcripción de la doctrina de esta Sala sobre el margen de recurribilidad de la potestad discrecional de fijar la pena y de los fundamentos vertidos por la Cámara en sede de análisis del monto de la pena que se debe imponer, señala que no cabe duda alguna que la escala penal escogida al seleccionar el tipo penal del hecho acreditado cuenta con un mínimo de tres años y un máximo de diez años.

Para aplicar el mínimo de tres años de prisión contra Pezoa, parte el juzgador de considerar la naturaleza de la acción. En este aspecto ya se vislumbra que se ha minimizado arbitrariamente esta severa agravante, pues no se trataban de meros tocamiento sino que eran fuertes manoseos con los dedos del acusado en contra de la menor, en su pequeña vagina que le provocaban dolor. Esta violencia de los tocamientos fue relatada por la menor, por sus padres, y por la testigo Borre, quien fue conteste que su hijo le contó que G. Iloraba y que le dolía, al igual que Ardini quien la vio llorar.

Destaca sobre el referido tópico que el Tribunal destacó que el Fiscal de Cámara no amplió la acusación sobre el extremo referido a que la víctima relato que el acusado "... me metía el dedo ahí en el agujerito...". Semejante afirmación del Tribunal, no hace más que reforzar que no fueron simples tocamientos, sino groseros y una fuerte invasión a la integridad de la menor.

El impugnante señala que al momento de emitir conclusiones, en su carácter de Fiscal de Cámara, dijo que a su criterio no alcanzaban las pruebas de la modalidad delictiva, como para la calificación de gravemente ultrajante (art. 119, 2º párr, CP), porque el certificado médico no lo ayudaba, y era muy probable que se aplicara en este aspecto el beneficio de la duda hacia el acusado. Con total objetividad ante la falta de aval médico y por la duda se

calificó el hecho de la forma de ampliación de la acusación realizada por la Fiscalía en el comienzo del debate.

Afirma que tanto la querellante particular como el Ministerio Pupilar acusaron por el segundo párrafo del artículo 119 del Código Penal, pero el Juzgador no le dedicó ni una sola palabra a la posición de la acusación privada y del Ministerio Pupilar. Esta sola omisión del Juzgador, esto es ignorar por completo las peticiones de dos partes acusadoras, acarrea la nulidad absoluta de la sentencia al haber omitido fallar conforme lo peticionado, alegado y probado por las partes, por más que no haya sido esa la posición del Ministerio Público Fiscal, dado que se ha producido una abierta violación de lo establecido por el artículo 406 del CPP.

De tal manera -añade-, la simple mención de tocamientos impúdicos, impiden a las partes del debido proceso de cómo, de qué manera, de qué forma, el *a quo* lo considera como vector hacia el mínimo de la pena.

Va de suyo que en el primer elemento tomado por el *a quo*, nos aleja notoriamente del mínimo de la escala penal, por ser este elemento contradictorio en sí mismo.

Repara que, al entrar ya en el segundo elemento que tuvo en cuenta el juzgador para ponderar el mínimo de la pena, el *a quo* se refirió a la extensión del daño causado, para lo cual se remite a la pericia psicológica de la menor. Pero omitió arbitrariamente valorar en contra todos los elementos que se mencionaron en los alegatos, lo que insisto la torna arbitraria por no ser una derivación razonada del derecho vigente a la luz de lo expresamente solicitado por la partes, y a las constancias de la causa.

Después de transcribir las razones vertidas por el Tribunal al valorar el testimonio de la menor víctima y referir a la doctrina judicial de esta Sala sobre las pautas que deben tenerse en cuenta al ponderar el relato de un niño, señala que la fundamentación del Juez está viciada, toda vez que los conceptos psicológicos que vierte el sentenciante en la resolución atacada, incurren en contradicción.

La acción grave probada del condenado contra una menor "linda con un sometimiento gravemente ultrajante" debe causar un trauma, porque ello lo indica las reglas de la experiencia y de la psicología. Los traumas existen, y se evitó que adquieran mayor gravedad por la detención temprana, que la menor pudo contar y que tuvo especial contención de su familia. Transcribe parte de la pericia psicológica realizada a la víctima.

Dice que los daños y peligros en estos tipos de delitos, son solapados y aparecen en el tiempo, son potencialmente devastadoras en la vida del niño, principalmente produciendo un

daño psíquico, el cual quizás no pueda ser mensurado en ese momento pero que seguramente se manifestará en el futuro del menor.

En suma, la afirmación dogmática que la menor no padece de daños es una aseveración sin pruebas científicas que la avalen. Esta agravante en la mensuración de la pena debió ser parte de la ponderación del Juzgador.

Las dos circunstancias agravantes no han sido debidamente fundadas por el sentenciante, pero lo que es peor, ni mencionó, ni analizó, para poder controlar su admisión o rechazo. Recuérdese que la mera remisión a las pautas de mensuración de la pena acarrearán la nulidad de la sentencia.

Si esto es así, el Tribunal no dio respuestas a las siguientes pautas agravantes, expresamente alegadas y probadas por las partes: 1) que la conducta lindó con un sometimiento gravemente ultrajante de la víctima; 2) que el acusado trabajaba en esa importante tarea de conductor de un transporte escolar, en forma clandestina e ilegal, sin tener el más mínimo requisito, no era titular, ni menos chofer autorizado; 3) lo evidentemente inmoral de la conducta del acusado, 4) el daño social, 5) lo repetitivo de la conducta, 6) la perversión que fue el único motivo de delinquir, 7) que si bien la calificación legal fue continuada se observa a simple vista la multiplicidad de hechos, la persistencia en el deleznable actuar del acusado siendo una niña de tan solo cuatro años, quien quedó librada a su merced.

En este camino de demostrar la falta de fundamentación por parte del Vocal de Cámara, del mínimo de la pena, hemos visto hasta aquí la escasez omisiva y fundante de las agravantes utilizadas por el Juez, que en igual vicio incurre cuando analiza equivocadamente los supuestos atenuantes.

El impugnante discrepa también en la valoración de las circunstancias atenuantes. Dice que la edad del acusado influye negativamente en contra del acusado, máxime cuando se lo relaciona con la edad de la víctima. Cita doctrina para sustentar su posición.

En tercer lugar, la sentencia utiliza como atenuante la situación social del condenado y la situación personal al momento del hecho, para lo cual remite a las pericias siquiátricas, psicológicas y sociales del condenado. Pero, contrariamente a lo sostenido, tales informes sólo pueden sostener una severa condena en contra de Pezoa, pues de la pericia psiquiátrica surge que el acusado no presenta compromiso afectivo emocional con relación al hecho que se le imputa. Hace otras afirmaciones vinculadas al referido medio de prueba.

Para mayor apoyo, el informe social da cuenta de su notoria ciclotimia familiar, ya que el acusado, formó dos familias, no se preocupa, ni se preocupó por sus hijos, sólo relaciona con su hermano por teléfono. Asimismo, otro indicio de peligrosidad se desprende de los dichos del papá de la víctima, quien manifestó que una persona le refirió que Pezoa años antes había tenido problemas similares en las Fuerzas Armadas, lo cual motivó el pedido del legajo personal del imputado, medida probatoria que fue denegada por el Tribunal.

Todo lo expuesto -culmina- ha demostrado que la única atenuante que puede valorarse a favor de Pezoa es la falta de condena, todo lo demás, se avizora como agravante de su proceder, de su persona, de la acción, de su moral, tornando nulo el veredicto.

B. Bajo el motivo sustancial de casación el Fiscal de Cámara señala que el Tribunal inobservó el artículo 26 del Código Penal, que sostiene -bajo pena de nulidad- que se debe fundar la pena en suspenso.

Dejar en suspenso la ejecución de la pena, es una facultad reglada de los jueces, no dejada a su arbitrio, sino que debe cumplir con requisitos preestablecidos: 1) primera condena no superior a 3 años; 2) la personalidad moral del condenado, 3) su actitud posterior al delito, 4) los motivos; 5) la naturaleza de la acción y la inconveniencia de la pena efectiva.

Señala que en el caso no se da ninguno de los requisitos del instituto del artículo 26 del Código Penal. Es que, el instituto en cuestión fue creado para penas cortas, lo que no se condice con la escala penal de 3 a 10 años de prisión que está previsto para el delito atribuido al acusado.

Resulta indiscutible que el Juez, al dejar en suspenso una pena al concluir que es inconveniente la efectividad, debe realizar un pronóstico de peligrosidad. Sino la decisión de dejar en suspenso la condena va a ser nula por infundada.

Con respecto a la personalidad moral del acusado abundan elementos negativos, es un ser condenado con certeza por un hecho esencialmente inmoral, con rasgos sicópatas, sin frenos, con conductas inadecuadas, de allí que la inconveniencia jamás puede justificarse en las pericias, ya que por el contrario indican alto riesgo de reiteración de conductas inadecuadas; la inmadurez sexual es una característica del abusador sexual y los mecanismos regresivos es una característica psicópata, es decir, P. es un peligroso, y no ha recibido una sanción de acuerdo a la magnitud del injusto cometido.

Las normas contenidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, exigen, para la individualización judicial de la pena a imponer, se tenga en cuenta tanto las circunstancias

que hacen al grado de culpabilidad del autor, como las relativas al grado de peligrosidad del mismo.

Destaca que Pezoa no tiene autocrítica, nada reconoce y posee sus frenos inhibitorios alterados. No es lo mismo cumplir con citaciones que comprender el desvalor de una conducta, como lo es una agresión sexual. Los demás elementos, naturaleza del hecho y extensión del daño y peligro causados se remite a lo expresado en la cuestión anterior.

En el caso concreto -añade-, al dejar en suspenso la pena no se da cumplimiento con la prevención especial. Cita doctrina en abono de su posición.

El recurrente señala que Pezoa no tiene una familia normal, disolvió su primer matrimonio luego de 18 años, dejó de ver a los hijos despreocupándose de los mismos, se unió en concubinato (inclusive, se agrega un dato posterior al dictado de la sentencia en ataque, lo que no es reprochable al juzgador, que los propios hijos lo denunciaron al condenado Pezoa como dan cuenta las crónicas policiales). En cuanto a su trabajo, el imputado es remisero, no teniendo a la época de los hechos ni carnet ni autorización para conducir transportes escolares. No está estudiando, ni realizando tareas académicas.

Es de destacar que Pezoa, en la actualidad, no trabaja, no paga el alquiler, y posee ingresos como militar retirado, por eso y todo lo narrado no existe inconveniente alguno para el ingreso a prisión del acusado, evitándose el peligro de la comisión de nuevos delitos.

Afirma que, en caso de no prosperar dicha crítica, se estarían vulnerando normas constitucionales y de procedimiento que implican afectar las funciones asignadas al Ministerio Público en particular, y la igualdad ante la ley. Al finalizar realiza aseveraciones de carácter personal para sustentar su pretensión.

## 2. El recurso de casación interpuesto por el querellante particular

La apoderada de la querellante particular señala que el Tribunal ha incurrido en una errónea aplicación de la ley sustantiva, específicamente del artículo 26 del Código Penal, ya que el Juzgador al determinar la ejecución de la condena en forma condicional, debe fundar, bajo pena de nulidad, la concesión de dicho beneficio.

Luego de repasar los requisitos establecidos en el enunciado legal previsto en el artículo 26 del Código Penal, señala que el Tribunal actuante no fundamenta la decisión adoptada de conceder la condena condicional al acusado Pezoa, sino que sólo se remite a las consideraciones previas efectuadas, invocando las pericias psicológicas realizadas. Asimismo, el Sentenciante incurre en un error sustancial al considerar y tomar como fundamento la inexistencia de daño en la víctima, para conceder la ejecución condicional de la pena impuesta

a Pezoa, cuando no es requisito ni exigencia para la concesión o no del beneficio de la ejecución condicional determinar el daño causado.

Advierte que para determinar la personalidad moral del condenado el Señor Juez de Cámara invoca y pretende fundarse en la pericia psicológica del condenado P.. Luego de reseñar el contenido de la referida prueba técnica sostiene que la misma es lapidaria, ya que determinia que el condenado carece de los principios morales básicos y necesarios para convivir en sociedad, Se trata de una persona mayor, ya formada, con la limitación de adquirir nuevas pautas morales.

Se evidencia la imposibilidad del condenado en reprimir sus instintos, debido a que los elementos que conforman su personalidad son débiles, inmaduros, inseguros e impulsivos.

El informe psicológico no puede ser interpretado por el Juzgador a su criterio, sino que debe ser considerado en un todo, como una más de las pruebas aportadas al proceso, sin apartarse de las conclusiones, ya que para ello se recurre a los especialistas en la materia, precisamente par suplir la carencia de conocimientos científicos y técnicos. Cita doctrina para sustentar su posición.

De otro costado, la recurrente señala que el Juez de Cámara incurre en un error en la aplicación de la ley sustancial al considerar que el condenado Pezoa puede ser beneficiado con la condena de ejecución condicional del artículo 26 del Código Penal, al analizar la actitud posterior al delito de P., requisito impuesto por el referido artículo.

De todas las constancias de autos surge que el Señor Juez de Cámara confunde la conducta desplegada por el condenado, ya que considera que la comparecencia a las citaciones durante el proceso es elemento suficiente para la concesión de dicho beneficio. Estas citaciones, como las audiencias de debate, son obligatorias para el entonces imputado, ya que no asistir o dejar de cumplir con las condiciones de mantenimiento de libertad, significan inexorablemente la cancelación y pérdida del beneficio que gozaba, encontrándose en libertad durante el proceso; por lo que las citaciones, de carácter obligatorio, son conductas desplegadas por el condenado en forma compulsiva, no son conductas y actitudes desplegadas en forma voluntaria.

Se desprende de todas las constancias de autos que las conductas desplegadas en forma voluntaria por el condenado nunca evidenciaron arrepentimiento por el hecho cometido, nunca pidió perdón o disculpas a la víctima o a la familia de la víctima, no evidenció conductas o actitudes de remordimiento, compunción o constricción. El condenado negó siempre el hecho.

El objeto del requisito impuesto por el artículo 26 del Código Penal, al solicitar el análisis de las actitudes del condenado posterior al delito, es precisamente determinar si el condenado se arrepiente del hecho cometido, si existen actitudes voluntarias que demuestran que no volverá a realizar el hecho, no analizar las exigencias y conductas exigidas; ya que en caso de no haber gozado del beneficio de mantener la libertad durante el proceso, el condenado P. hubiera experimentado personalmente las consecuencias de ser imputado como responsable de un delito.

En otro orden de ideas sostiene que el Sentenciante, en sus considerandos, analiza las diferentes pruebas aportadas durante el proceso, prestando especial atención a la pericia psicológica de la víctima, la menor GAC y del condenado P.. De la probanza referida en último término el Juez de Cámara llega a la errónea conclusión, de que el hecho delictivo cometido por P. no generó daños en la víctima menor.

El Juez de Cámara, al afirmar la inexistencia de daños en la víctima menor, tal como lo hace en sus propias palabras, no sólo contradice lo manifestado por el informe pericial, sino que contra toda lógica legal le quita entidad al hecho, convirtiendo el abuso padecido por la menor en algo simple.

En contradicción a lo concluido por los peritos psicólogos, el Señor Juez de Cámara, omite comprender el verdadero alcance de las palabras de la pericia realizada sobre la menor víctima del abuso, ya que dice textualmente "pudiendo ocasionar secuelas de mayor gravedad", de esas palabras se desprende que la menor ha sufrido daño, y lo da por acreditado, manifestando la posibilidad de evitar mayores secuelas de gravedad.

El sentenciante confunde y yerra al determinar la inexistencia de daños, al establecer que la niña no presenta trauma psicológico de relevancia sexual, ya que tal como lo manifiesta la pericia la menor por su escasa edad, 4 años, no se encuentra debidamente desarrollada a nivel psicosexual para determinar y comprender el hecho delictual cuando reza: "... no por la naturaleza sexual del mismo, ya que debido a su edad no puede comprenderlos en su magnitud..." ello no impide determinar que el daño, sea de la entidad y calidad que sea, se haya producido. Cita doctrina en abono de su posición y realiza consideraciones personales con relación al fallo cuestionado.

II. Por dictamen P n° 790, el Sr. Fiscal Adjunto de la Provincia de Córdoba, mantuvo el recurso deducido por el Sr. Fiscal de la Cámara del Crimen de esta ciudad de Córdoba.

III.1. Recurso de casación deducido por el Fiscal de Cámara

A. En un reciente precedente este Tribunal Superior de Justicia en los autos "Súarez" (S. n° 31, 10/3/2008) se ha expedido sobre la facultad del Ministerio Público para impugnar la facultad discrecional de fijar la pena.

En el referido fallo se destacó que, tradicionalmente la jurisprudencia casatoria consideraba, en consonancia con las opiniones doctrinarias, que la individualización de la pena configuraba el ejercicio de potestades discrecionales que remitía a la apreciación de circunstancias de hecho con las que se encontraba en contacto el tribunal de mérito y, por lo tanto, no podía ser controlable en casación, salvo errores de derecho (vgr. imposición de una pena que no integra el elenco de las permitidas, o por un monto inferior o superior a la escala abstractamente establecida).

Dicho estándar jurisprudencial fue ampliándose cuando se trataba de recursos deducidos a favor del imputado.

Progresivamente la jurisprudencia casatoria fue extendiendo a la individualización de la pena la obligación de fundamentación lógica y legal de la sentencia y, consiguientemente, se ampliaron las posibilidades de revisión judicial a través del recurso de casación.

En la actualidad el estándar jurisprudencial posibilita, a través del motivo formal, el contralor de la fundamentación de la sentencia cuando presenta los vicios de falta de motivación (vgr. cuando se realiza una genérica remisión sin especificar cuáles han sido las circunstancias atenuantes y agravantes, desde el precedente "Gutierrez, Evaristo", 7-10-88, LL Cba. 1989, p. 786); motivación ilegítima (vgr. cuando se tasan como agravantes circunstancias ya tenidas en cuenta por el legislador para la escala penal del tipo básico o agravado -T.S.J., Sala Penal, "Querrela formulada por Clara Bomheker c/ Isaac Plotnik", S. n° 132, 16/11/99-); motivación omisiva (si se soslayan circunstancias atenuantes).

Pero más recientemente el estándar ha alcanzado también a la selección de la especie de pena (opción por la pena privativa de la libertad ante otras penas menos gravosas y adecuadas con la magnitud del injusto y la culpabilidad -T.S.J., Sala Penal, "Peralta" S. n° 89, 5/10/2001-), o al monto de la pena -posible entre el mínimo y el máximo de la escala-, cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado o incongruente con relación a las circunstancias de la causa, como ocurre si, a pesar de que se mencionan sólo circunstancias atenuantes, no se impone el mínimo (T.S.J., Sala Penal, "Ceballos", S. n° 77, 7/6/99; "Robledo de Correa", S. n° 33, 7/5/03; "Aguirre", S. n° 59, 28/06/05).

En esta evolución jurisprudencial tuvo influencia el llamado "derecho al recurso" contemplado en los tratados constitucionalizados, que -si bien con diferentes giros- se

refieren claramente a la legitimación del imputado; a saber: el “inculcado de delito” tiene el derecho de “*recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior*” (CADH, 8, 2, h); o bien se alude al “declarado culpable”, quien tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena “*sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley*” (PIDCyP, 14, 5).

Entonces, sólo el imputado puede acceder al estándar de revisión judicial más amplio a través del recurso de casación.

Si bien el Ministerio Público cuenta con una legitimación para recurrir, tal habilitación no tiene bases constitucionales en las Convenciones supranacionales, de modo que, cuando su recurso se relacione con la individualización de la pena, no puede acrecer a la capacidad de control más ampliada, en tanto ella se ha extendido precisamente en favor y no en contra del imputado.

A la sazón, respecto del recurso del Ministerio Público, la admisibilidad formal de la impugnación se seguirá ajustando a las cuestiones de derecho infringidas en la individualización de la pena, tal como si se queja por la omisión de imposición de una pena (principal o conjunta de imposición obligatoria), o por un monto inferior a los mínimos legales del marco punitivo adecuado para el caso.

B. Como puede verse, las pretensiones del Fiscal de Cámara no encuadra en los límites del más estricto estándar, en tanto pretende una revisión más amplia del valor de las circunstancias atenuantes y agravantes seleccionadas por el Tribunal de juicio con base a las cuales fijó la pena de tres años de prisión, como así también una mayor valuación de la pericia psicológica al momento de expedirse sobre la condicionalidad de la aludida condena.

Por lo demás, dicha pena resulta ligeramente inferior (en un año) a la pedida por el propio Fiscal (cuatro años), y la suspensión del cumplimiento de la pena impuesta se decidió en un caso de primera condena que no excede los tres años de prisión.

## 2. Recurso de casación deducido por el querellante particular

A. La cuestión traída a estudio requiere examinar si la apoderada de la querellante particular se encuentra legitimada para discutir, a través del recurso de casación, el ejercicio discrecional que el sistema legal vigente le reconoce al juez al momento de individualizar la pena. Cabe recordar que la referida facultad se manifiesta -en primer lugar- al seleccionar la especie -cuando se conminan penas alternativas-; al determinar su monto -cuando se conminan penas divisibles por su duración o cantidad-; y, por último, lo que se intenta controvertir en el sub lite, al decidir su cumplimiento efectivo o su suspensión condicional -cuando se impone una pena que no exceda de tres años-.

El examen de la referida legitimación cobra trascendencia si se repara en que, como se expusiera en la Segunda Cuestión, el acusador público no se encuentra autorizado para impugnar la referida facultad discrecional, salvo casos de notoria arbitrariedad normativa.

B. Adviértase que, contrariamente a lo que sucede con el Ministerio Público, la actuación del querellante particular en el proceso penal se presenta como una manifestación del *derecho a la jurisdicción* y del *derecho a la tutela judicial efectiva*, que corresponden –entre otros- a la víctima del delito.

Uno y otro son derechos de raigambre constitucional por imperio de lo prescrito en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, que establece que los tratados internacionales que en él se mencionan *tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la ley suprema y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*.

Entre dichos instrumentos internacionales se encuentra, precisamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica- (en adelante, C.A.D.H.), cuyos artículos 8.1 y 25, respectivamente, consagran los mencionados derechos.

Es indudable que, por virtud de estas reglas jurídicas, la víctima del delito tiene un verdadero derecho a una intervención relevante en el proceso penal, para la satisfacción de sus legítimos intereses jurídicos.

El Código Procesal Penal de la Provincia, reglamentando las máximas constitucionales antes vistas (art. 28, 121 y 122 C.N.), consagra derechos favorables a la víctima en su mero carácter de tal (art. 96 C.P.P.), a la vez que admite la posibilidad de que ella actúe en el proceso penal como acusador privado, interviniendo en rol de querellante particular (arts. 7, 91 y ss. C.P.P.).

En esta última condición, la víctima participa en el procedimiento “...para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado” (art. 94 C.P.P.).

Ahora bien, la cuestión sometida a nuestra consideración reclama la determinación del preciso alcance de la intervención que corresponde reconocer a la víctima, cuando interviene en el proceso con la anotada finalidad; más precisamente, si se encuentra legitimada, aún frente a la condena -es decir, habiéndose satisfecho su pretensión de acreditar el hecho y la responsabilidad del imputado en el mismo (art. 94 C.P.P.)- para promover la aplicación de una sanción más severa que la ya dispuesta.

En torno a este punto, merece citarse la opinión de los organismos regionales de protección de los derechos humanos que –interpretando los ya citados artículos 8.1 y 25 de la

C.A.D.H.- han postulado una *intelección amplia del derecho de la víctima*, expresando que la persecución penal constituye un corolario necesario del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente, en la que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y, aún, se les imponga las sanciones pertinentes (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n° 5/96, caso 10.970).

Sobre la base de tal doctrina, no parece irrazonable sostener que el derecho del querellante debe reconocer como límite el logro de la condena del imputado, en un proceso en el que se haya asegurado debidamente su participación (aparentemente en este sentido, JAIME MALAMUD GOTI, “Prólogo”, en Alberto Bovino, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. II, donde el jurista califica tal participación del ofendido como “remedio institucional redignificante”).

Extender más el derecho del querellante hasta abarcar, incluso, el derecho a que la víctima logre postular la sanción que estima plausible, cuando dicho pretensión desborda el margen de recurribilidad que se le reconoce al Ministerio Público, importaría -en principio- como lo ha sostenido esta Sala el precedente “Almada” (s. n° 184, 10/8/2007) consagrar una intolerable fuente de desigualdades del imputado respecto de múltiples acusadores, violatoria del principio constitucional denominado “paridad de armas”.

A este respecto, el artículo 8.1 C.A.D.H. y el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –éste, como aquél, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.)- reclaman que la defensa del imputado se desarrolle en condiciones “de plena igualdad”. Si se admitiera una intervención del querellante particular con poderes y facultades más amplias a las del órgano público de la acusación, la “paridad de armas” entre acusación y acusado resultaría palmaria e intolerablemente enervada.

Repárese en que, como se ha visto en relación al Ministerio Público, sólo el imputado tiene el “derecho al recurso” de conformidad a los Tratados constitucionalizados para procurar una revisión de la sentencia en relación a la individualización de la pena, sea en lo concierne a los defectos de fundamentación, a procurar un monto inferior cuando el fijado resulte manifiestamente desproporcionado o a controvertir un modo más intenso de cumplimiento (pena efectiva o condicional).

Si bien la víctima tiene el derecho a la “tutela judicial efectiva” (CADH, 25) que se extiende también al logro del enjuiciamiento y castigo del autor de un ilícito, cuando este objetivo haya sido obtenido como ocurre en el caso, sólo es posible que tenga legitimación

para recurrir de modo similar que el Ministerio Público, por el principio de interdicción de la máxima arbitrariedad normativa, tales como penas por debajo del mínimo legal, falta de imposición de una pena conjunta u otras hipótesis que tengan este grado de rotunda equivalencia. En tal sentido debe ser entendido el derecho de la víctima a petitionar y obtener “las sanciones pertinentes”.

C. A tenor de lo anotado en el apartado precedente, el recurso de casación interpuesto debe ser rechazado por vicios de impugnabilidad subjetiva.

Es que, en el caso de autos, si bien la pretensión punitiva manifestada por el acusador privado se elevó sensiblemente por encima de la pena impuesta, la petición de mayor sanción se sustentó en una distinta calificación legal del hecho atribuido por la acusación que, como se expusiera en la Primera Cuestión, no resultó procedente.

No cabe duda que la pretensión de obtener una revocación de la condena condicional, configura un modo de procurar el agravamiento de las consecuencias punitivas. Mas las críticas dirigidas en contra del ejercicio discrecional de fijar la pena no se dirigieron a denunciar una arbitrariedad normativa al momento de concederse la condena condicional, tal como ocurriría si se hubiera argumentado que tal beneficio estaba expresamente excluido de la ley porque no era la primer condena, o su monto superaba el que posibilita la suspensión del encierro. Por el contrario, sus reproches se circunscribieron a acusar determinados defectos de fundamentación que incurrió el Tribunal de juicio al considerar que los elementos de convicción seleccionados permitían sostener la inconveniencia del encierro efectivo, cuando -al ver de la apoderada de la querellante particular-, una correcta valuación de los mismos necesariamente llevaba a la conclusión contraria. Pero es sólo el imputado quien puede recurrir la denegación de la condena condicional, pues mientras que le asiste un derecho más intenso a la revisión de la pena, el derecho del querellante al logro de las sanciones pertinentes no alcanza para situarlo igual que el imputado y mejor que el Ministerio Público.

Finalmente, cabe destacar que actualmente el acusado se encuentra bajo prisión preventiva por abuso sexual, sin acceso carnal, continuado en los términos de los arts. 119, primer párrafo, primer supuesto, y 55 *a contrario sensu* del CP, por lo cual si en ese proceso se tratase de hechos posteriores al que motivó la condena condicional, en caso que fuere condenado nuevamente, le corresponderá pena efectiva. Si se tratara de hechos anteriores, en caso siempre de resultar condenado, tampoco -en principio- le correspondería una condena condicional puesto que en la presente causa ha alcanzado el máximo monto (3 años)

que puede ser impuesto bajo esta modalidad. En síntesis: con la presente condena el imputado ha agotado toda chance de obtener idéntico beneficio en caso de ser condenado en el proceso en trámite.

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

#### A LA CUARTA CUESTION

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Atento al resultado de la votación que precede, corresponde:

I. Rechazar el recurso de casación deducido por la apoderada de la querellante particular, Dra. Gloria Rodríguez Ruiz. Con costas (CPP, 550/551).

II. Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de Cámara, Dr. Marcelo Altamirano. Sin costas (CPP, 550/552).

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, a través de la Sala Penal;

RESUELVE: I. Rechazar el recurso de casación deducido por la apoderada de la querellante particular, Dra. Gloria Rodríguez Ruiz. Con costas (CPP, 550/551).

II. Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de Cámara, Dr. Marcelo Altamirano. Sin costas (CPP, 550/552).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y los señores Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.