

Cámara Nacional de Casación Penal

REGISTRO Nro.: 940/11

// la Ciudad de Buenos Aires, a los 6 días del mes de julio de dos mil once, reunidos los integrantes de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, Dres. Liliana Elena Catucci, W. Gustavo Mitchell y Angela Ester Ledesma, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en las **causas n° 12.547**, caratuladas "Pastrana, Juan Ramón y C., R. M. s/ recurso de casación" y **n° 13.151** "C., R. M. s/ recurso de casación", con la intervención del representante del Ministerio Público ante esta Cámara, Dr. Juan Martín Romero Victorica y de los Dres. Luis A. Battaglini -defensa particular- y Guillermo Lozano -defensa oficial- a cargo de la asistencia técnica de Pastrana y C., respectivamente.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden: Catucci, Ledesma y Mitchell.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

La señora Juez Dra. **Liliana Elena Catucci** dijo:

PRIMERO:

1. El Tribunal Oral de Menores n° 1 en los autos N° 13.151 con fecha 29 de junio de 2010, **condenó a R. M. C.** como coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda -causa n°

5403-, robo simple en grado de tentativa -causa n° 5755-, este último en calidad de autor y abuso sexual con acceso carnal, agravado por la intervención de dos personas, en grado de tentativa, todos en concurso real entre sí -causa n° 5697- por los que oportunamente fue declarado penalmente responsable a la pena de **tres años y seis meses de prisión**, accesorias legales y costas (arts. 5, 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 42, 45, 55, 119 párrafos tercero y cuarto, inciso d), 164 y 167 inciso 2° del Código Penal 4° de la ley 22.278) -cfr. fs. 191/vta. Y 193/199- .

En la última de las causas citadas correspondiente al registro del Tribunal de Menores N° 1, n° 5697 **R. M. C.** había sido declarado coautor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la intervención de dos personas, en grado de tentativa (arts. 42, 45 y 119, párrafo tercero y párrafo cuarto inciso d) y 4° de la ley 22.278), proceso que suspendió a su respecto hasta el 15 de junio de 2010 (art. 3° y 4° de la ley 22.278).

Además en estos últimos actuados **condenó** a **Juan Ramón Pastrana** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la intervención de dos personas, en grado de tentativa, a la pena de seis años de prisión, con accesorias legales y costas (arts. 5, 12, 29, inc. 3°, 40, 41, 42, 44, 45 y 119, párrafo tercero y párrafo cuarto inciso d) del Código Penal, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).

Cámara Nacional de Casación Penal

Contra esas sentencias recaídas en la mencionada causa n° 5697 (fs. 345/vta. y 347/355), las defensas oficiales de los encartados interpusieron sendos recursos de casación (fs. 363/367 y 368/375, del expte. N° 12.547).

El remedio incoado contra la declaración de responsabilidad de C. fue concedido a fs. 379/vta. y el interpuesto contra la condena a fs. 202/7 vta., fue otorgado a fs. 208/vta.. Ambos fueron mantenidos a fs. 391 y fs. 222 de los respectivos expedientes.

En oportunidad de la etapa prevista en el artículo 465, cuarta parte, y 466 del Código Procesal Penal en ambos procesos el representante del Ministerio Público ante esta Cámara, propició el rechazo del deducido a favor de Pastrana y de C. relacionado con su declaración de responsabilidad (fs. 405/406, -causa 12.547-) y con su condena (fs 224/226 vta. -causa 13.151-).

Suspendido el trámite de los recursos incoados en la causa n° 12.547, se acollararon jurídica y materialmente en la causa n° 13.151, a la espera de que ambas causas estuvieran en la misma etapa (cfr. fs. 418).

2. Atento que el defensor particular de Pastrana no mantuviera el remedio extraordinario que se le concediera, el 21 de marzo del corriente año, se ordenó poner en conocimiento de esa circunstancia a Juan Ramón Pastrana, notificación cumplida sin respuesta alguna del nombrado (fs. 421/422).

Superada la etapa prevista por el art. 468 del C.P.P., el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

SEGUNDO:

a) Definición del recurso planteado por el defensor particular de Juan Ramón Pastrana contra la sentencia.

Pese al empeño de este Tribunal para preservar el medio de impugnación deducido contra la sentencia condenatoria del nombrado, la desatención al trámite tanto del letrado como del procesado (fs. 419/22) conducen sin más, habiendo transcurrido con creces el plazo establecido en el segundo párrafo del art. 464 del C.P.P.N. (tres días), como asimismo la prórroga especial contemplada por el art. 164 del mismo cuerpo legal, a la deserción del remedio intentado a su respecto.

b.1) Situación procesal de R. M. C. en la causa n° 5697.

Con dos agravios atacó la defensa oficial del nombrado su declaración de responsabilidad fundados en los dos incisos del art. 456 del código de forma (causa n° 12.547).

Cuestionó por arbitraria la valoración de la prueba producida en el debate, sin fundamentos válidos en inobservancia de la sana crítica racional y la violación al principio *in dubio pro reo*.

Expresó que durante la audiencia de debate no se pudo probar la penetración sexual alegada por la víctima, que incurrió en contradicciones en sus declaraciones prestadas en la instrucción y el juicio de debate, en cuanto a la ingestión negada de alcohol cuando surgió de los informes médicos una "intoxicación aguda evidente aliento etílico"; que no había concurrido al "piringundin" a buscar a su marido; que todo sucedió a las ocho de la mañana cuando en realidad fue a las

Cámara Nacional de Casación Penal

diez. Confusión de la que se valió la defensa para desmerecer su relato.

Reforzó su argumento con la declaración de la encargada del bar que dijo que “la chica estaba muy ebria, que se sentaba en cada mesa, bailaba y llamaba la atención” y que “pudo ver cómo la damnificada salía del establecimiento junto con los dos imputados”.

Subsidiariamente, cuestionó -con cita de doctrina- la subsunción jurídica del hecho porque entendió que debía ser calificado como abuso sexual simple.

Finalmente, hizo reserva del caso federal (art. 14, de la ley 48).

b.2) Respecto de la condena impuesta a R M C. también asentó el recurso de casación el defensor oficial en ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N (causa n° 13.151).

Señaló la vulneración de la garantía de la doble instancia judicial y del principio de inocencia en relación con la causa n° 5697 por haberle impuesto una pena en función de una declaración de responsabilidad que no estaba firme por haber sido recurrida (causa n°12.547).

Agregó que la errónea aplicación de la ley sustantiva sin la debida fundamentación (arts. 2° y 4°, de la ley 22.278), tornó arbitrario el pronunciamiento.

La sanción impuesta trasluce un carácter retribucionista, porque atendió a “pautas genéricas” sin haberse ponderado la efectiva necesidad de una pena privativa de libertad cuyo fin es la resocialización y en el caso de los

menores debe ser la última ratio, premisa que la sentencia no respetó.

Manifestó que la condena impuesta se apartó de manera desproporcional y arbitraria del mínimo legal de cada uno de los delitos atribuidos.

Finalmente, solicitó que se declare la nulidad de la sentencia dictada el 29 de junio de 2010 y se absuelva a su defendido. En subsidio, solicitó que se reduzca el monto de la pena impuesta.

Hizo reserva del caso federal (art. 14 de la ley 48).

TERCERO:

Situación procesal de R. M. C. en la causa n° 5697 del Tribunal Oral de Menores N° 1.

a) Los temas sobre los cuales la defensa oficial expresó los agravios de falta de fundamentación de la sentencia y errónea valoración de las pruebas producidas, por infracción a las leyes de la lógica y de la sana crítica regentes de cualquier pronunciamiento judicial han quedado reseñados en el considerando segundo.

Para su examen es necesario partir de la plataforma fáctica y probatoria recreada en el pronunciamiento.

Se acreditó la materialidad del hecho en estudio y la participación de los encartados en él sobre la base del requerimiento de elevación a juicio, modificadas en el alegato fiscal.

En la primera de las piezas acusatorias citadas a fs. 239/44, se anotó que Juan Ramón Pastrana de 22 años de edad y R. M. C. de 16, abusaron sexualmente, con acceso carnal de C.

Cámara Nacional de Casación Penal

T. R. el 15 de marzo de 2009, alrededor de las 10.00 horas, en la torre ubicada en la Av. Pedro de Mendoza 1525 de esta ciudad. En dicha ocasión, cuando la víctima pasó caminando delante de los encausados que se encontraban tomando cerveza en la calle, Juan Ramón Pastrana la tomó del brazo y la introdujo en una torre de color amarilla ubicada debajo del Puente Nicolás Avellaneda, la tiró al piso diciéndole “hija de puta, sentate, arrodillate”, lo que provocó el llanto de R, propinándole el nombrado un golpe en el rostro, que le provocó el sangrado de su nariz y boca. Ante ello, la damnificada le solicitó que no le haga nada dado que se encontraba embarazada. Desoyendo el requerimiento de T R que ya estaba en el piso boca arriba, R. M C se bajó el pantalón y la golpeó, al tiempo que Pastrana, semidesvestido también, la desnudó, se acostó encima suyo y la accedió por vía vaginal, mientras el menor se masturbaba y le manoseaba el rostro y los senos. Al cabo de unos treinta minutos aproximadamente, se hicieron presentes en el lugar el Subinspector Jerónimo Martín Gruszecki y el Agente Néstor Jesús Bauche, quienes ingresaron al lugar advertidos por un transeúnte y al observar a Pastrana con sus pantalones bajos hasta la rodilla sobre la víctima semidesnuda y al restante sujeto arrodillado a la altura de la cabeza de la mujer sosteniéndole sus brazos, también con sus pantalones bajos, los detuvieron y secuestraron del primer descanso de la escalera un jean color celeste, un par de botas y una bombacha color negro. Trasladaron a T R al Hospital Argerich, que en ese momento sólo tenía puesto una blusa verde y un corpiño negro, ambos rotos en su adelante, con el ojo izquierdo hinchado, y sangre en su boca

y nariz. Ya en el interior de la dependencia policial, se procedió al secuestro de un calzoncillo de color verde con elástico azul, perteneciente al encausado C. y un calzoncillo color rojo, de Pastrana.

Si bien esa acción fue calificada por el representante del Ministerio Público Fiscal como abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido cometido por dos personas, agravado, a su vez, respecto de Pastrana, por la intervención de un menor de 18 años de edad, ambos en calidad de coautores (arts. 41 quater, 45 y 119, párrafo tercero, inciso "d", del Código Penal), en la oportunidad prevista por el art. 393 del código de forma, el fiscal general sin discutir la ocurrencia del hecho descrito precedentemente, y aún admitiendo que Pastrana se ubicó sobre ella con el propósito de accederla carnalmente, propósito que la víctima consideró cumplido, haciendo mérito del estado de shock de ésta y de la ingesta de alcohol, no acreditada pericialmente hizo aplicación del art. 3 del ritual, y enmarcó el suceso en el delito de abuso sexual con tentativa de acceso carnal, agravado por la participación de dos personas, y en el caso de Pastrana, por lo dispuesto en el art. 41 quater del Código Penal.

Agravante descartada por el órgano de juicio por falta de prueba de que Pastrana hubiera tenido un conocimiento cierto de la edad del menor C..

El Tribunal de juicio tuvo por probado el ataque sexual con la declaración del Subinspector Gruszecki durante el debate, quien relató que durante una recorrida de la zona con el Agente Bauche, un hombre mayor les dijo que había escuchado

Cámara Nacional de Casación Penal

gritos en una torre debajo del puente, que tenía una entrada con escalera y paneles de madera, tipo laberinto, escucharon al llegar a ese sitio gritos y advirtieron movimientos en un descanso. De inmediato, vieron una mujer en el piso acostada boca arriba; sobre ella, un muchacho con los pantalones bajos y otro por detrás que la sostenía de los brazos, también con los pantalones a la altura de las rodillas. La mujer estaba desnuda con la ropa harapienta. Acto seguido, ambos se trenzaron en lucha con los individuos logrando detenerlos. Explicó que la damnificada estaba desfigurada por los golpes, tenía un ojo hinchado y visiblemente conmocionada, sin saber si estaba alcoholizada o drogada, porque no lograba contar lo sucedido, sin poder hablar, incoherente y que únicamente pedía por su hijo. Agregó que se la notaba embarazada. Hicieron bajar a los detenidos al descanso, llamaron testigos y secuestraron la ropa, un par de botas y pantalón que había quedado en el descanso. Preciso que el mayor de los individuos, que estaba sobre la chica tenía un buzo o pulóver marrón, y el otro que la sostenía de las manos una campera negra o camperita, que quedó con la cabeza lastimada por el forcejeo, razón por la cual fue derivado al hospital. En la dependencia y en respuesta a la consulta, se incautó la ropa interior de los sospechosos. Indicó, que cerca de ese sitio, sobre Brown entre Mendoza y Lamadrid hay un bar, al que nadie hizo alusión. Refirió que querían preguntarle a la chica qué había pasado, pero desnuda, golpeada y drogada o alcoholizada no podría decir nada. Aclaró, a preguntas que se le formularon, que en ese bar hay máquinas para poner música y que nunca había visto una persona violada

tan golpeada. Atribuyó la incoherencia que tenía la mujer al estado de shock por que el atravesaba y mencionó que, lo que escucharon antes de ver la escena de los imputados con la damnificada eran sollozos y quejidos (fs. 349).

También valoró el testimonio del Agente Bauche que coincidió con lo expuesto por su compañero (fs. 349/vta.) y el de Virginia del Valle Salto, encargada del bar ubicado en Almirante Brown 1462, que manifestó que T R llegó sola al establecimiento “muy ebria” y que “se sentaba en cada mesa, bailaba y llamaba la atención” y que minutos antes de que se produjera el procedimiento en el que fueron detenidos los imputados, la vio salir del negocio con ellos. Por último, señaló que no le vendieron alcohol, porque estaba “muy borracha”, aunque al retirarse caminaba bien, por sus propios medios (fs. 350).

Testimonios a los que por su veracidad y concordancia se les otorgó plena validez por haber emanado de quienes sorprendieron a los procesados en plena ejecución del hecho.

No recibieron la misma valoración los dichos de T R, ponderados con prudencia por las variaciones en aspectos relevantes tales como el número de personas que intervinieron en el suceso, el modo como fue acometida, o la hora en que ocurrió el hecho.

Sobre esa conformación del plexo probatorio se extrajo la demostración cabal de los encausados en el episodio investigado.

Cuadro incriminante apreciado sobre las reglas de la sana crítica que no tolera debilitamiento alguno, dada la directa percepción que tuvieron los agentes del orden del

Cámara Nacional de Casación Penal

accionar de los encartados, advertidos por un ocasional transeúnte quien por sus datos precisos de lugar, y gritos de ese sitio provenientes, permitió la inmediata recepción de los enjuiciados, en pleno ataque sexual a T R.

Completaron el plexo probatorio los testimonios de las testigos de actuación, las actas de detención y secuestro, los informes y peritajes incorporados por lectura reseñados en la sentencia (confrontar en razón de brevedad fs. 350/351 vta.).

La lectura del expediente y del fallo desarma la línea argumental de la defensa estatal por los fundamentos de esa pieza que se muestra ajena a cualquier tacha de arbitrariedad, por las razones ya brindadas que a su vez descaran la aplicación del principio *in dubio pro reo* (Confr. Sala I, "Jaime, Luis Gabriel s/recurso de casación", Reg. N° 13.051, causa n° 8882, rta. el 18/12/08 y, más recientemente, Sala III, "Gómez, Alejandro Esteban y Gómez Alberto Martín s/recurso de casación", causa n° 11.379, Reg. N° 1922, rta. el 28/12/09).

Por otra parte la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que el estado de duda a que se refiere la ley procesal, ahora en el art. 3°, no puede reposar en una pura subjetividad, sino que ese especial estado de ánimo -desarrollado en el fuero interno de los magistrados y sólo admisible como consecuencia de la apreciación de los elementos de prueba en su conjunto- debe derivarse de la racional y objetiva valoración de tales

constancias del proceso (Fallos: 312:2507; 313:559; 314:83,346 y 833; 315:495, entre muchos otros).

Todo lo expuesto satisface las exigencia del Alto Tribunal sentadas *in re*: “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa”, rta. el 20 de septiembre de 2005.

Tal como quedó probada la materialidad y autoría del encartado C. en el hecho a estudio, la calificación legal escogida por el tribunal de mérito, de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, agravado por la cantidad de personas intervinientes, resulta acertada, pues no pudo probarse científicamente la penetración aludida por la damnificada dado que si bien se encontraron rastros de semen en el calzoncillo que le fue secuestrado a Pastrana, no existió presencia de líquido seminal en su vagina.

No merece mayor tratamiento el intento de la defensa oficial de suponer un consentimiento de la víctima, con sólo recordar el castigo que le dieron.

Las connotaciones y circunstancias del caso robustecen la intervención de C. como uno de los autores principales del hecho.

c) Valoración de la pena impuesta a R M C. (causa n° 13.151).

Tal como ha quedado verificada la responsabilidad de C. en el suceso investigado en el punto anterior, y no discutida la del robo agravado -causa n° 5403-, y robo simple en grado de tentativa -causa n° 5755-, sólo resta revisar la aplicación de la pena.

Cámara Nacional de Casación Penal

Cumplidas como estaban las condiciones objetivas previstas por el art. 4° de la ley 22.278, C. estaba en condiciones de ser sujeto pasivo de una punición.

Es dable mencionar que la ley exige que se haya constatado la participación del menor en el hecho ilícito para, luego resolver en los términos que la norma consigna, sin que nada obste al examen conjunto de esa responsabilidad penal y de la pena a imponer.

De donde se extrae como lógica consecuencia la ausencia de lesión a la garantía de la doble instancia con la posibilidad por parte de esta Cámara de revisar todo lo decidido por el tribunal de grado.

En cuanto al primer punto cuestionado, el gravamen se diluye con la lectura del voto del juez que lideró el fallo que fue compartido por sus colegas del tribunal, quien dio los fundamentos por los cuales no correspondía aplicar el beneficio de la absolución previsto en el art. 4° de la ley de menores n° 22.278. En ese sentido, hizo referencia a que “de los diversos informes agregados al expediente tutelar, se desprende que C. proviene de un hogar integrado, conformado por sus padres y cinco hermanos. Viven en una casa de su propiedad, ubicada en el barrio de la Boca. Cursaba el ciclo escolar secundario en una escuela nocturna. Se inició en el consumo de sustancias estupefacientes a los trece años, coincidente con su llegada a Buenos Aires desde la provincia de Tucumán de donde es oriundo (fs. 209). Su padre trabaja en una bicicletería y la madre tenía un Plan Trabajar”.

Siguió diciendo que “luego de iniciarse su primera causa, fue derivado -en octubre de 2008- a una comunidad terapéutica, pero la abandonó a los tres meses (ver fs. 61 y 92)”; no se presentó a la convocatoria del tribunal por haber sido detenido nuevamente por el hecho de la causa n° 5697. Durante la internación, no obstante el grave hecho que pesaba en su contra, su comportamiento no había sido el adecuado, como se desprendía de los informes de agresiones protagonizadas por C. en el instituto en el que se encontraba alojado (ver fs. 209, 235, 268, 277, 283/4, 326/7 y 333/5), además del episodio de autoagresión de fs. 318 (cfr. fs. 197/vta.).

Por todas esas razones entendió que C. no se había hecho acreedor del beneficio absolutorio contemplado en la ley n° 22.278. No obstante, postuló la reducción de la sanción en los términos del art. 4° de la citada norma y lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: “Maldonado”, en mérito a las consideraciones indicadas y a que en algunos períodos su tratamiento mejoró (cfr. fs. 264/5).

Con respecto a la graduación de la sanción, tuvo en cuenta la naturaleza, modalidades y características de las acciones incriminadas; la edad, su grado de instrucción y condición socioeconómica; su incursión en el consumo de drogas desde temprana edad; el daño causado; los informes de institutos en los que estuvo alojado, agregados al expediente tutelar; y las demás pautas de mensuración contempladas en los artículos 40 y 41 del Código Penal. Propuso, en fin, que se condene a C. a la pena de tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas.

Cámara Nacional de Casación Penal

De la síntesis y análisis precedente se desprende sin esfuerzo la razonabilidad de los argumentos atinentes a la pena que alejan la falta de contradicción y de arbitrariedad del pronunciamiento recurrido.

En efecto, tal como establece el art. 4 de la ley 22.278, la imposición de pena a un menor se halla supeditada, en primer lugar, al cumplimiento de tres requisitos, a saber: a) que se haya declarado la responsabilidad penal y civil si correspondiere; b) que el menor haya cumplido dieciocho años y c) hubiese estado sometido a tratamiento tutelar por un lapso no inferior a un año, prorrogable, en caso necesario, hasta la mayoría de edad. Sin embargo, la acreditación de estos extremos, no obstante viabilizar la posibilidad de aplicar sanción, no la torna automática (Sala I, "García Martinucci, Adrián s/ recurso de queja", Causa N° 3115, Reg. N° 3901, rta. 3/11/00).

Así surge palmariamente de la disposición legal en estudio cuando establece que "una vez cumplidos estos requisitos (los consignados en el párrafo anterior) 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 sanción, así lo resolverá...".

Necesidad y reducción que el tribunal de menores aplicó correctamente de conformidad a la ley minoril, y demás elementos que se analizarán a continuación.

Es doctrina de la Corte Suprema que dentro de los objetivos que guían la justicia que rige en materia de jóvenes infractores se encuentra el principio que "la privación de la

libertad sólo podrá ser impuesta como medida alternativa de último recurso y durante el período más breve que proceda (del voto del doctor Carlos S. Fayt en el considerando 13 del "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otros/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa n° 1174-"). Así lo prescriben, además, la Convención de los Derechos del Niño en su art. 37, inc. "b" y el art. 19.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores -Reglas de Beijing-, que prevé que "el confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso..." (Sala I, "Maidana, Rodrigo Alexis s/recurso de casación", Causa N° 6904, Reg. N° 8869, rta. el 24/5/06).

Cabe señalar que el sentenciante tuvo en cuenta lo establecido por la ley minoril, y escogió el monto punitivo conforme el art. 44 del C.P., en relación a cada uno de los hechos por los que fue declarado responsable.

El juego de atenuantes y agravantes fueron compensados en el quantum determinado que lo muestra razonablemente y de ningún modo es excesivo, sino por el contrario el mínimo imponible según las particularidades de los sucesos y las características del justiciable, que ante la falta de recurso fiscal debe ceñirse al impuesto.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo, declarar desierto el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Juan Ramón Pastrana y, rechazar los recursos de

Cámara Nacional de Casación Penal

casación incoados por la defensa oficial de R M C; con costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.).

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

Coincido parcialmente con las soluciones a las que arriba la Dra. Catucci en su voto, por los motivos y con los alcances que seguidamente se expondrán.

a) En primer lugar, debo decir que concuerdo con la colega preopinante en lo que atañe a la adecuada fundamentación que contiene el fallo examinado (fs. 345/355 de la causa 12.547), en torno a la acreditación de la materialidad del suceso juzgado y la participación que en él les cupo a los encartados Pastrana y C..

Las conclusiones a las que allí se llega -acerca de los tópicos apuntados-, constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena (conf. causas n° 6892, "Toledo, Marcos s/rec. de casación", reg. n° 1128/06, de fecha 9 de octubre de 2006; 6907, "Calda, Cintia Laura s/rec. de casación", reg. n° 1583, rta. el 27 de diciembre de 2006; 5605, "Ledesma Sánchez, Sergio Bernardo y otro s/rec. de casación", reg. n° 876/07, de fecha 27 de junio de 2007 -todas de esta Sala- entre otras), sin que las críticas esgrimidas al respecto, logren conmovier lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404 inc. 2° y 471 a *contrario sensu* del C.P.P.N.).

b) En segundo lugar, entiendo que le asiste razón al planteo formulado por la defensa del aludido C., al aseverar

que el episodio en cuestión fue erróneamente catalogado como constitutivo del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, en vez de la modalidad básica que prevé el primer párrafo del art. 119 del código sustantivo; veamos.

Compete recordar con Arocena, cuando analiza la factibilidad de la tentativa en el tipo penal regulado en el tercer párrafo de la norma de referencia, que ella *“tiene lugar cuando el sujeto activo ha realizado **actos inequívocamente demostrativos de la ejecución de su fin** de conseguir el acceso carnal, pero no logra tal designio por circunstancias ajenas a su voluntad (art. 42 C.P.).”* -Gustavo A. Arocena, “Delitos contra la Integridad Sexual”, Advocatus, Córdoba, 2001, pág. 58 (lo resaltado me pertenece)-.

En igual sentido se han expedido Javier De Luca y Julio López Casariego, en “Delitos contra la integridad sexual”, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, págs. 100/101.

En la sentencia objetada, se marca que el hecho lascivo denunciado encuadra en la figura legal legislada en el citado párrafo tercero (en grado de tentativa), debido a que -según los dichos de los funcionarios policiales que intervinieron en la ocasión- el imputado Pastrana se encontraba *“encima de la perjudicada con ambos cuerpos desnudos...”*, circunstancia ésta que para el tribunal, constituye un elemento suficiente para *“sostener que el fin de la conducta de los encausados era acceder carnalmente a la víctima por vía vaginal.”* -ver fs. 353-. No se ha evaluado ningún otro elemento de convicción para sostener tal aserto.

Pues bien, este único aspecto sin mayores datos que informen acerca del extremo observado, no permite establecer

Cámara Nacional de Casación Penal

con el grado de certeza exigido, la realización en forma inequívoca de actos enderezados a la ejecución de aquella finalidad libidinosa -acceso carnal-, en los términos de la doctrina brevemente expuesta.

Resulta pertinente memorar, que todo veredicto de condena se debe cimentar en una multiplicidad de pruebas homogéneas, unívocas y unidireccionales que acrediten, con el grado de certeza necesario, la recreación histórica de los acontecimientos y la responsabilidad penal del o los autores del hecho ilícito.

En tal sentido, Ferrajoli considera que la previsión del Código Procesal Penal italiano, artículo 192, al prescribir “una pluralidad de datos probatorios ‘graves, precisos y concordantes’ ha legalizado la necesidad epistemológica de una pluralidad de confirmaciones según el esquema del *modus ponens*”. Y agrega que “en segundo lugar, la previsión, en el mismo artículo 192, de la obligación del juez de ‘dar cuenta de la motivación de los resultados adquiridos y de los criterios adoptados’ equivale a la prescripción de que la motivación explicita todas las inferencias inductivas llevadas a cabo por el juez, además de los criterios pragmáticos y sintácticos por él adoptados, incluidos los de las contra pruebas y las refutaciones por *modus tollens*” (Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón: teoría del garantismo penal”, Trotta, Madrid, 1995, pág. 155).

En estas condiciones, queda evidenciado que el fallo impugnado -en orden al tema tratado- no contiene un marco probatorio unívoco, más bien se nos abre un cuadro incierto,

dudoso, con un amplio margen de posibilidades, que no satisface el requisito de certeza apodíctica señalado; presentándose un supuesto de ausencia de pruebas de cargo para sostener la imputación efectuada, respecto del tipo penal comentado - actividad ésta que le compete exclusiva y excluyentemente al acusador-, y que no puede ser suplida por la actividad jurisdiccional de este Tribunal. De esta manera, el tema se reduce a un problema de prueba en el cual rige el principio del *in dubio pro reo* (cfr. Donna, Edgardo A.: *La imputación objetiva*, Editorial de Belgrano, Bs. As., 1997, pág. 35 y Kaufmann, Armin: *Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1973, Ed. Depalma, Bs. As, pág. 20 y ss.).

En síntesis, considero que en atención a los motivos expuestos, por imperativo de lo dispuesto en el art. 3° del código de rito, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de la defensa del encartado C. -sin costas-, casar parcialmente el fallo criticado, y modificar la calificación legal endilgada al nombrado, por la de abuso sexual simple agravado por el número de personas intervinientes, conforme las previsiones del primer y último párrafo del art. 119 ibidem (arts. 18 de la C.N.; 11:1 de la D.U.D.H.; 8:2., primera parte de la C.A.D.H.; 14:2. del P.I.D.C. y P.; 3°, 123, 398, 404 inc. 2°, 456, 470, 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

c) En tercer lugar, advierto que más allá de las disquisiciones que se podrían efectuar acerca de la falta de mantenimiento del recurso de casación incoado por la asistencia técnica del encartado Pastrana -señalada por la Sra. magistrada

Cámara Nacional de Casación Penal

que lidera el acuerdo, en el punto a) del considerando segundo de su ponencia-, y que a mi ver no constituye óbice para dar curso a su tratamiento (conf. *mutatis mutandi* c. n° 12.103, “Ruiz, Leopoldo Angel y otro s/rec. de casación”, reg. n° 595/10 de esta Sala, de fecha 29 de abril de 2010, y los precedentes L. 943. XLII. “Laskiewicz, Miguel Ángel s/rec. de casación”, y S. 216. XLIV. “Solís, Marcos Damián s/rec. extraordinario”, de nuestro Máximo Tribunal, resueltos el 11 de diciembre de 2007 y el 17 de junio de 2009, respectivamente), lo cierto es que abierta como ha sido la jurisdicción de esta Cámara, la solución que antecede abarca también ipso iure la situación procesal del sindicado Pastrana, en los términos requeridos por su letrado defensor.

Así las cosas, itero, deviene estéril la discusión respecto de si debe declararse desierta o no la impugnación de fs. 363/367 de la citada causa 12.547.

En consecuencia, estimo que al igual que su consorte de causa, la calificación legal asignada a la conducta llevada a cabo por el aludido Pastrana debe ser modificada por la de abuso sexual simple agravado por el número de personas intervinientes, conforme las previsiones del primer y último párrafo del art. 119 ibidem (arts. 18 de la C.N.; 11:1 de la D.U.D.H.; 8:2., primera parte de la C.A.D.H.; 14:2. del P.I.D.C. y P.; 3°, 123, 398, 404 inc. 2°, 456, 470, 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

d) En otro orden, observo que asimismo le asiste razón a la defensa del encausado C., en lo que atañe al

reproche que formula contra la sentencia de fs. 191/191 vta. y 193/199 vta. de la causa 13.151 -reseñada en la parte pertinente del punto 1 del considerando primero del voto de la Dra. Catucci-, por el siguiente motivo.

Tal como lo marca el impugnante, cuando el tribunal analizó allí la necesidad de imposición de pena, conforme las previsiones del art. 4º de la ley 22.278, y posteriormente determinó el quantum de la sanción, tuvo en consideración aquélla declaración de responsabilidad (ver fs. 345/355 de la causa 12.547) que no se encontraba firme. El yerro en el que incurren los magistrados aparece claro y -a mi ver- no amerita que me explaye en demasía ante semejante transgresión constitucional.

Es que la presunción de inocencia -arts. 18 de la C.N., 26 de la D.A.D.D.H., 11:1 de la D.U.D.H., 8.2 de la C.A.D.H. y 14.2 del P.I.D.C. y P.-, que ampara a todo procesado, hasta que la sentencia adquiriera firmeza, se vio significativamente vulnerada ante la imposición de la condena, sustentada en una declaración de responsabilidad que aún no había pasado a autoridad de cosa juzgada.

En este contexto, el pronunciamiento cuestionado aparece arbitrario debido al vicio esencial que contiene su fundamentación. Por ende, se impone inexorablemente su descalificación como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 404 inc. 2º, 470 y 471 del C.P.P.N.).

e) En atención a las soluciones que anteceden, a fin de evitar cualquier resquicio de parcialidad en el juzgador y para garantizar el derecho al recurso, considero que corresponde remitir la causa a la Secretaría General de esta

Cámara Nacional de Casación Penal

Cámara, para que se desinsacule otro tribunal; el que tendrá que evaluar la necesidad o no de imposición de una sanción respecto del encartado C. (causa 13.151), con apego a la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal en el precedente "Maldonado" (Fallos: 328:4343), y determinar una nueva sanción en relación al encausado Pastrana (causa 12.547) -en condiciones de ser correctamente individualizada- teniendo en cuenta la calificación legal signada en el punto c) que antecede. Asimismo estimo que se deberá comunicar lo resuelto al tribunal de origen.

En los términos indicados, dejo precisada mi propuesta al acuerdo.

El señor juez **W. Gustavo Mitchell** dijo:

a) La materialidad del hecho acriminado y la calidad de coautores responsables de los procesados C. y Pastrana han sido debidamente acreditadas en autos con los elementos de convicción bien meritados en el fallo en crisis. En este punto me remito al pormenorizado análisis efectuado por la Dra. Catucci en su voto que cuenta además, con la adhesión de la Dra. Ledesma.

b) También coincidiré con la preopinante en todos los demás temas que han sido motivo de concreto agravio.

Así, en cuanto a la significación jurídica atribuida a las conductas reprochadas la considero correcta.

Ello así por cuanto la violación se consuma con la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima, aun cuando sea anatómica y fisiológicamente imperfecta (ver Núñez, Ricardo C., "Derecho Penal Argentino", T IV, pág.

248, nota 8 y sus citas)- Esto hace que el conato deseche la penetración; por lo que sus aspectos objetivos necesariamente deben ser constituidos por actos diversos de la introducción en el cuerpo de la víctima, pero animados del mismo propósito subjetivo de lograrla.

Si el autor se encontraba semidesnudo tendido sobre el cuerpo de la mujer en igual condición, a la que su compinche sujetaba y a la que habían golpeado y lesionado, con fin de accederla carnalmente -circunstancias todas debidamente probadas- estamos ante una inequívoca tentativa de violación.

En tal sentido, el autor antes citado dice: "Sólo se podrá lograr una estructuración de la tentativa que consulte las exigencias de la razón de su castigo, vale decir el peligro corrido por el derecho agredido, si se admite que más allá de la utilización de los medios y de la realización de la acción típicos, el carácter ejecutivo de los actos se puede extraer de la conducta del autor reveladora de su decisión de ejecutar el delito. De otra manera, se corre el riesgo de que la limitación puramente formal emergente del ámbito de comprensión de la figura legal, excluya el castigo en casos en los cuales la apreciación sustancial demuestre que concurre el peligro fundamentador de la imputación delictiva imperfecta" (autor y obra cit, T II, páginas 328/29).

Por lo demás no observo déficit probatorio alguno, aspecto que ha quedado superado en la sentencia impugnada y en el voto de quien encabeza esta acuerdo).

c) Habida cuenta que la defensa de Pastrana no mantuvo el recurso y que notificado debidamente de esa omisión el nombrado guardó silencio, me adhiero en este punto a la

Cámara Nacional de Casación Penal

propuesta de la Dra. Catucci, aun cuando atento a las demás soluciones que propiciamos ello carece de consecuencias prácticas.

d) La defensa ha tenido oportunidad de discutir la declaración de responsabilidad de su pupilo, lo ha hecho y sus argumentos han tenido adecuada confutación en ambas instancias, por lo que rechazo cualquier objeción a que dicha pieza procesal no estuviese firme entonces.

Por todo lo expuesto voto por que se declare desierto el recurso de casación de la asistencia técnica de Pastrana y se rechacen los de la asistencia técnica de C.; con costas.

Por ello, en mérito al acuerdo habido en la votación que antecede, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

I. Declarar desierto el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Juan Ramón Pastrana, con costas.

II. Rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa oficial de R M C, **CON COSTAS** (arts. 456, 470 y 471 *contrario sensu* y 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y remítanse las actuaciones al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo: Liliana Elena Catucci, W. Gustavo Mitchell y Angela E Ledesma. Ante mi: María de las Mercedes López Alduncin, Secretaria de Cámara.