

## ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala I del Tribunal de Casación Penal (Cf. Ac. 1805 de la S.C.J.B.A.), el 17 de septiembre de dos mil quince se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Daniel Carral y Víctor Violini (art. 451 del Código Procesal Penal), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de resolver la Causa N° 71104 caratulada “B., M, A, S/RECURSO DE CASACION”, conforme al siguiente orden de votación: CARRAL – VIOLINI.

## ANTECEDENTES

I.- El Tribunal en lo Criminal n° 7 del Departamento Judicial de San Martín, en causa n° 1800 (IPP 15-00-020206-12) de su registro, condenó a M. A. B. a la pena seis (6) años de prisión, accesorias legales y costas, al hallarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, reiterado en al menos cuatro oportunidades, en concurso real, artículos 5, 12, 19, 29 inc. 3ero., 40, 41, 45, 55 y 119 segundo párrafo del CP.

II.- Contra dicha sentencia se alzaron en recurso los letrados particulares del procesado, Dres. Walter Lasagno y Miguel Angel Pérez, quienes –en lo sustancial- alegaron que la resolución atacada no constituye una derivación razonada con arreglo a las circunstancias del caso. Sostuvieron que el niño al momento de declarar bajo la modalidad de la Cámara Gesell, ya había sido interrogado por varias personas, lo que provocó que su relato varíe, manteniéndose únicamente la identificación del protagonista.

Cuestionaron el desempeño de la Psicóloga Rodríguez Morales -profesional que realizó la entrevista bajo esa modalidad-, al sostener que a pesar que el protocolo la obligaba, no señaló las contradicciones en el relato del niño, y no profundizó sobre las mismas, ya sea en esa u otra entrevista.

Señalaron diferencias entre el relato de los testigos Margarita Caino y G. N., y el brindado por el niño en la Cámara Gesell.

Se agravió la defensa al sostener que el sentenciante no dió debido tratamiento a lo tópicos planteados por ella, que las constancias objetivas arrojan una duda razonable en cuanto a la autoría de su asistido.

Subsidiariamente, alegaron que la figura del abuso sexual gravemente ultrajante dado que se trata de un tipo penal abierto, viola el principio de legalidad, por lo que solicitaron se declare la inconstitucionalidad de ella.

Ante ello, requirió que de condenar a su asistido, se lo haga aplicando la figura del abuso sexual simple (art. 119 primer párrafo del CP).

Finalmente, cuestionaron la pauta agravante considerada por el a quo respecto a la corta edad de la víctima, al entender que dicha valoración transgrede el principio non bis in idem,

por encontrarse previsto esto en el tipo penal endilgado, y se agraviaron por considerar desproporcionado e irrazonable el monto punitivo impuesto.

III.- Una vez sorteada la admisibilidad por el a quo (fs. 49), las actuaciones fueron asignadas por sorteo a esta Sala I (fs. 54).

IV.- Corrida que le fuera la vista a las partes (fs. 55/56), la defensa desistió de la audiencia, remitiéndose a la presentación oportunamente interpuesta.

Por su parte, el Señor Fiscal Adjunto (fs. 59/61) propició el rechazo del recurso impetrado, analizó la prueba obrante y sostuvo que nada lleva a sostener que los hechos denunciados no hayan ocurrido o que el imputado no sea el autor de los ataques sexuales que le recriminan.

Rechazó la inconstitucionalidad planteada en razón de que el recurrente no demostró de que forma el legislador transgredió la manda constitucional con su redacción.

Por último, sostuvo que la agravante cuestionada debe mantenerse en razón de que la edad de la víctima favoreció el ataque al victimario.

V. Radicada en sala con fecha 25/06/2014 se encuentra en condiciones de resolver, decidiendo plantear y votar las siguientes

#### **CUESTIONES:**

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación deducido?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

#### **A la primera cuestión el señor juez doctor Carral dijo:**

En cuanto ha sido motivo de agravio por la defensa de la instancia cabe señalar que el a quo tuvo por acreditado "(...) que en el período comprendido entre marzo o abril de 2011, al 29 de mayo de 2012, en el interior de la vivienda sita en calle Sánchez de Bustamante nro. ... de la localidad y partido de José C. Paz de esta Provincia, A. M. B. abusó sexualmente del menor V. A. T. -nacido el día 9 de enero de 2005- quien contaba con seis años de edad y hasta los siete, al desnudarlo, tocar y estimular su zona anal, para luego apoyar y presionar su miembro viril sobre su ano, en por lo menos cuatro oportunidades."

I.- Adelanto que no le asiste razón a la defensa en cuanto sostiene que la sentencia recurrida no se presenta con un orden lógico y razonado, ya que no avizora vicios de arbitrariedad o ilegalidad.

El testimonio del niño víctima se mantuvo en lo sustancial incólumne a lo largo del tiempo, y ante distintos interlocutores, así lo testimoniaron quienes prestaron declaración en el

debate oral. No es cierto que lo único que se mantuvo a lo largo del tiempo fue la individualización del autor, las circunstancias de tiempo y modo también.

Conforme se desprende de la sentencia, los testigos relataron lo que el niño oportunamente les había contado, por supuesto que no se trata de relatos idénticos ya que cada uno se manifestó conforme lo que la víctima le relató a cada interlocutor y siempre teniendo en cuenta la relación que el niño tenía con cada uno de ellos, lo que explica la fragmentación del relato y las omisiones de algunos detalles de lo sucedido en algunos casos.

En ese sentido cabe señalar que a su hermano T. (quien por entonces tenía doce años) V. le relató por primera vez lo sucedido de manera espontánea, con una gran ingenuidad, y dando detalles de lo que él creía hacer con su tío (fs. 27vta/28).

G. N., mamá de la víctima, fue la segunda persona que tomó conocimiento de los hechos, quien conforme lo relatado ante el Tribunal, recurrió a Margarita Cainos, asistente social de una salita que ella conocía, a los efectos de requerir ayuda. La profesional le aconsejó que la Dra. Rosas estuviera presente para entrevistar al niño, lo que así ocurrió, y una vez concluido el encuentro, ambas profesionales le indicaron a la madre que debía hacer la denuncia (fs. 25).

La licenciada Caino, al prestar declaración, según consta en la sentencia, relató que el niño se encontraba muy nervioso, con dificultades en el habla, recordando frases muy claras y contundentes emitidas por el niño que daban cuenta del abuso al que era sometido por parte de su tío (fs. 28vta).

La doctora Andrea Rosas se expidió en igual sentido que la licenciada Caino (fs.29).

Luego, quien mantuvo un diálogo al respecto de lo sucedido con el menor fue la perito psicóloga Celia Rodríguez Morales (fs. 31vta/32), profesional a cargo de la entrevista llevada a cabo mediante la Cámara Gesell.

Esta profesional destacó ante el a quo que el niño siempre contextualizó lo sucedido, relacionándolo con un dibujito que él miraba en esos momentos por TV en la habitación de su tío (fs. 32vta.). Asimismo, sostuvo que el niño poseía información sobre la sexualidad o acciones sexuales que sólo son posibles de conocer si las ha vivido.

Como se observa, no fueron numerosas las personas que entrevistaron al niño víctima, la licenciada Caino y la doctora Rosa, mantuvieron a pedido de la madre y ante la negativa del niño a hablar con su progenitora, un encuentro muy breve con el menor, a los solos efectos de poder determinar si en el relato se evidenciaban indicios de abuso. Y luego de ello fue la licenciada Morales, encargada de llevar a cabo la Cámara Gesell, quien dialogó con V..

Ante ello, mal puede sostener la defensa que el niño llegó a la entrevista de Cámara Gesell con un relato influenciado o variado producto de los distintos interlocutores que interactuaron con él.

El a quo abre su análisis probatorio destacando tramos del testimonio brindado por V. en la Cámara Gesell -cuyo registro fue exhibido durante el juicio-, donde el niño de manera clara, espontánea y acorde a su seis años de edad, relata con precisión los abusos a los que era sometido por parte de su tío.

Es decir, a esta altura me encuentro persuadido de sostener que el caudal probatorio no hace más que confirmar la hipótesis sustentada por el sentenciante, tanto en lo que respecta a la materialidad como en la participación del encartado en ella.

II.- Respecto a la crítica dirigida a la labor desarrollada por la licenciada Rodríguez Morales, en cuanto sostiene la defensa que la profesional hizo caso omiso a las contradicciones evidenciadas en el relato y el incumplimiento del Protocolo para la toma de declaración de niños/as a través de la Cámara Gesell dictado por la SCJ, entiendo que en este punto tampoco le asiste razón a la recurrente.

En primer lugar destaco que lo señalado por el recurrente –respecto a que el niño manifestó que mientras ocurrían los hechos él se encontraba sentado en la cama- no implica una contradicción, sino una forma de expresión, con las limitaciones en cuanto a la precisión propias de un niño de su edad.

Amén de lo sostenido precedentemente debo señalar que el Código de procedimiento en su art. 102 bis (Ley 13.954) establece un mecanismo especial para cuando un menor víctima preste declaración por algunos de los delitos tipificados en el Libro II Título III del CP, ello en virtud de preservar el derecho superior del niño y ajustar nuestra normativa interna a los instrumentos internacionales acogidos por nuestro país.

Bajo ese norte se reguló el procedimiento para llevar a cabo las entrevistas bajo la modalidad de Cámara Gesell, debiendo en este punto señalar que, a diferencia de lo que sostiene el recurrente, en ninguna parte de su protocolo se establece que ante contradicciones del declarante se deberá realizar una nueva entrevista.

Por el contrario, este tipo de procedimientos y su tratamiento como prueba anticipada se implemento en pos de evitar la revictimización del niño, quien en caso de recibir un trato ordinario se vería sometido -en el mejor de los supuestos- a dos o más interrogatorios desprovisto de todas las garantías inherentes a su condición de niño-víctima.

No obstante ello, lo que sí establece el Protocolo para la toma de declaración de niños/as - punto c- es que durante el desarrollo de la entrevista las partes pueden solicitar al juez, en caso de creer necesario, que el profesional a cargo de la Cámara Gesell le efectúe preguntas aclaratorias al niño.

Es decir, en caso de que el letrado haya entendido que el niño incurría en contradicciones en su testimonio -apreciación que como sostuve antes no comparto- ése era el momento para ejercer su derecho y así despejar sus eventuales dudas.

Encontrándose precluídos los motivos de su agravio, en este punto el recurso tampoco puede prosperar.

III.- En otro orden, tampoco es cierto que el tribunal no contestó debidamente lo planteado por la defensa. Lo esgrimido por la recurrente no pasa de ser una mera discrepancia entre lo alegado por ella en cuanto a la valoración de la prueba y calificación legal atribuída, y la que finalmente el a quo tuvo por acreditada y el encuadre legal asignado.

Las diferencias que señala el recurrente entre los testimonios de Navarrete y Caino, y el de niño, no son tales.

En el caso de G. N., madre de V., solo se pronunció respecto a lo que su hijo T. le contó de la conversación mantenida con su hermano menor (V.).

Ella misma relató en el debate que intentó hablar con su hijo V., y ante el silencio del niño, acudió a una asistente social que ella conocía, solicitando ayuda debido a la dramática situación que describió (fs. 25).

En el caso de la licenciada Margarita Caino, conforme su testimonial, ella junto a la doctora Rosas entrevistaron de manera muy breve a V., ya que su intención era sólo determinar si existía posibilidad que el niño haya sido víctima de abuso.

Ante el Tribunal la profesional relató frases pronunciadas por el niño en aquella oportunidad, que no disienten con lo declarado por el niño en la Cámara Gesell, aclarando luego de pronunciarlas que personalmente quedó "shoqueada" (fs. 28vta).

Por el contrario a lo pretendido por la defensa, dicho testimonio debe ser tomado como elemento complementario a los dichos del menor, ya que ellos predicen sobre las conductas abusivas a las que era sometido.

VI.- Corresponde ahora adentrarse al tratamiento del planteo de inconstitucionalidad articulado por la defensa contra el tipo penal establecido en artículo 119, párrafo 2º del Código Penal, en cuyos términos se subsumiera el hecho materia de imputación, es decir abuso sexual gravemente ultrajante. El mismo no habrá de obtener acogida favorable en razón de su inadmisibilidad.

En rigor de verdad, el temperamento cuya adopción por parte de esta judicatura pretende la defensa no se halla respaldado por una fundamentación suficiente o idónea a los efectos de declarar la invalidez constitucional de la consecuencia jurídica que se desprende de aquél precepto legal.

En este sentido, advierto que la parte ha omitido precisar y, sobre todo, explicar y fundar concretamente, dado lo escueto de su presentación en este punto), las razones por las cuales el principio de legalidad se vería directamente trasgredido a partir de la imposición de ésta disposición penal en cuyos términos se calificó la conducta endilgada al encartado.

A partir de tal falencia, esta judicatura se ve impedida de analizar la denuncia acerca de la existencia de una antinomia entre un precepto de rango legal y otro de jerarquía constitucional, lo cual sella la suerte adversa del planteo en pos de validez de aquella regla jurídica

V.- En subsidio, solicitó la recurrente se encuadre el accionar de su defendido en la figura del abuso sexual simple, art. 119 primer párrafo, por entender que el a quo calificó erróneamente el hecho.

En cuanto a ello, a diferencia de la defensa, estimo que la sentencia desarrolla con adecuado razonamiento los fundamentos que sustentan la calificación legal imputada a Benítez.

En efecto, el magistrado señaló que el acusado debía responder como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, frente a la pluralidad de actos lascivos a los que sometió al niño, degradándolo.

La agravante en tratamiento se refiere a aquellas modalidades del acto que resulten humillantes, degradantes, vejatorias, que comporten maltrato y desprecio, y que "cosifiquen" a la víctima.

De ello se colige, frente a la acreditación de la plataforma fáctica atribuida al acusado, que su accionar encuadra en los parámetros del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, siendo que su conducta, a mi entender, superó acabadamente los límites de la figura del delito de abuso simple, cuya subsunción se alega desde la defensa.

En efecto, a fin de subsumir el hecho en el tipo penal del artículo 119 párrafo segundo del C.P., debe analizarse específicamente la existencia de un "plus de humillación" que no existe en la figura básica. El articulado impone el agravante cuando por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La duración es un modo del tipo que al extenderse en el tiempo pasa a convertirse en anormal y en ese sentido, la humillación para con la víctima merece una cuantificación de la pena mayor. La circunstancia de cómo se produce este delito, también debe colaborar a la mayor humillación, como por ejemplo el lugar donde se efectúa, o la forma elegida para hacerlo.

En mi parecer corresponde aclarar que en el caso la modalidad del accionar del inculpado es lo que permite tener acreditado el abuso sexual gravemente ultrajante. Conforme la materialidad atribuida Benítez abuso sexualmente de V., quien por entonces tenía seis años, y por el período de un año aproximadamente, al desnudarlo, tocar y estimular su zona anal, para luego apoyar su miembro viril sobre su ano, en por lo menos cuatro oportunidades, aconteciendo ello en el interior del domicilio familiar del procesado.

El sometimiento a que alude la norma equivale a dominio, humillación, e importa un grave ultraje para la víctima por su duración o las circunstancias de su realización.

En mi opinión, la conducta descripta encuadra en dicha figura, desde que ha quedado acreditado el estado de sometimiento del menor por parte del imputado quien, además de ser su tío político, era la persona que durante la semana cuidaba al niño, junto a su tía, mientras su padre trabajaba, comenzando dicha rutina como consecuencia de la reciente separación de los padres de V. y en razón que su madre y hermanos se habían mudado a la provincia de Tucumán.

Lo dicho me lleva a la convicción que el niño ha sido sometido a ese degradamiento desproporcionado que describe la norma, y que le dejara huellas de una gravedad tal que llevan a encuadrar el hecho en coincidencia con lo resuelto por el sub judice.

V.- En otro orden, habré de acoger la crítica del veredicto en cuanto a la ponderación de la edad de la víctima como severizante de la pena. En sentido contrario a dicho criterio me expedí en mi voto que abriera el sufragio en la causa n° 59.060, “Parra, Julián J.” al señalar que “la norma establecida en el primer párrafo del artículo 119 del digesto sustantivo tipifica la conducta de abuso sexual, castigándola más severamente cuando el mismo es cometido contra personas menores de trece años y, consecuentemente determinando un límite de edad dentro del cual se encontrarán comprendidas todas aquellas circunstancias que se efectúen por debajo del mismo”.

“A su vez, no puedo dejar de mencionar que a mi entender, la corta edad de la víctima no debe incidir como pauta aumentativa de la pena, ya que receptor esta agravante (mayor, mediana o menor edad de la víctima) nos llevaría a establecer que no existiera modo alguno de cometer un hecho sin que concurren causas de agravación de la conducta. Si la víctima es un ser humano existirá por lo menos una agravante, la relativa a su edad, operando indefectiblemente en todos los casos, cualquiera sea la misma, imposible de ser discutida o desaplicada, derogándose entonces por vía judicial el juego del art. 41 del CP”.

En consecuencia, la severizante debe obliterarse.

VI.- Continuando con el tratamiento objeto de reclamo, resta ahora abordar el requerimiento de reducción de la pena por entender que la misma resultó desproporcionada.

Soy de la opinión que el tribunal sentenciante se encuentra facultado para meritar el monto punitivo dentro de los límites específicos fijados por las escalas penales obrantes en el digesto de fondo, sin hallarse obligado por alguna disposición legal para aplicar el mínimo de la pena ante la ausencia de circunstancias agravantes que valorar.

Es doctrina de esta Sala que para la determinación de la pena no se atiende a la consideración fragmentaria y aislada de las pautas que se ponderan, pues el proceso individualizador no constituye un mero cálculo matemático, y atiende a la apreciación de los aspectos objetivos del hecho y a las calidades del autor (artículos 40 y 41 del Código Penal).

El principio de culpabilidad, como fundamento de la medición de la pena, impone una función –principalmente limitadora- que deriva en la necesidad de establecer como criterio rector que la pena a determinar, no puede superar la gravedad de la culpabilidad.

Rige -a mi modo de ver- un criterio insoslayable, me refiero a que la condena debe guardar racional proporción respecto del hecho delictivo endilgado. Así, siendo graduable el injusto y consecuentemente el reproche, la pena debe ajustarse a dichos parámetros, respetando – claro está- los marcos punitivos previstos para el caso.

La cuestión en esencia, radica en verificar la proporcionalidad que debe mediar entre la gravedad de la pena y la intensidad del reproche. Ello así, en tanto el mentado principio de proporcionalidad que, insisto, conecta a la pena con el hecho, gradúa la reacción punitiva, cuya determinación está sujeta al juicio de los sentenciantes.

Partiendo, entonces desde este prisma, a mi modo de ver, ateniendo a la calificación legal de los hechos atribuidos a Benítez, esto es: autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, reiterado en cuatro oportunidades, la magnitud de la escala penal y las circunstancias en las que los mismos se desarrollaron, entiendo que el quantum punitivo impuesto a Benítez resulta adecuado y proporcional a la culpabilidad atribuida a sus actos, restando disminuir el mismo sólo en virtud de la quinta de la severizante de edad de la víctima.

VII.-Corresponde, entonces, a este Tribunal asumir competencia positiva, con sustento en razones de economía procesal, de conformidad con el grado de injusto que se atribuye al acusado.

Ciertamente, el proceso de mensuración de la pena evidencia la prevalencia de parámetros aplicables desde la prevención general, sin dejar de mencionar en esto, que la finalidad última de la misma y de su sistema de ejecución, tiene anclaje en razones de resocialización e integración social (prevención especial), tal como lo ha destacado la CIDH en el caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala”.

Bien señala Roxin que en casos como el que nos ocupa “es necesario sopesar los fines de prevención especial y general y ponerlos en un orden de prelación”, indicando asimismo que “...la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivo-generales de la pena, sino que, a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa en forma preventivo-general” (Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Civitas, trad. de la 2da. Edición; pág. 97 y sgtes.).

En función de lo que llevo dicho, de conformidad con la entidad del injusto y la calificación legal establecida -abuso sexual gravemente ultrajante (cuatro hechos) en concurso real, en los términos de los arts. 55 y 119, párr. 2 del Código Penal-, con la obliteración de la agravante de la sanción penal fundada en la edad de la víctima y en atención a la restante severizante no cuestionada en el presente, y las dos atenuantes valoradas en el veredicto por el Tribunal de grado -arts. 40 y 41 CP-, estimo justo condenar a MARIANO ALFREDO BENITEZ a la pena de CINCO (5) años y DIEZ (10) meses de prisión, accesorias legales y costas.



En tal inteligencia, con los alcances indicados en los acápites que anteceden, a esta primera cuestión **VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

**A la primera cuestión el señor juez doctor Violini dijo:**

Voto en igual sentido que el doctor Carral, por sus fundamentos, agrego a lo expuesto, que si la víctima tenía 6 años de edad al momento de los hechos, el argumento dado por el Tribunal para sostener la agravante por edad aparece como autocontradictoria, o bien infundado, con lo que la aumentativa debe desestimarse.

Por lo demás, adhiero por ser justa la pena propuesta por mi colega que lidera el acuerdo.

Con ese alcance, a esta primera cuestión **VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

**A la segunda cuestión el señor juez doctor Carral dijo:**

En atención al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente corresponde **1º) HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación deducido a favor de Mariano Alfredo Benítez, sin costas en esta Sede (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N.; 8.2.h C.A.D.H.; 20 inc. 1º, 421, 433, 448, 450, 451, 454 inc. 1º, 456, 460, 530, 532 y ccdtes. C.P.P.); **2º) CASAR PARCIALMENTE** la sentencia impugnada obliterando la agravante de edad de la víctima e **IMPONER** a Mariano Alfredo Benítez la pena de cinco (5) años y diez (10) meses de prisión, accesorias legales y costas del proceso como su autor penalmente responsable de delito de abuso sexual gravemente ultrajante, en cuatro oportunidades, cometido entre marzo o abril de 2011 al 29 de mayo de 2012, en la localidad de y partido de José C. Paz, provincia de Buenos Aires, en perjuicio de V. A. T..

**ASÍ LO VOTO**

**A la segunda cuestión el señor juez doctor Violini dijo:**

Voto en igual sentido que el doctor Carral, por sus fundamentos.

**ASÍ LO VOTO.**

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente

### **SENTENCIA**

**I.- HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación deducido a favor de Mariano Alfredo Benítez, sin costas en esta Sede.

**II.- CASAR PARCIALMENTE** la sentencia impugnada obliterando la agravante de edad de la víctima e **IMPONER** a la pena de cinco (5) años y diez (10) meses de prisión, accesorias legales y costas del proceso como autor penalmente responsable de delito de

abuso sexual gravemente ultrajante, en cuatro oportunidades, cometido entre marzo o abril de 2011 al 29 de mayo de 2012, en la localidad y partido de José C. Paz, provincia de Buenos Aires, en perjuicio de V. A. T..

Rigen los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 20 inc. 1º, 421, 433, 448, 450, 451, 454 inc. 1º, 456, 460, 530, 531, 532, y ccdtes. del Código Procesal Penal; 55, 45 y 119 párrafo 2º del CP.

Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen.

**FDO.: DANIEL CARRAL - VICTOR HORACIO VIOLINI**

**Ante mí: Jorge Andres Alvarez.**