

## Delito De Abuso Sexual Con Acceso Carnal Agravado

### JURISPRUDENCIA

### Delito de abuso sexual con acceso carnal agravado

En el

marco de una causa por abuso sexual se resuelve hacer lugar al recurso de casación interpuesto y anular la resolución que condenó al imputado.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 20 días del mes de mayo del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Horacio Leonardo Días, Eugenio C. Sarrabayrouse y Luis F. Niño asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 770/777 en la presente causa n° CCC n° 22028/2010/TO1/CNC1, caratulado "M. J. R. s/recurso de casación" de la que RESULTA: I.- El Tribunal Oral en lo Criminal n° 27 de esta ciudad, mediante sentencia del 8 de junio del 2015, resolvió: 1) CONDENAR a J. R. M. a la pena única de treinta y cinco años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de: a) La pena de veintitrés años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por haber sido cometido con armas, en forma reiterada en tres oportunidades, en concurso real con el delito de robo agravado por el empleo de armas, impuesta el 5 de julio de 2011, en la presente causa n° 3363 y b) La pena de catorce años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido cometido con armas, en concurso real con robo con armas, en concurso material con daño -hecho 1-, el que concurre realmente con el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido cometido con armas, en grado de tentativa, en concurso ideal con lesiones leves y en concurso real con robo con armas -hecho 2-, impuesta mediante sentencia del 3 de junio del 2013, en la causa n° 3775 del Tribunal Oral en lo Criminal n°7. II.- Contra dicha sentencia, la defensa interpuso recurso de casación a fs. 770/777, que fue concedido a fs. 778, por el a quo el 13 de julio de 2015, y mantenido en esta instancia el 4 de agosto del 2015 (art. 464 C.P.P.N.). El recurrente canalizó su agravio por la vía del inciso 2 del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación por entender que los magistrados han formulado un juicio de certeza erróneo y arbitrario, en cuanto a la mensuración y magnitud de la pena. El motivo del agravio que la defensa alega es que la resolución debería ser nula en cuanto carece de una adecuada fundamentación y logicidad -artículos 123 y 404 inciso 2° C.P.P.N.- en tanto se remite a los "criterios de atenuación y agravantes tomados en cuenta en cada caso", sin efectuar una valoración concreta para la determinación de la pena única. Refiere que, conforme a la calificación que se le dieron a los hechos debe tenerse en consideración que la pena mínima prevista para los delitos imputados a M. no excede los ocho años de prisión. III.- Con fecha 19 de agosto del corriente año se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgarle al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación. IV.- Oportunamente en el término de oficina, establecido en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentó la defensora pública oficial ante esta sede, doctora Cecilia Leonor Mage (fs. 787/791). En dicha presentación, la recurrente reeditó los argumentos planteados en el recurso originario y, además, introdujo un nuevo agravio, en el cual la defensa deduce que el Estatuto de Roma fija una penalidad máxima de treinta años de prisión que no podría ser superada en casos de delitos ordinarios, más allá de que la Ley 25.298 pareciera admitir, a través del art. 55 del Código Penal de la Nación, que la penalidad podría elevarse hasta un máximo de cincuenta años de prisión. Dicho ello, la parte afectada considera que tanto el Estatuto de Roma como la Ley 26.200 han traído aparejada como consecuencia necesaria que toda la legislación penal en materia de monto máximo de penas debe ajustarse o, en todo caso, deba ser interpretada de acuerdo a lo dispuesto en los cuerpos normativos. V.- El 20 de abril del año en curso, se celebró la audiencia prevista en el art. 454 del citado texto legal, a la que compareció la defensa oficial, de lo que se dejó constancia en el expediente. VI.- Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo que seguidamente se pasan a exponer. Y CONSIDERANDO: El juez Horacio L. Días dijo: I.- Inicialmente, cuadra señalar que compete a esta Cámara Nacional de Casación Penal la intervención en cuestiones como la aquí planteada, toda vez que la posibilidad del juicio de revisión sobre la fijación de la pena impuesta, no sólo corresponde en caso de arbitrariedad (supuesto en que lo controlable es la falta de motivación o su contrariedad), sino también en relación a la corrección de la aplicación de las pautas fijadas por el derecho de fondo (arts. 40 y 41 del Código Penal). II.- Que tal como expresa el recurrente, el único punto objeto de impugnación en la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal n° 27, lo es aquel reservado al monto de la pena única que en definitiva se impuso a J. R. M., finalmente determinada en treinta y cinco años de prisión, accesorias legales y costas. Para resolver de la siguiente manera los magistrados se atuvieron al voto del Dr. Javier De La Fuente. Dicho magistrado entendió que, había un concurso de delitos, ya que los hechos se dieron con anterioridad a la sentencia condenatoria dictada en esta causa. Refirió, asimismo, que utilizaba el método compositivo. En cuanto, al momento de determinar la pena a imponer tomó como agravante

la reiteración y las características de los hechos - que fue cometido contra mujeres jóvenes a quienes se ocasionó serias consecuencias psicológicas-, la especial planificación verificada, el que se haya realizado acceso carnal por vía vaginal y anal y el sadismo con el que el encartado se ha comportado durante los hechos. III. Respecto de la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, los jueces aludieron que -como agravante- deba tomarse la pluralidad de víctimas y de bienes jurídicos y la violencia desplegada en el caso particular del hecho 2. Por último, como atenuante, sólo se ponderó el arrepentimiento que manifestó en la audiencia del Tribunal de la presente contienda. Por ello y toda vez que el mínimo es de diez años de prisión y el máximo supera el monto de pena previsto como tope en el artículo 55 del Código Penal de la Nación el magistrado entendió que resultaba adecuado imponerle la pena de treinta años de prisión, accesorias legales y costas. Dicho esto, los colegas componentes del voto mayoritario expresaron que adherían al voto de su colega en lo sustancial, pero que discrepaban en relación a la cuantía de la pena a imponer y resolvieron que la pena única debería ser de treinta y cinco años de prisión, accesorias legales y costas. IV.- En cuanto al planteo realizado por la defensa de M., J. R., nuestro supremo tribunal ha señalado que, si bien el tribunal de mérito tiene la facultad de recurrir tanto el sistema compositivo como el aritmético, la unificación debe estar precedida de una fundamentación bastante (Cfr. C.S.J.N., causa R.804 XL, Recurso de hecho, ?Romano, Hugo Enrique s/causa n° 5315), exigencia que, a mi entender, no se encuentra presente en la sentencia recurrida. Debo decir que el cuantificar una pena determinada, que sea proporcional a la gravedad del ilícito culpable y dentro de la escala legal aplicable; se habrá que dirigir hacia un incremento punitivo dada la comprobación, en el caso, de las circunstancias enumeradas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, con potencialidad para agravar la reacción penal ante el delito, fundado ello en la peligrosidad demostrada por el agente en el hecho juzgado. Con esto quiero dejar en claro que a mayor gravedad del injusto típico, mayor culpabilidad por el hecho; y a mayor culpabilidad, mayor pena. Esta es la función que cumple el principio de proporcionalidad en la medición judicial de la pena. Coincido con Ziffer (Lineamientos de la determinación judicial de la pena, Ad Hoc, Buenos Aires p. 93), que la determinación judicial de la pena es un proceso, en el cual el primer momento es determinar el fundamento teleológico de la sanción el fin de la pena-, el cual por mandato del bloque de constitucionalidad es la reinserción social de los penados; el segundo consiste en la determinación de las circunstancias a ser tomadas en cuenta, siguiendo la indicación de los artículos 40 y 41 del Código Penal; tercero, dar dirección a esas circunstancias, esto es, si agravan o atenúan en el caso concreto; y por último, el cuarto momento, el más crítico, consiste en traducir todo esto en una medición judicial. El criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es que la doctrina de la arbitrariedad tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa (Fallos: 311:948 y 2402, entre muchos). Por todo lo dicho anteriormente, creo que en el caso a estudio se carece de una adecuada fundamentación y logicidad como lo establecen los artículos 123 y 404 inciso 2° del Código Procesal Penal de la Nación. Entiendo que no se respeta en este caso lo establecido en dichos artículos, toda vez que los magistrados en su voto mayoritario no han explicado cómo llegan a la pena de treinta y cinco años de prisión. Entiendo que la labor del tribunal no fue suficiente a la hora de analizar en concreto y resolver la cuantía de la pena, pues simplemente se limitaron a resolver que al condenado M. correspondía una pena de treinta y cinco años de prisión y no hay un fundamento ni un razonamiento que me permita identificar que parámetros siguieron para llegar a esa conclusión, esto es, la manera en que se realizó la construcción lógica del pronunciamiento jurisdiccional.

Por todo lo expuesto, en mi opinión, la decisión recurrida carece de motivación suficiente como para ser considerada un acto jurisdiccional válido, lo cual me conduce a declarar su nulidad. Lo resuelto conduce a reenviar la causa al tribunal de grado, para que fije una nueva pena única de acuerdo con los parámetros establecidos en los artículos 123 y 404 inciso 2° del Código Procesal Penal de la Nación. Por todo lo expresado, propongo hacer lugar el recurso de casación, sin costas, anular del resolutorio impugnado, y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento (arts. 123, 456, inc. 2°, 471, 530 y 531, CPPN). Tal es mi voto. El juez Luis. F. Niño dijo: Dejo a salvo, desde ya, mi criterio respecto del máximo de pena pasible de aplicar conforme al derecho vigente en nuestro país, claramente diverso al sostenido por los autores del voto mayoritario en la sentencia condenatoria por cuyo monto punitivo se recurre; y coincido con el apreciado colega preopinante, tanto en punto a la ausencia de motivación suficiente que avale la dosimetría penal ensayada en dicho voto, cuanto a la solución propuesta al pleno, por aplicación de los artículos 123 y 404, inciso 2° del ordenamiento ritual vigente. En tal sentido me expido. El juez Eugenio C. Sarabayrouse dijo: 1. Tal como se dijo en los precedentes ?M.1? y ?C.2?, entre muchos otros, uno de los temas más olvidados y poco estudiados, aquí y en otras latitudes, ha sido y es la medición judicial de la pena. Si bien se registran avances en el punto, la amplia discrecionalidad que otorga el sistema y la carencia de un diseño procesal que facilite la discusión sobre aquélla favorecen la inercia con que se ha desenvuelto tradicionalmente el tema. 2. En el caso, el análisis de la sentencia y del resumen efectuado por el colega Días en el punto III de su ponencia, muestra que los jueces que integraron la mayoría adhirieron al voto del magistrado que quedó en minoría, pero impusieron una pena mayor, sin brindar ninguna explicación de las razones por las cuales

arribaban al monto elegido. Tal como se dijo en el precedente "Choque3", los jueces de la mayoría debieron explicar, aunque sea brevemente, cómo llegaron a una conclusión tan diferente si adherían en lo sustancial al voto que proponía una pena menor. Es decir, que la sentencia en el punto no brinda ninguna explicación plausible del resultado al que arriba, lo que constituye una sentencia arbitraria, en el sentido que ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues no cumple con la exigencia de que sea fundada y constituya una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 311:948, 2402 y 2547; 313:559; 315:2969; 316:2718; 319:103 y 321:1909)4. 3. En cuanto a la solución del asunto, la defensa ha solicitado que se disponga la nulidad de la sentencia. Por ello y de acuerdo con lo expresado por los jueces Días y Niño, consideramos que debe hacerse lugar al recurso de casación, declarar la nulidad de la sentencia impugnada y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo con las pautas aquí señaladas. Sin costas (arts. 123, 456, inc. 2º, 471, 530 y 531, CPPN). En virtud del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, RESUELVE: HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 770/777, sin costas, ANULAR el resolutorio impugnado, y DEVOLVER las actuaciones al tribunal de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento. (arts. 123, 456, inc. 2º, 471, 530 y 531, CPPN). Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.y LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío. HORACIO L. DÍAS LUIS F. NIÑO EUGENIO C. SARRABAYROUSE JUEZ DE CAMARA Ante mí:  
PAULA GORSO Secretaria de Cámara 037122E