

En la ciudad de La Plata a losdos..... días del mes dejunio..... del año dos mil catorce, siendo las ..9.00.. horas, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires -integración según ley 11.982-, doctores Benjamín Ramón Sal Llargués, Carlos Ángel Natiello y Horacio Daniel Piombo, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa N° 53.810 de este Tribunal "Tolosa, Marios/ Recurso de Casación". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: SAL LLARGUES - PIOMBO (cfr. art. 451 "in fine" del C.P.P.), procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes

A N T E C E D E N T E S

I.- El Tribunal Criminal n° 3 del Departamento Judicial San Martín en causa de su registro n° 3497 (IPP 15-00-007725-10), y con fecha 16/4/2012 condenó -en integración unipersonal- a Mario Tolosa a la pena de seis (6) años de prisión, accesorias legales y costas, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, en los términos del art. 119 párr. 1º y 2º del CP (fs. 9/34 vta.).

II- Contra la decisión del a quo interpuso recurso de casación el Defensor de confianza del imputado (fs. 39/54 vta.) quien denuncia arbitrariedad de la sentencia.

Sintéticamente reseñados, señala los siguientes motivos de agravio:

1) Inexcusable omisión de oportuno tratamiento a la recusación planteada por esa parte, por el rechazo de la excarcelación en forma contemporánea al comienzo del debate (motivado en prejujuicio por atribución de peligrosidad al enjuiciado).

2) Incumplimiento de las formalidades prescriptas para recibir declaración testimonial al menor a tenor de lo estatuido en los arts. 102 bis y 274 CPP, y a todo evento ineficacia probatoria por la inducción a esa declaración por parte de terceros; enfatiza la afectación al derecho de defensa por imposibilidad de ejercer el control de la producción de la prueba.

3) Insuficiente acreditación de la materialidad ilícita y de la autoría responsable, mediante ponderación arbitraria de los elementos de descargo. Peticiona, en consecuencia, la nulidad de toda la actuación del Tribunal n° 3 invocando lo dispuesto en el art. 51 in fine del CPP; en forma subsidiaria, la nulidad de la declaración del menor y todos los actos que de ella derivan (arts. 202, 203 y 207 CPP); y -en subsidio también- absolución de su defendido por -al menos- imperio de la duda beneficiante derivada del estado de inocencia (arts. 1 y 3 del CPP). En todos los supuestos, solicita la inmediata libertad de su asistido.

Formula reserva del caso federal.

III- Concedido el recurso (fs. 54) y radicado en esta Sala por sorteo (fs. 76), se lo declaró formalmente admisible y se designó audiencia de informes (fs. 78). A la diligencia asistieron el Defensor recurrente y el imputado (fs. 88/89 vta.) en donde se manifestaron ambos ratificando la impugnación original y la penosa situación por la que atraviesa el encausado en su privación cautelar de libertad. El Sr. Fiscal Adjunto presentó memorial sustitutivo (fs. 132/133) rebatiendo agravios y propiciando el rechazo íntegro de los mismos. IV- Hallándose en estado de dictar sentencia, la Sala I del Tribunal dispuso plantear y resolver las siguientes

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Se encuentran acreditadas las violaciones legales denunciadas? 2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo: Mucho más allá de la oportunidad como de la preclusión de los estados y -de tal suerte- la extemporaneidad del planteo, pretender la recusación por haber tratado el a quo en el mismo proceso incidencias de excarcelación, importa ignorar el texto del primer inciso del artículo del ceremonial en que funda su reclamo.

Más claramente: la única razón por la que un magistrado deberá excusarse de intervenir en un proceso a propósito de una decisión tomada en él aparece cuando en el mismo haya dictado sentencia sobre alguna de las cuestiones esenciales que la componen ("puntos a decidir " dice el inciso), norma que claramente deja fuera toda otra intervención en que no se haya resuelto alguno de esos tópicos. Esta ley, aún cuando no lo dice expresamente como lo dijera el antiguo código de Jofré, está aventando con esa disposición cualquier supuesto compromiso de opinión a raíz del tratamiento de cuestiones incidentales en las que -como en el caso - administra meramente una afirmación probabilística que no compromete su opinión definitiva. A guisa de ejemplo baste la cita de la prisión preventiva, cautelar detentiva que el procedimiento ha tornado revisable por el mismo juzgador cada ocho meses si es que no se ha verificado antes el debate (art. 268 bis C.P.P.). Respecto de la alegada violación de la norma del art. 102 bis del ceremonial y su reenvío al art. 274 del mismo cuerpo legal debo decir que esas disposiciones están puestas en salvaguarda del niño víctima de delito y no de quien resulte en el caso sindicado como autor de esa infracción. No estoy de este modo negando el derecho de la defensa de participar de ese sino que señalo que no puede invocar perjuicio a su parte si lo que pretende esa disposición es preservar en la medida de lo posible la indemnidad del niño victimizado para no revictimizarlo a propósito del proceso que lo tiene como sujeto pasivo. Esto que digo no importa que entienda negado al imputado el derecho a participar del acto pero, a estar a lo que resulta de su texto, su intervención puede ser

denegada por la nuda recomendación que en tal sentido haga el profesional a que se refiere el dispositivo. De allí la certeza de que esta norma privilegia el interés superior del niño y no puede entenderse de tal suerte perjudicando en modo alguno el derecho de defensa. Siempre que existen tensiones entre derechos de personas vinculadas a un proceso, el orden normativo permite discernir cuál es el prevalente y en el caso ninguna duda cabe que lo es el del niño.

Es también claro que no se sanciona de nulidad la omisión de esas formalidades como también que -tardíamente en el caso -se produjo la recepción de la declaración de la víctima en Cámara Gesell. Esta recepción tardía, como el concreto ejercicio que ha hecho la defensa técnica de su ministerio, exhiben ese aporte como claramente controlado por la contraparte. Finalmente, el agravio no repara en que la disposición alude a menores de 16 años cuando el sujeto pasivo en la presente tenía por entonces diez años menos que ese guarismo. Esto extrema lo dicho y permite rechazar el agravio en forma rotunda. Respecto del modo en que el a quo ha tratado la prueba de descargo no puedo menos que coincidir con éste puesto que todo lo que los testigos que se produjeron para el descargo aportaron, tiene que ver con la personalidad del imputado que ha generado esa empatía en todos cuantos lo trataron en su desempeño social. Esto no lo excluye de una eventual imputación por actos que -como sostiene el fallo- se producen en las sombras. No sobra prueba de cargo. Sobre la base de la imputación del menor se enlazan los testimonios que remiten a imputaciones realizadas en un contexto diferente del de la autoridad policial o judicial (invitaciones a practicar felaciones a terceros por dinero) donde el destinatario siempre es el encartado y las adquisiciones de los informes psicológicos de la víctima en punto a que no fabulaba al señalar al autor de las prácticas denunciadas. Los informes de los forenses dejan más dudas que certezas respecto de la etiología de una minúscula impronta que no cabe asignar al imputado justamente a causa de la duda que pivoteó entre los profesionales. Finalmente, es claro que la elección sexual del menor, malgrado la corta edad, a la luz de los nutridos testimonios de sus próximos, ya habría sido hecha (conforme a las referencias a la recurrencia en la oferta venal y al travestismo). Ignoro en qué medida tenga esta aproximación que permiten formular esos aportes su causa en el pasado más remoto del pequeño niño cuyo padre fuera preso por abusador y cuya madre lo abandonara a merced de una abuela que -con todo- no ha demostrado (el fallo lo destaca) demasiado interés en el desarrollo del mismo.

Es por ello que creo que -ausente toda otra imputación referida a un torcimiento del desarrollo sexual del menor - efectivamente el imputado ha tenido para con este infortunado niño comportamientos lascivos, pero a la luz de todo lo dicho y sobre todo en virtud de que la figura excogitada reclama que el abuso sexual haya resultado en concreto gravemente ultrajante, es que debo conceder que no creo que este carácter tan expresamente definitorio de

este supuesto de abuso haya concurrido contingentemente. Me afecta al respecto una insondable duda que tiene por base esa familiaridad que el niño ya demostraba en lo que a la disposición de su sexualidad se refiriera. En todo caso y a esa corta edad, transitaba una precoz elección de esa sexualidad ante los complacientes ojos de quienes podían (y debían) auxiliarlo en ese proceso. Creo que debe degradarse la imputación a la figura del primer supuesto del artículo 119 del C.P. Llamado a tasar la pena a la luz de la escala penal aplicable, presentes las circunstancias atenuantes debo descartar la agravante de aprovechamiento de la indefensión de la víctima puesto que no consta que el imputado conociera que el padre de la misma estaba preso y que la madre lo había abandonado como que quienes estaban a cargo de ella no le prestaran la debida atención. Estimo que la pena debe reducirse a la de tres años y dos meses de prisión, accesorias legales y costas. Así lo voto. A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo: Adhiero al voto del doctor Sal Llargués, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos. Así lo voto. A la segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo: Atento lo resuelto en la cuestión precedente corresponde: 1) por los fundamentos dados, casar parcialmente la sentencia impugnada, recalificar el hecho como onstitutivo del delito de abuso sexual simple y en el rubro agravantes, obliterando “el aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima”; 2) en consecuencia, readecuar el monto de -- pena y fijar el mismo en tres (3) años y dos (2) meses de prisión, accesorias legales y costas, sin costas en esta Sede (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 8.2.h. de la C.A.D.H.; 14.5 del P.I.D.C. y P.; 15, 168 y 171 de la Const. Pcial.; 40, 41, 45, y 119 primer párrafo del C.P.; 106, 210, 373, 421, 448, 450, 451, 454 inc. 1, 456, 458, 459, 460, 530 y 531 del C.P.P.); 3) tener presente la reserva del caso federal formulada por la defensa (art. 14 de la ley 48); y 4) regular los honorarios profesionales al letrado interviniente, doctor Antonio Jesús García (T. XII F. 778 C.A.M.), por la labor profesional desplegada en esta sede, en la cantidad de catorce (14) unidades jus con más los aportes de ley (arts. 171 de la Constitución Provincial; 1, 9, 16, 31, 33 y 51 de la ley N° 8904; 1 y 12 inciso a) de la ley N° 8455 y artículo 534 del C.P.P. -ley N° 11.922- debiendo procederse como lo determina el art. 22 de la ley N° 6716). Así lo voto. A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo: Adhiero al voto del doctor Sal Llargués, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos. Así lo voto. Con lo que se dio por finalizado el Acuerdo dictándose la siguiente S E N T E N C I A Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede el Tribunal resuelve: I.- Por los fundamentos dados, casar parcialmente la sentencia impugnada, recalificar el hecho como constitutivo del delito de abuso sexual simple y en el rubro agravantes, obliterando “el aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima”.

II.- Readecuar el monto de pena y fijar el mismo en tres (3) años y dos (2) meses de prisión, accesorias legales y costas, sin costas en esta Sede.

Arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 8.2.h. de la C.A.D.H.; 14.5 del P.I.D.C. y P.; 15, 168 y 171 de la Const. Pcial.; 40, 41, 45, y 119 primer párrafo del --- C.P.; 106, 210, 373, 421, 448, 450, 451, 454 inc. 1, 456, 458, 459, 460, 530 y 531 del C.P.P.

III.- Tener presente la reserva del caso federal formulada por la defensa.

Art. 14 de la ley 48.

IV.- Regular los honorarios profesionales al letrado interviniente, doctor Antonio Jesús García (T. XII F. 778 C.A.M.), por la labor profesional desplegada en esta sede, en la cantidad de catorce (14) unidades jus con más los aportes de ley.

Arts. 171 de la Constitución Provincial; 1, 9, 16, 31, 33 y 51 de la ley N° 8904; 1 y 12 inciso a) de la ley N° 8455 y artículo 534 del C.P.P. -ley N° 11.922- debiendo procederse como lo determina el art. 22 de la ley N° 6716.

Regístrese. Notifíquese. Oportunamente remítase.

Benjamín R. Sal Llargués Horacio D. Piombo

Ante mí:

Gc Gerardo Cires

Auxiliar Letrado Relator