



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata a los 31 días del mes de octubre del año dos mil trece, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Mario Eduardo Kohan y Carlos Ángel Natiello, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa **N° 57.842** de este Tribunal, caratulada **"L., G. H. s/ recurso de Casación", y sus acumuladas N° 58.093 "M., E. B. s/ recurso de Casación" y N° 58.094 caratulada "M., E. B., L., G. H. y F., P. E. s/recurso de Casación interpuesto por Fiscal de Juicio"**. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **KOHAN – NATIELLO**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

ANTECEDENTES

I. Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia de los recursos de casación deducidos por el Sres. defensores particulares, Dres. Martín Felipe López y Aníbal Lauría Marino, a favor de G. H. L. y E. B. M., respectivamente, contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 de del Departamento Judicial San Martín, que condenó a los nombrados a la pena de tres años de prisión en suspenso, accesorias legales y las costas del proceso, por haber sido encontrados partícipes necesarios penalmente responsables del delito de abuso sexual simple, calificado por la pluralidad de intervinientes (arts. 45, 47 y 119 primer y quinto párrafo en relación al cuarto párrafo inciso d) primer supuesto, todos del Código Penal).

Asimismo contra dicho decisorio se alza el recurso interpuesto por el Sr. Agente Fiscal de Juicio de la Unidad Funcional N° 14 de ese mismo Departamento Judicial, Dr. Juan Manuel Fernández Buzzi, con relación al veredicto absolutorio dictado respecto del coimputado P. E. F..

II. En primer término, la defensa técnica de L. discrepó con la valoración de la prueba que oportunamente formulara el "a quo", ya que consideró que en el presente juicio existió un cuadro de orfandad probatoria

que no permite tener por acreditada la existencia material del ilícito en cuestión, como así tampoco la participación que le cupo a su asistido en el hecho investigado -conforme arts. 1, 106, 210, 371 y 373 del C.P.P.-.

En apoyo a su postura cita el voto en minoría expuesto por el Sr. Juez, Dr. Antonucci, para quien el hecho acontecido no trascendió el carácter de aquellas bromas que habitualmente se desarrollaban en ese ámbito laboral, sin que ello implique que los encausados se hubieran puesto de acuerdo para llevar a cabo un delito contra la integridad sexual en perjuicio de la víctima C. P..

A ello agrega que la circunstancia que los acusados se pusieran de acuerdo para realizar esa “broma pesada”, no permite tener por acreditado que los mismos hayan querido participar en el hecho punible, reconociendo que otra persona fue el autor del mismo, y en este contexto afirma que los encausados no actuaron con dolo ya que nunca tuvieron la intención de menoscabar la integridad sexual del damnificado.

Por su parte, el letrado defensor de M. cuestionó, en términos similares que su colega, la prueba oportunamente valorada por el Tribunal de juicio en la sentencia de condena.

En este norte dijo que del presente juicio se vislumbra una total falta de dolo por parte de los condenados, los que sólo se limitaron a realizar una broma entre compañeros de trabajo sin ánimo de menoscabar la integridad sexual de P. lo cual, según entiende, no abastece de manera alguna los requisitos por el delito de abuso sexual calificado por la pluralidad de intervinientes.

Ambas defensas hicieron reserva del Caso Federal.

A su turno, el Señor Agente Fiscal de Juicio, esbozó tres motivos de agravio: i) denunció la errónea valoración de la prueba formulada por los magistrados de mérito en su sentencia, situación que los condujo a sostener de manera indebida que el imputado F. no intervino materialmente en el hecho enrostrado, consistente en la introducción de un elemento similar a un pene -denominado como consolador- en el ano de la víctima; ii) en igual



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

términos afirmó que aquella errónea apreciación condujo indebidamente a los miembros del Tribunal a sostener que los imputados M. y L. no tuvieron la voluntad, conocimiento ni intención de intervenir en el hecho que consistió en introducir un elemento similar a un pene (denominado como consolador) en el ano de la víctima, el cual fuera cometido por un sujeto no identificado, y iii) denuncia la errónea aplicación del art. 45 del C.P., toda vez que considera que los encartados M. y L. deben responder por el delito que se les imputó en carácter de coautores y no como partícipes como lo afirma el “a quo” a través de su sentencia.

Finalmente hace reserva del Caso Federal.

III. Concedidos los recursos por el “a quo” -fojas 81 en causa 57.842, fojas 76 en causa 58.093 y fojas 80 en causa 58.094-, se procedió a notificar a las partes de la radicación en ésta Sala, y a acumular las causas 58.093 y 58.094 a la presente, por existir conexidad objetiva y subjetiva entre dichas actuaciones, fijando audiencia para el día 27 de junio de 2013 a las 11.00 horas, en virtud de lo normado por el art. 458 del C.P.P..

Transcurrido el plazo de gracia de treinta minutos contemplado en el Ritual, las partes no se hicieron presentes -ver constancia de fojas 103-, al tiempo que el Sr. Fiscal Adjunto ante este Tribunal, Dr. Jorge Armando Roldán, desistió expresamente de la celebración de la misma, presentando sendos memoriales.

En tal sentido postuló el rechazo de las pretensiones de las defensas, por entender que no se configuran las violaciones legales denunciadas, solicitando se haga lugar al pedido formulado por el fiscal de juicio, en lo que respecta a la acreditación del imputado F. y la errónea aplicación de los preceptos que rigen la coautoría respecto de M. y L. (fojas 87/88 en causa 57.842 y fojas 91/vta. en causa 58.094).

Finalmente el letrado defensor de F., Dr. Marcelo Hernán Caremi, solicitó el rechazo del recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, toda vez que considera que los argumentos expuestos por el representante

de la vindicta pública se limitaron a realizar una tibia discrepancia con la valoración de la prueba que oportunamente efectuara el Tribunal de Juicio, los que no resultan suficientes para conmover la sentencia mediante la cual se absolvió a su asistido en el hecho que aquí nos convoca.

Formula reserva del Caso Federal.

IV. Encontrándose en estado de resolver, el Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ra.) ¿Resultan admisibles los recursos interpuestos?

2da.) ¿Proceden los remedios procesales impetrados?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Entiendo que los recursos son admisibles pues además de haberse deducido en tiempo y forma, se dirigen a cuestionar una sentencia definitiva que, por su carácter condenatorio, genera agravio a los imputados y sus respectivas defensas (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 1.1, 8 inc. 2 ap. "h", 25 de la C.A.D.H.; 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; 421, 448, 450, 451, 454 inc. 1º y ccdtes. del C.P.P.).

Del mismo modo se controvierte sentencia definitiva en los términos del art. 450, se han cumplimentado los pasos a que se refiere el art. 451 y se invocan motivos de los contenidos en el art. 448, todos del ceremonial penal, encontrándose legitimado el representante del Ministerio Público Fiscal a interponer el mentado recurso, en los términos del art. 452 incs. 1 y 2 "in fine".

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan en igual sentido y por los mismos fundamentos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

I. Como ya lo he sostenido en numerosos precedentes (causas nro. 54.780, 55.341, 55.510 entre muchos otros), corresponde a esta instancia casatoria el control de legalidad y logicidad de la prueba utilizada por el sentenciante, como resultado del equilibrio entre una revisión eficaz e integral de la sentencia de condena, entendido como el más amplio derecho al recurso del imputado, sin desnaturalizar el recurso de casación convirtiendo a éste último, llegado el caso, en un segundo y nuevo juicio (Conf. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h), 25 de la C.A.D.H., y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; Comisión I.D.H. informes 30/97, en caso 10.087: Argentina; informe 17/94, caso: 11.086, Argentina (caso “Maqueda”) e informe 55/97, caso: 11.137, Argentina (caso “Abella”); Corte Interamericana de Derechos Humanos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 2/7/2004; Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., in re: “Cesario Gómez Vázquez c. España” (701/1996), dictamen del 20/07/2000 y “M. Sineiro Fernández c. España” (1007/2001), del 07/08/2003).

Al respecto Nuestro mas Alto Tribunal en el precedente “Casal” (causa nro. 1681, 20/9/05) fijó su criterio sobre la base de la doctrina alemana del “Leistungsfähigkeit”, también conocida como “agotamiento de la capacidad de rendimiento o capacidad de revisión”, donde estableció que corresponde a la casación el control de todo aquello que tenga capacidad de revisar por sus propios medios, sin necesidad de realizar un nuevo juicio de mérito (renovar la prueba oral), por lo que las comprobaciones fácticas que dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que no pueden –por obvias razones materiales- analizarse, y quedan reservadas a la órbita del juez que en su oportunidad dirigió el debate oral (En el mismo sentido Falcone, Roberto A. – Madina, Marcelo A., “*El proceso penal en la provincia*

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

de Buenos Aires”, 2da. edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, 2007).

Pero, para que el tribunal revisor pueda abarcar dichas cuestiones, tal circunstancia dependerá de la actividad misma de la parte interesada. A tal efecto resulta necesario que los recurrentes sean precisos al momento de denunciar este tipo de agravios, puesto que resulta imprescindible acotar el trabajo de revisión judicial exclusivamente a las partes esenciales de las sentencias impugnadas.

En este sentido es carga de las partes agraviadas fijar con claridad cuál es la afirmación del tribunal que resulta de un error de apreciación y cómo habrá de refutarse dicha aseveración.

Los agravios señalados por los apelantes deben recaer sobre algún elemento que aporte un sustento esencial al fallo, del mismo modo que la prueba ofrecida debe ser pertinente y suficiente para demostrar el error en el que han incurrido los jueces. Dicha situación no sucede cuando se hace uso de categorías genéricas o abstractas, no logrando demostrar que la valoración de la prueba practicada presente espacios carentes de explicación.

Sentado ello, y con el fin de poder brindar un debido tratamiento de los recursos interpuestos, procederé a realizar un breve análisis de las pruebas valoradas por el “a quo” en su sentencia.

En primer lugar debo poner de resalto la versión de los hechos que oportunamente efectuara la víctima de marras, C. E. P., quien expresó que conocía a los imputados ya que eran todos compañeros de trabajo, y que el día 23 de diciembre de 2010 en horas del mediodía, cuando culminó su descanso se dirigió hacia la línea MEF a saludar a un amigo. En esos momento observó como los tres imputados tenían a C. M. trabado contra un canasto y decían “...*ahora lo vamos a coger...*”, al tiempo que se pasaban de mano en mano un consolador.

Recordó que en aquél momento pudo ver al sindicato asustado, a punto de llorar y con los pantalones bajos, y que al ser recriminados por su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

accionar por parte del dicente, Flores se aproximó desde atrás, tomándolo de uno de sus brazos, inmovilizándolo, sumándose luego M., “P.” y L., y lo llevaron finalmente hasta donde estaba originalmente M.. Luego de forcejear le bajaron los pantalones y le introdujeron un consolador en el ano. Como consecuencia de ello realizó la denuncia, al tiempo que fue revisado por un médico, quien confirmó que lo *“habían puerteado”*.

Respecto de las particularidades que rodearon al hecho el declarante afirmó que el consolador había sido introducido al ámbito laboral por el nombrado M., corroborando la participación de los imputados en el evento dañoso, pero hizo la salvedad que no se encontraba en condiciones de poder individualizar al sujeto que materialmente le había introducido el referido elemento en el ano, ya que el hecho había durado unos pocos segundos.

En este mismo sentido fue valorado el testimonio de C. M., quien manifestó que era compañero de trabajo de los imputados, y que con el damnificado no tenía relación. Que el día de los hechos había llevado un consolador al trabajo, el cual agarró y comenzó a hacer bromas con sus compañeros. Esa mañana se había generado un vacío de carrocerías en la línea de producción, momento que fue aprovechado por los imputados para molestarlo y hacerle una broma, como era de costumbre, a pesar que el mismo resaltó que no se sentía a gusto porque no le gustaban ese tipo de cosas.

Rememoró que en ese momento se acercó el damnificado, desconociendo el motivo de su presencia en el lugar, donde los acusados optaron por dejar al dicente y comenzar a molestar a P.. Señaló que F. lo tomó de los brazos desde atrás, que los mismos hicieron una ronda y comenzaron a pasarle el consolador por atrás en la parte de la cola, al tiempo que la víctima trataba de soltarse.

Resaltó que si bien la existencia del consolador no era normal, si eran habituales las bromas, por lo que no le dio mucha importancia a la

situación, remarcando que en total el hecho no llegó a durar más de un minuto. También dijo que el nombrado luego del hecho se fue para el lado de su trabajo, enojado por lo que había pasado, recordando que se le veía un poco la cola, pero no sabía si era porque tenía el pantalón caído o porque se lo habían bajado.

También declaró bajo juramento O. P., quien en lo que aquí nos importa dijo que esa mañana cuando volvió del almuerzo pudo ver a M., G., C. y M. jugando, siendo que al nombrado en último término lo tenían apretado y lo golpeaban con las manos. En ese momento se hizo presente P., mirando lo que pasaba, a quien lo invitan y en ese preciso instante F. lo abraza y lo lleva hasta donde estaban los demás.

Declaró que los sujetos lo agarraron y lo golpearon en la espalda y en la cabeza, durante un minuto más o menos. Negó haber visto un elemento con forma de pene, y que no vio si a P. le habían bajado los pantalones. A su vez corroboró que la línea de producción estaba en funcionamiento, pero que no había autos, y que en un primer momento vio a P. reírse, pero finalmente se retiró del lugar enojado diciendo “...se re zarparon...”.

En este norte también fueron analizadas las declaraciones de los trabajadores V. F., F. A., C. J., H. T. y R. G. quienes, si bien nunca presenciaron el acontecer del ilícito que nos ocupa, los mismos relataron como fueron tomando contacto con la víctima de marras esa mañana en el interior de la fábrica, siendo contestes en señalar que el nombrado P. estaba nervioso pero enojado a la vez, describiendo el accionar de aquellas personas que lo habían sometido, al tiempo que decía que los iba a denunciar.

Llegado a este punto merece especial atención lo expuesto en la audiencia de debate por el médico A. V. quien revisó a la víctima de marras, constatando que la misma presentaba lesiones anales de reciente data, caracterizadas por esfínter dilatado, doloroso, con pliegues disminuidos por la dilatación y un rasgado de la mucosa superficial de fondo no sangrante.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Detalló que éstos eran signos directos e indirectos de violencia sexual, o sexo no consentido, de penetración anal con un elemento duro y romo, el cual podía tratarse de un pene, un consolador o cualquier otro elemento que revistiera tales características, y que ello se producía por oposición de la víctima a ser penetrada, lo que lógicamente deja secuelas. En este mismo sentido descartó que dichas lesiones hayan podido ser autoinfligidas, o que se tratase de una lesión por constipación o fuera el resultado de una relación homosexual.

Finalmente recordó que no le metió el dedo en el ano, pero si palpó el esfínter, remarcando que es posible que una persona en estado de exaltación no sienta dolor y cuando se calme si lo sienta, debido a que el dolor empeora y que dicha circunstancia depende de cada individuo.

Destaco en este aspecto lo manifestado por L. S., psicóloga que entrevistó a la víctima de marras, quien en su deposición dijo haber detectado un stress post traumático por la situación vivenciada, y que en dichas entrevistas no percibió signos de fabulación, apreciando correlato en su discurso, como así también tengo en cuenta lo informado por los peritos A. R. y G. G., quienes recordaron que al ser entrevistado P. mostró fuertes sentimientos de hostilidad y angustia, llegando incluso a expresarse con llanto, presentando un trastorno adaptativo, con aspectos paranoides o persecutorios, no advirtiendo indicadores de fabulación.

De la prueba incorporada por lectura adquiere especial relevancia la transcripción efectuada de la declaración del encausado F., en la cual manifestó que *“...estaba armando un vehículo en la línea de producción con U., M., y Leiva y estaban ellos cuatro como jodiendo a M., como que lo querían penetrar, siendo que éste se reía. Llegó P. que fue llamado por M. y U., y al ir a buscar un cigarrillo, con el envión agarró a P. y U. y M. lo agarran y forcejean, mientras reían. M. tenía el consolador en la mano y cuando U. y M. lo inmovilizan lo agarra de las piernas y L. empieza a rozarle el consolador en la espalda, previo levantarle la remera. Dijo no haber visto*

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

que le bajaron los calzoncillos y que se retiró luego de manifestarles que se estaban yendo “al carajo”. En definitiva no supo si lo penetraron o no. Explicó que al tener que saltar para buscar un cigarrillo y para saludar a P., lo agarró de los dos brazos como para frenarse y ahí fueron U. y M. y lo agarraron. Dijo que antes “jodían” a M. porque es el bufón del sector a cargo de U.. Dijo que no son comunes bromas de esa magnitud en la fábrica y que casi nunca participa de éstas. Luego del hecho, en la fábrica algunos comentaban que U. se había ido al carajo y otros decían que cómo se iba a calentar por la broma. El consolador lo tuvo M., luego se lo sacó L., más tarde vino M. y se lo llevó de adentro del cofre. Desde temprano estuvo M. pasándole el consolador por la cara a los pibes (P., R., no sabe si a H.). Incluso lo tenía puesto en su pantalón debajo de su delantal y llamaba a un sujeto de nombre J. para que lo viese. Que luego del hecho se cruzó a P. y le dijo “ya van a ver tus amigos”, estaba “recaliente” con ellos...”, y luego al ampliar sus dichos manifestó que “...al agarrar a P., por el impulso aparecen M. y U. y lo apoyan arriba de un “medio” que tiene bidones de agua. Aparecen L. y M., quien tenía el consolador, y lo rozan a la altura de la cintura. Allí pensó que se estaban yendo “al carajo” y se retiró, no viendo que le bajaron los pantalones. No sabe quien trajo el consolador pero M. estuvo toda la mañana con el consolador en la mano como un bufón. De lo poco que vio no pareció que P. se resistiera, y lo vio reírse e incluso luego lo agredió con un bidón de agua por lo que estaba bastante ágil, caminaba normalmente..., ...Que era común saltar la pedana con envión y sostenerse con algún muchacho que estuviera, con P. fue la primera vez que lo hacía, no iba mucho al sector. Que a P. no lo apretó ni supo lo que iban a hacer los otros...”.

En base a la valoración en conjunto de la prueba reunida en la audiencia de juicio, adelanto que propiciaré el rechazo de los recursos deducidos por las respectivas defensas, al tiempo que haré lugar al reclamo efectuado por el representante de la vindicta pública, pero sólo en forma parcial, en lo referente al pedido de condena del acusado F., por las razones



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

que seguidamente pasaré a exponer.

De la lectura de la sentencia puesta en crisis surge que el "*a quo*" expresó las razones que lo llevaron a decidir como lo hizo, dando respuesta a todas las cuestiones invocadas por las defensas de los acusados, sin que se advierta que haya incurrido en afirmaciones absurdas o arbitrarias al tener por acreditada la reconstrucción histórica de los hechos en los términos propuestos en cabeza de L. y M., como quedara plasmado al tratar las cuestiones primera y segunda del veredicto puesto en crisis, toda vez que realizó un pormenorizado análisis de las distintas piezas probatorias reunidas en la audiencia, que lo llevó a no dudar de colocar ese extremo en cabeza de los encausados, no evidenciándose vicios lógicos que logren conmover la conclusión a la que llegó.

Así los sentenciantes han dado las razones que los llevaron a creer en la versión aportada por la víctima de marras y del resto de los testigos de cargo citados al efecto, dentro del marco de la inmediación que le es propia y que escapa a esta revisión casatoria, dando por tierra con la posibilidad de que exista duda razonable sobre la verosimilitud e imparcialidad de sus testimonios, no encontrando razones para entender que los sindicados se expresaran con animosidad o falsedad.

En cuanto a la valoración de la prueba testimonial, tiene dicho la Sala II de este Tribunal de Casación Penal en causa N° 2789 "Román", entre otras, que el grado de convicción que cada testigo provoca en los jueces de mérito configura una cuestión subjetiva perteneciente a la esfera reservada por la ley para los Magistrados del juicio quienes por su inmediación frente a los órganos de prueba, son los encargados de establecer el mayor o menor valor de las declaraciones testificales.

Así el órgano jurisdiccional posee amplia atribución para seleccionar los medios de prueba y para apreciarla, ya que tan sólo debe ajustar sus conclusiones a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común y sentido común cuya aplicación queda sometida a la rectitud,

prudencia y sabiduría de los jueces (ver Carreras, Eduardo, *“La sana crítica y el testimonio del coprocesado”*, J.A., 15-1972, pág. 629; C.Fed., Sala I, L.L., del 18/12/1995, f. 93.861 y conf. STJ DE FORMOSA, Causa: "Romberg, Hugo Ramón s/Instigación y participación sec. de homicidio doblemente calif.- Romberg, Carmen Alcira s/Participación necesaria de homicidio doblemente agravado- Benítez Ramírez, Cristóbal- López, Cándido Salvador s/ Homicidio" -Sentencia Nº 1618/02- de fecha 09/09/02) y es lo que se ha hecho en la presente.

Las reglas de la sana crítica que guían al juez en la valoración de las circunstancias fácticas, según Couture, son aquellas pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

Por su parte, Vélez Mariconde define al método de la sana crítica como aquél *"que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad (en principio, todo se puede probar y por cualquier medio), y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común"* (Vélez Mariconde, Alfredo, *“Derecho Procesal Penal”*, Bs. Aires, 1969, Ed. Lerner, Tº 1).

Debo señalar que no comparto los argumentos expuestos por los señores defensores –inexplicablemente recogidos por el Juez que quedó en minoría-, por cuanto entiendo que el presente hecho ha excedido los límites tolerables para entender que se trató de una mera “broma pesada”.

Para quien esto suscribe resulta imposible comprender y enmarcar en términos de *“animus jocandi”* el presente hecho, el cual consistió en reducir a una persona, mediante la intervención de al menos cuatro personas, bajarle los pantalones y colocarle un elemento similar a un consolador entre sus nalgas, siendo que resulta inimaginable en un ámbito de convivencia humana que ello pueda constituir una suerte de “licencia jocosa” que quede por fuera del ámbito del derecho penal, a la luz de lo que

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES****PODER JUDICIAL****TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL**

diré posteriormente, no sin antes de hacer una reflexión: curioso sentido del humor poseen los sostenedores de esta tesitura, a los que solamente puede deseárseles que nunca sean víctima de una “broma” de tal magnitud.

Es que la realización de tan aberrante acto -como adelantara-, ante la presencia de terceras personas que pudieron observar el desarrollo de los acontecimientos, violenta la libre determinación y libertad sexual de la víctima, todo lo cual me permite arribar a la conclusión que la selección de la figura de trato por parte del “*a quo*” ha sido la adecuada.

El intento defensivo de enmarcar el presente ilícito bajo el concepto o rótulo de “broma pesada”, con el fin de intentar eliminar el dolo al accionar desplegado por sus asistidos, merece ser descartado.

Dicha negativa encuentra sustento en la letra misma de la ley, donde el bien jurídico protegido por la norma ha puesto el acento en la integridad sexual de la persona. De esta manera las agresiones en materia sexual deben ser entendidas como aquellas injurias a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima, más allá del carácter con que dicho accionar es desplegado, lo que torna fútil los argumentos expuestos por los recurrentes sobre este punto.

Lo que aquí importa es que esos actos sean objetivamente abusivos, es decir que sean actos de naturaleza sexual, por afectar las partes pudendas del sujeto pasivo, a pesar que sean desplegados para burlarse, hacer una broma o humillar a la víctima.

Y esto es porque el objeto de la ley es proteger la libertad corporal, en pos de la integridad sexual y dignidad de la persona, contra el ultraje de un tercero -sin analizar sus deseos-; por lo que cabe concluir que puede constituir un abuso sexual cualquier acto con sentido objetivamente impúdico, aunque no sea con una finalidad sexual, si el autor tiene conocimiento que lesiona la libertad sexual de la persona ofendida, siendo que ésta debe tener la disponibilidad del propio cuerpo en cuanto a su

sexualidad, y que eso es lo que se quiebra cuando se produce una agresión con estas características.

Es decir, que el dolo debe abarcar la intención del autor de realizar tocamientos de una de las partes pudendas de la víctima, aunque no sea con ánimo libidinoso, ni tenga la intención de menoscabar la integridad sexual de la víctima (Conf. Donna, Edgardo Alberto, *“Delitos contra la integridad sexual”*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, pp. 16 y siguientes. El autor cita los trabajos de Villada, Jorge Luis, *“Delitos sexuales”*, Gofica Editora, 1999, pp. 2; Nuñez, Ricardo C., Derecho Penal argentino, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961, t. IV, pp. 213; Creus, Carlos, *“Derecho Penal. Parte especial”*, T. I, pp. 230).

De manera conteste nuestra jurisprudencia ha dicho que *“...Se trata de un delito doloso donde el atacante debe querer, y por ende conocer, la realización del tipo objetivo. Ello supone el conocimiento de sus elementos, es decir, el acto sexual realizado por los medios que indica la ley y con una persona que no ha consentido o menor de trece años...”* (CNCrim. y Corr., Sala VI, 15/3/06, “Presno, José”, causa 28.711), y que *“...El bien jurídico protegido es la libertad sexual, entendida como la libre disposición del cuerpo y respecto del pudor sexual...”* (CNCrim. y Corr., Sala V, 21/11/00, “Alapi, Leonardo R.”, causa 14.998, 11/4/2000).

El dolo debe abarcar la intención de realizar el acto impúdico en contra de la voluntad de la víctima. No existen conductas sexuales neutras: los autores que realizan un acto de este tipo, pero con el fin de causar una afectación sobre el honor y no sobre la integridad sexual de la víctima, realizan de todas formas el tipo ya que si bien el fin último es causar un daño al honor, los activos saben y tienen en cuenta que están afectando la libertad sexual de la persona, y además su acto tiene un claro contenido sexual.

En el presente caso encuentro debidamente acreditados los extremos legales del delito de abuso sexual simple agravado por la pluralidad de intervinientes, toda vez que se trató de un acto de contenido sexual, no querido por la víctima, y los autores estaban concientes de ello,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

siendo indiferente la motivación o ultrafinidad de alguno o algunos de los intervinientes.

De manera conteste, propiciaré el rechazo de los cuestionamientos enderezados por el Sr. Agente Fiscal de Juicio cuando afirma que se encuentra debidamente acreditado que L. y M. tuvieron la voluntad, el conocimiento y la intención en intervenir en el hecho que consistió en introducir un elemento similar a un pene (denominado como consolador) en el ano de la víctima, debiendo responder los nombrados a título de coautores y no como partícipes.

Ello se debe a que, en primer lugar, carece de relevancia la cuestión introducida en el recurso, por considerar que no existe perjuicio en torno a la misma, toda vez que la pena conminada en la especie será la misma tanto para el autor, coautor o el partícipe primario conforme lo determinan los arts. 45 y 47 del C.P.. Lo reclamado por el Sr. Fiscal sobre este punto consiste en un mero tecnicismo que no incide en el resultado final de la decisión a la que arribara el “a quo”.

En segundo lugar porque de la prueba oportunamente analizada, la fiscalía no acreditó, con el grado de certeza que esta instancia requiere, que el accionar de los encausados haya estado encaminado, a través de un plan común, de lograr introducir un elemento, similar a un consolador, en el ano de la víctima.

De lo dicho es posible arribar a la conclusión que, dada la propia dinámica en que se sucedieron los hechos, quienes sostenían a la víctima en un primer momento, mientras le bajaban el pantalón y le apoyaban el consolador entre las nalgas, sabían del alcance de ese accionar, pero no se advierte que ese acuerdo llegara a alcanzar aquél fugaz final lesivo. Considero que dadas las circunstancias no puede atribuirse a los imputados el hecho como pretende el Sr. Fiscal, toda vez que se encuentra comprobado que no fueron los acusados quienes introdujeron el consolador

en el ano de la víctima, y que dicha conducta fue inesperada y fugaz para ellos, quienes no pudieron preverla ni evitarla, y ello quedó evidenciado en que cuando sucedió el acontecimiento los acusados rápidamente soltaron a P.. Abonan esta tesitura los testimonios brindados en el debate, donde los declarantes afirmaron que este tipo hechos nunca antes había sucedido en la fábrica, y que ello resultó inimaginable, incluso hasta para el propio damnificado.

Refuerza lo expuesto la situación previa de la que fuera objeto M., descrita por los testigos como una “manteada” o “malteada”, donde los incusos habían procedido a reducir al nombrado a realizar tocamientos en sus partes impúdicas con el elemento señalado sin llegar a introducir dicho objeto en su cavidad anal, todo lo cual robustece la hipótesis que no resulta posible afirmar con el grado de certeza suficiente que esta instancia requiere que el obrar desplegado por L. y M. tuvo algún tipo de vinculación con aquél accionar inesperado y fugaz desplegado por un cuarto sujeto también del sexo masculino.

Así debe ser valorada la circunstancia que la penetración fue efectuada por un sujeto del sexo masculino, cuya identidad se desconoce, y que ese mismo acto resultó único y fugaz, de modo tal que resulta evidente que los acusados no quisieron cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el sujeto que al día de hoy no ha podido ser identificado, de modo tal que la pena a aplicar ha quedado determinada en función de aquél tipo penal en el cual tomaron intervención en forma primigenia los acusados, el que no aparece vinculado a través de la voluntad de los mismos al resultado finalmente causado a la víctima por parte de aquél masculino de identidad desconocida.

Considero que los planteos introducidos por los recurrentes no logran demostrar el absurdo y las violaciones alegadas lucen manifiestamente improcedentes, sin que los quejosos se hagan cargo de los

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES****PODER JUDICIAL****TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL**

fundamentos dados en la sentencia que por este remedio procesal se pretende cuestionar.

Los argumentos utilizados por los impugnantes no constituyen mas que una fragmentaria, parcial y subjetiva valoración de los elementos de prueba computados por el “a quo”, resultando los mismos insuficientes para demostrar la existencia de vicios graves y manifiestos que permitan descalificar el fallo como un pronunciamiento judicial válido, de modo tal que la sentencia atacada cumple con todos los recaudos legales, por lo que estimo que el material probatorio es suficiente para concluir en la responsabilidad penal de los encausados, no advirtiéndose apartamiento alguno a las reglas de la lógica y la experiencia.

Es a todas luces evidente que las conclusiones de la sentencia impugnada se basó en un lógico razonamiento que no presenta fisura alguna de prueba pertinente, seria, decisiva y convincente, luciendo los reclamos insuficientes, y que no alcanzan a conmover lo decidido, debiendo decaer el motivo de agravio esgrimido que demanda la absurda valoración de la prueba (arts. 1, 209, 210 y 371 incs. 1 y 2, y 373 del Rito; 171 de la Constitución Provincial; 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h) y 25 de la C.A.D.H.; y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P).

II. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente entiendo que resulta ciertamente atendible el agravio invocado por el representante del Ministerio Público Fiscal, por medio del cual denuncia la errónea valoración de la prueba por parte de los Magistrados de grado, situación que los condujo a sostener de manera indebida la no intervención material de F. en el hecho enrostrado.

En este sentido debo dejar sentado que, del cúmulo de pruebas existentes en el marco del presente proceso, y que fueran oportunamente

analizadas, se advierte un quiebre en el razonamiento de los sentenciantes que conformaron la mayoría de la decisión puesta en crisis.

Ello se debe a que de los propios dichos de la víctima de marras, como así también de lo depuesto por los testigos M. y P., e incluso de los propios dichos de F., se encuentra debidamente acreditado que el incuso, no sólo tenía pleno conocimiento de la existencia del consolador, sino que además había participado de la “malteada” previa efectuada sobre la persona de M., y ello se vio reforzado en la descripción efectuada por P. quien refirió que al ver ese cuadro recordó que los acusados dijeron “...ahora lo vamos a coger...” al tiempo que se pasaban un consolar de mano en mano.

En este contexto, aprovechando que P. se acercó al lugar para saludar a un amigo, para tomar parte de aquella “malteada” que era objeto M., o porque fue llamado por los integrantes de aquél grupo para que interviniera en la misma, F. tomó a la víctima desde atrás, sujetándolo de los brazos, acercándolo al resto de los imputados, quienes lo sujetaron, para luego de ello bajarle el pantalón y la ropa interior y colocarle el adminículo sindicado entre sus nalgas.

Así al otorgarle plena credibilidad al testimonio de la víctima de marras, el cual fue valorado en consonancia con el resto de la prueba pericial y testimonial ponderado al efecto, fue posible reconstruir el proceder del imputado, quien se aprovechó en un momento determinado para tomar a la víctima desde atrás, inmovilizarla al sujetarle ambos brazos y luego de ello entregarlo al resto del grupo.

M. A. expresó que el día de los hechos luego del descanso del almuerzo, pudo observar la malteada realizada a M., y que P. se acercó hasta el lugar para participar de la misma, momentos en que L., U. y M. lo agarran a P. y le empiezan a hacer lo mismo, negando haber visto el consolador, que la víctima estuviera con los pantalones bajos, y que F. haya tomado algún tipo de participación, pero finalmente reconoció que estaba lejos del lugar donde se desarrollaban esos acontecimientos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

H. A. dijo que pudo ver a M. bromeando temprano a la mañana con un consolador. Al volver del descanso del almuerzo supo que hubo una broma pero reconoció que no pudo ver la misma ya que cuando se dirigió hacia su cofre un cartonero le impedía la visión del acontecer de los sucesos. A pesar de ello sorprendentemente afirmó que F. nunca tomó parte de la agresión hacia P..

Finalmente dijo ver que el damnificado se retiró normalmente pero a la media hora volvió y le arrojó un bidón de agua a F., con quien estaba enojado por lo que había pasado.

A su turno C. G. manifestó que ese día pudo ver a M. paseándose con un consolador en la mano, y que no le extrañó ya que eran habituales este tipo de bromas. Después de comer vio como los imputados –L., M. y U.- le hacen una malteada a M., y comienzan a llamarlo a P.. Dijo que éste cruzó la línea, que los sindicatos lo agarraron y le hicieron una malteada de las mismas características, negando que F. haya tomado algún tipo de participación, como así también desconocía la existencia del consolador. Sin embargo el mentado testigo reconoció que sólo vio el inicio de la malteada, y que nunca la vio entera, ya que afirmó que se retiró del lugar cuando se estaba acercando P., recordando que el mismo volvió al rato insultando, y tiró un dispenser y un bidón de agua contra la línea de producción.

No parece lógico el razonamiento empleado por el “a quo” al brindarle relevancia a los testimonios vertidos por A., A. y G., en detrimento de lo sostenido por la víctima, los otros testigos M. y P., y hasta el reconocimiento efectuado por el propio F. todo vez que, como fuera oportunamente señalado, ninguno de los testigos nombrados en primer término pudo apreciar la totalidad de los hechos, ya que cada uno de los nombrados reconoció estar en su espacio laboral, desempeñando sus actividades, lugar donde además fue corroborada la existencia de cajones, canastos y lockers, objetos estos que interrumpían la visión de los acontecimientos.

Conforme fueron tratadas las cuestiones precedentes, y atento a la doctrina de la máxima capacidad de revisión en materia probatoria desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal”, considero que las pruebas invocadas por el “a quo”, y que fueron oportunamente transcriptas en la sentencia analizada, permiten arribar a la conclusión que en dicha resolución judicial se advierte un quiebre en su estructura lógica, ya que los elementos de cargo que permitieron a los magistrados de grado condenar a M. y L. resultan ser los mismos que permiten sostener la responsabilidad penal de F. en el marco del presente proceso.

Es que a todas luces el pronunciamiento del Tribunal de Juicio, en las condiciones dadas, devino arbitrario y carente de sustento en las propias probanzas que éste se encargó de transcribir en la resolución impugnada y no resulta una mera discrepancia en la interpretación de la prueba sino, como dijera, un verdadero quiebre en la conclusión que hace el sentenciante de la intelección del plexo de prueba, el cual atenta contra las reglas de la lógica y de la experiencia común.

Corresponde recordar aquí que la doctrina de la arbitrariedad tiene por objeto el resguardo de la garantía del debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 301:978; 311:948 y 2547; 313:559;; 315:29 y 321:1909).

Así lo ha dicho nuestro máximo Tribunal al sostener que *“La doctrina de la arbitrariedad... atiende sólo a supuestos de gravedad extrema en los que se verifica un apartamiento palmario de la solución prevista por la ley o una absoluta carencia de fundamentación.”* (D. 301. XXII. De la Fuente, Luis Ramón c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario. 06/02/90).

Entiendo que esa situación excepcional ha quedado demostrada en el caso. Ello así pues en el fallo impugnado se han considerado en forma fragmentaria los elementos colectados para decidir, extremo que impidió



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

tener una visión totalizadora que hubiese sido relevante a los efectos de discernir el temperamento ajustado a la solución consagrada por el ordenamiento legal, seleccionando una solución notoriamente injusta y violatoria del correcto pensamiento.

En consecuencia, mediando las falencias apuntadas, no puede considerarse al pronunciamiento de los jueces del Tribunal en lo Criminal N° 6 del Departamento Judicial San Martín como fundado en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional y el 168 y 171 de la Constitución provincial. (Doctrina de la C.S.J.N. en causa A. 107. XXIII. “Argentino Radovancich s/ conc. prev. s/ formación de conc. especial. Incidente s/ declaración de nulidad de inconst. y de graduación de privilegios”. Rta. 01/10/90).

De esta manera, a la luz de las remisiones que se formularan “*supra*” a la prueba colectada, es posible que este Tribunal asuma competencia positiva para resolver la situación procesal del incuso P. E. F., sin que sea necesaria la celebración de un nuevo juicio oral.

Por todo lo expuesto, propondré al acuerdo, casar parcialmente la sentencia puesta en crisis, conforme surge del tratamiento de las cuestiones precedentes, y condenar a P. E. F. a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, imponiéndole como reglas de conducta constituir domicilio y concurrir trimestralmente al Patronato de Liberados por el plazo de dos años, y las costas del proceso, por considerarlo partícipe necesario del delito de abuso sexual simple, calificado por la pluralidad de intervinientes.

Así lo voto.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Que de conformidad al resultado que arroja el tratamiento de las cuestiones precedentes corresponde; 1) declarar formalmente admisibles los recursos de casación deducidos por los defensores particulares, Dres. Martín Felipe López y Aníbal Lauría Marino, a favor de G. H. L. y E. B. M., respectivamente, y por el Sr. Agente Fiscal de Juicio de la Unidad Funcional N° 14 del Departamento Judicial San Martín, Dr. Juan Manuel Fernández Buzzi; 2) rechazar los remedios procesales interpuestos por las defensas técnicas de los encausados por improcedentes, con costas en esta instancia; 3) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, sin costas y, en consecuencia, casar parcialmente la resolución puesta en crisis, condenando a P. E. F. a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, imponiéndole como reglas de conducta constituir domicilio y concurrir trimestralmente al Patronato de Liberados por el plazo de dos años, y las costas del proceso, por considerarlo partícipe necesario del delito de abuso sexual simple, calificado por la pluralidad de intervinientes (arts. 5, 26, 27 bis, 40, 41, 45, 119 primer y quinto párrafo en relación al cuarto párrafo inciso d) primer supuesto del C.P.); 4) tener presentes las reservas del Caso Federal oportunamente efectuadas por los recurrentes, y; 5) diferir la regulación de honorarios profesionales a los letrados intervinientes, Dres. Martín Felipe López, Aníbal Lauría Marino y Marcelo Hernán Caremi, por la labor desplegada en esta sede para una vez regulados en la instancia (artículos 18 de la Constitución Nacional, artículos 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en función de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la C.N.; 45, 47 y 119 primer y quinto párrafo en relación al cuarto párrafo inciso d) primer supuesto, todos del Código Penal; 168 y 171 de la Constitución Provincial; 1, 106, 209, 210, 371, 448, 450, 451, 452, 456, 459, 460, 530, 531 y 532 del Código Procesal Penal; art. 14 Ley 48; 1, 9, 16, 31, 33 y 51 de la ley N° 8904).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

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

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve:

I.- Declarar formalmente admisibles los recursos de casación deducidos por los defensores particulares, Dres. Martín Felipe López y Aníbal Lauría Marino, a favor de G. H. L. y E. B. M., respectivamente, y por el Sr. Agente Fiscal de Juicio de la Unidad Funcional N° 14 del Departamento Judicial San Martín, Dr. Juan Manuel Fernández Buzzi.

II.- Rechazar los remedios procesales interpuestos por las defensas técnicas de los encausados por improcedentes, con costas en esta instancia.

III.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, sin costas y, en consecuencia, casar parcialmente la resolución puesta en crisis, condenando a P. E. F. a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, imponiéndole como reglas de conducta constituir domicilio y concurrir trimestralmente al Patronato de Liberados por el plazo de dos años, y las costas del proceso, por considerarlo partícipe necesario del delito de abuso sexual simple, calificado por la pluralidad de intervinientes (arts. 5, 26, 27 bis, 40, 41, 45, 119 primer y quinto párrafo en relación al cuarto párrafo inciso d) primer supuesto del C.P.).

IV.- Tener presentes las reservas del Caso Federal oportunamente efectuadas por los recurrentes.

Rigen los artículos 18 de la Constitución Nacional, artículos 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en función de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la C.N.; 45, 47 y 119 primer y quinto párrafo en relación al cuarto párrafo inciso d) primer supuesto, todos del Código Penal; 168 y 171 de la Constitución Provincial; 1, 106, 209, 210, 371, 448, 450, 451, 452, 456, 459, 460, 530, 531 y 532 del Código Procesal Penal; art. 14 Ley 48.

V.- Diferir la regulación de honorarios profesionales a los letrados intervinientes, Dres. Martín Felipe López, Aníbal Lauría Marino Marcelo Hernán Caremi, por la labor desplegada en esta sede una vez regulados en la instancia.

Arts. 1, 9, 16, 31, 33 y 51 de la ley N° 8904.

Regístrese. Notifíquese. Remítanse copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.

FDO.: MARIO EDUARDO KOHAN - CARLOS ÁNGEL NATIELLO

ANTE MÍ: Olivia Otharán