

Corte de Justicia de Catamarca

SENTENCIA NÚMERO: VEINTISEIS

En la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, a los dieciocho días del mes de agosto de dos mil veintidós la Corte de Justicia de Catamarca, integrada por los señores Ministros doctores Carlos Miguel Figueroa Vicario -Presidente- José Ricardo Cáceres, Fabiana Edith Gómez, Luis Raúl Cippitelli, Néstor Hernán Martel, María Fernanda Rosales Andreotti y Silvio Martoccia s/l; se reúne en acuerdo para entender en el Recurso de Casación deducido en autos, Expte. Corte n° 004/22, caratulados: **“González, Miguel Walter - abuso sexual, etc.- s/ rec. de casación c/ sent. n° 44/21 de expte. n° 93/21”**.

Por Sentencia n° 44 de fecha 01-02-2022, la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación, en lo que aquí concierne, resolvió: “1°) Declarar culpable a Miguel Walter González, de condiciones personales relacionadas en la causa, como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal calificado por la guarda y producción de imágenes de abuso sexual infantil calificado por ser cometido con una menor de trece años (hecho nominado primero); y tenencia de imágenes de abuso sexual infantil calificada por ser las víctimas menores de trece años (hecho nominado segundo), todo en concurso real (arts. 119, tercer párrafo en función del cuarto párrafo, inc. b), último supuesto, 128, primer párrafo en función del quinto párrafo, 128, segundo párrafo en función del quinto párrafo, 55 y 45 del CP, condenándolo en consecuencia a sufrir la pena de dieciocho años de prisión. Con accesorias de ley y costas (arts. 12 del CP, 407 y 536 del CPP). (...)”.

Contra este fallo, el Dr. Estanislao Reinoso Gandini, en representación de Miguel Walter González interpone el presente recurso. Centra sus críticas en los incs. 1° y 3° del art. 454 del Código Procesal Penal, esto es, inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva e inobservancia o errónea aplicación de las normas previstas para la individualización.

Primer motivo de agravio:

El impugnante considera que los delitos por los cuales fue intimado su asistido se encuentran erróneamente calificados, en consecuencia, se aplica erróneamente la ley sustantiva al concursar realmente los dos hechos enrostrados en el hecho nominado primero y no en forma ideal.

Argumenta que, del relato fáctico del hecho en cuestión, surge que no hay dos hechos discriminados en el comienzo de su ejecución y la consumación de uno de ellos para continuar con el segundo hecho. Tampoco surge cuál hecho comienza primero y cuál después. No hay una descripción autónoma e independiente y en diferentes tiempos de cada uno de ellos, lo cual es una característica necesaria para sostener el concurso real.

Sostiene que, si su defendido es condenado a cumplir una pena que no corresponde, se estaría incumpliendo el debido proceso y la defensa en juicio y, si se lo condena por varios delitos cuando el hecho fue uno solo, se estaría violando el principio *non bis in ídem*. Cita doctrina en sustento de su petición.

Reitera que, se trata de un mismo hecho cuya unidad no se puede dividir y que encuadra en dos figuras delictivas distintas.

Manifiesta que el hecho nominado primero es un claro caso de simultaneidad de hechos que recae en dos figuras diferentes y que en doctrina se conoce como concurso ideal heterogéneo, toda vez que no se puede establecer el comienzo y finalización de cada uno de ellos, por lo que debe entenderse como una unidad y como resultado un concurso ideal.

Crítica los fundamentos de la sentencia al sostener que el Tribunal no logró motivar debidamente por qué sostiene el concurso real.

Por otra parte, refiere que, de concursarse las penas, la escala también se modifica; en consecuencia, la escala penal por los delitos atribuidos a González va de ocho años a veintinueve años y cuatro meses, sumatoria de los máximos de cada delito. Mientras que, si se concursan

Corte de Justicia de Catamarca

idealmente, conforme lo previsto en el art. 54 del CP, la escala penal oscila entre ocho años y veintiún años y cuatro meses.

En tal sentido, considera excesiva la condena impuesta a su asistido. Argumenta que se acerca más al máximo legal sin estar motivada, en especial respecto a la peligrosidad del mismo.

Por último, manifiesta que se violaron las garantías del debido proceso, presunción de inocencia y defensa en juicio.

Segundo motivo de agravio:

El recurrente cuestiona en este acápite, que la sentencia carece de motivación suficiente al determinar la pena, elude lo normado en los arts. 403 del CPP, 40 y 41 del CP y le suma dos defectos, por un lado, doble valoración en el análisis de las agravantes; por el otro, ausencia de valoración de las circunstancias atenuantes.

Destaca que, al considerar el monto de la pena a aplicar, se advierte la existencia de una doble valoración de una circunstancia que integra el elemento del tipo al referir como agravante: “... *el hecho de haberse aprovechado del estado de vulnerabilidad de la menor víctima* ...”; y luego, para graduar la pena, valora los actos posteriores al descubrimiento del hecho, al referir: “...*una actitud cobarde*...”. Estas circunstancias fueron valoradas al momento de calificar el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda, es decir, se valoró dos veces la misma conducta. Cita doctrina y jurisprudencia al respecto.

Cuestiona al Tribunal por considerar que no tuvo en cuenta otros elementos atenuantes, circunscribiendo su análisis sólo en la ausencia de antecedentes penales.

Por otra parte, refiere que tampoco valoró el reconocimiento de los hechos ni arrepentimiento demostrado por su asistido, el que fue reafirmado por las pericias psicológicas. Cita doctrina sobre la cuestión.

Respecto al quantum de la pena, señala que la discrecionalidad con la que cuenta un juez para meritar la pena no puede alejarse de la razón ya que estaríamos más cerca de un capricho de los Jueces en la fijación de una pena que de una sentencia debidamente razonada y fundada.

Solicita la revocación de la sentencia y la adecuación de la pena, de manera tal, que la misma resulte justa.

Efectúa reserva del Caso Federal (arts. 14 y 15 de la Ley 48).

De acuerdo con el resultado del sorteo efectuado para determinar el orden de votación (f. 18), nos pronunciaremos de la siguiente manera: 1º Dr. Figueroa Vicario, 2º Dra. Rosales Andreotti, 3º Dr. Martel, 4º Dra. Gómez, 5º Dr. Cippitelli, 6º Dr. Cáceres y 7º Dr. Martoccia.

Así las cosas, el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones:

1º) ¿Es admisible el recurso?

2º) ¿La resolución cuestionada ha incurrido en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva?

3º) ¿El Tribunal ha aplicado erróneamente las normas previstas para la individualización de la pena? ¿Qué resolución corresponde dictar?

A la Primera Cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

El presente recurso de casación reúne los requisitos de admisibilidad formal establecidos en el art. 460 del C.P.P debido a que es interpuesto en forma y en tiempo oportuno, por parte legitimada, y se dirige contra una resolución que, por ser condenatoria, pone fin al proceso y es definitiva. Por ende, es formalmente admisible. Así voto.

A la Primera cuestión, la Dra. Rosales Andreotti dijo:

Corte de Justicia de Catamarca

Me adhiero a la solución propugnada por el Sr. Ministro preopinante y voto en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Martel dijo:

El Dr. Figueroa Vicario da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en idénticos términos.

A la Primera cuestión, la Dra. Gómez dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello me adhiero a su voto y doy el mío en el mismo sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Cippitelli dijo:

El Sr. Ministro emisor del primer voto da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

Encuentro acertadas los motivos expuestos por el Dr. Figueroa Vicario y por ello, adhiero al mismo y voto en idéntico sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Martoccia dijo:

El Dr. Figueroa Vicario da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en los mismos términos.

A la Segunda Cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

Los hechos que el Tribunal tuvo por acreditados, son los siguientes: “Hecho nominado primero: “Que el día 04 de febrero de 2021, en horario que no se ha podido determinar con precisión, pero que podrían ubicarse en momentos previos a la hora 12 aproximadamente, Miguel Walter González, a bordo de su vehículo marca Toyota de color gris -únicos datos-, se

hizo presente en el domicilio sito en Fidel Mardoqueo Castro N° 528 de esta ciudad Capital, en donde se entrevistó con la propietaria de la vivienda F. A. A., quien es su sobrina política, y a quien le manifestó que iba a la casa de un colega amigo que vivía en el B° Parque América, y ante la consulta de la hija de F. A. A. quien se encontraba junto a ella, de nombre P. A. P. de 5 años de edad, quien le preguntó a González: "Tío, puede llevarme a dar una vuelta", su madre accedió, por lo que la niña P. A. P. subió al vehículo de González en el asiento del acompañante, para luego Miguel Walter González junto a la niña P. A. P. a quien tenía bajo su cuidado, dirigirse en el automóvil hacia la sede del Sindicato UOYEP (Unión de Obreros y Empleados Plásticos), sita en calle Caseros N° 642 de esta ciudad Capital, donde se desempeña laboralmente. Una vez el mismo, específicamente ubicado en su escritorio de trabajo y aprovechando González la situación de tener bajo su cuidado a la niña P., procedió a elaborar junto a la misma, veintidós tomas fotografías y cuatro videos, con su teléfono celular marca Motorola modelo Moto G (9) plus con cuatro cámaras posteriores 64 MP/1.6pm QUADPIXEL, cuyo contenido son imágenes de abuso y explotación sexual infantil respecto de la niña P. A. P. de 5 años de edad, que la exhiben en las siguientes imágenes y videos: 01) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_12120641035. jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:06:42 en la que se observa su zona vaginal, vestida con musculosa blanca y a Miguel Walter González con su mano sobre la zona vaginal de la menor; 02) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_120645396.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:06:47 en la que se observa su zona vaginal, vestida con musculosa blanca y a Miguel Walter González con su mano sobre la zona vaginal de la menor; 03) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_120650646.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:06:52 en la que se observa su zona vaginal, vestida con musculosa blanca y a Miguel Walter González con su mano sobre la vaginal de la menor; 04) Imagen nombre de archivo "IMG_20210204_120701148.jpg"

Corte de Justicia de Catamarca

creada el día 04/02/21 a horas 12:07:02 en la que se observa su zona vaginal, vestida con musculosa blanca y a Miguel Walter González con su mano sobre la zona vaginal de la menor; 5) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_120729712.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:07:31 en la que se observa a la niña vestida con musculosa blanca y sentada sobre la falda de Miguel Walter González; 6) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_120749974.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:07:51 en la que se observa su zona vaginal, vestida con musculosa blanca y a Miguel Walter González con su mano sobre la zona abdominal de la menor; 7) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_120806667.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:08:08 en la que se observa su zona vaginal, vestida con musculosa blanca y a Miguel Walter González con su mano sobre la zona abdominal de la menor; 8) Imagen con nombre de archivo "MG_20210204_120833328.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:08:34 en la que se observa a la menor semidesnuda, vestida con musculosa blanca y se exhibe la cola de la menor; 09) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_120834366.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:08:34 en la que se observa a la menor semidesnuda, vestida con musculosa blanca y se exhibe la cola de la menor; 10) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_120838220_HDR. jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:08:39 en la que se observa a la menor semidesnuda, vestida con musculosa blanca y a Miguel Walter González levantando con su mano la musculosa de la menor y exhibiendo la cola de la menor; 11) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_121347712.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:13:49 en la que se observa a la menor con musculosa blanca sentada sobre un sillón y tocando con una de sus manos la zona del pene de Miguel Walter González quien se encuentra con el cierre de su pantalón de jean bajo; 12) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_121351881.jpg" creada el día 04/02/21 a

horas 12:13:53 en la que se observa a la menor con musculosa blanca sentada sobre un sillón y a Miguel Walter González quien apoya su mano sobre su abdomen; 13) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_121500157.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:15:03 en la que se observa a la menor abrazando y apoyada sobre el abdomen de Miguel Walter González; 14) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_122249538_HDR. jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:22:50 en la que se observa a la menor semidesnuda parada al lado de un escritorio, su zona vaginal, vestida con musculosa blanca que es levantada por Miguel Walter González con su mano, y en la que se observa la zona vaginal de la menor desde un costado; 15) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_122359493.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:24:01 en la que se observa su zona vaginal, vestida con musculosa blanca y sentada sobre Miguel Walter González que la abraza; 16) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_122406137.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:24:07 en la que se observa su zona vaginal, vestida con musculosa blanca y sentada sobre Miguel Walter González que la abraza; 17) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_122601888.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:26:02 en la que se observa a la menor semidesnuda parada al lado de un escritorio, su zona vaginal, vestida con musculosa blanca y en la que se observa la cola de la menor; 18) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_122612150.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:26:12 en la que se observa la vagina de la menor, 19) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_122625859.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:26:26 en la que se observa la vagina de la menor; 20) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_122646504.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:26:48 en la que se observa a la menor semidesnuda vestida con musculosa blanca, y se observa a Miguel Walter González tocando la vagina de la menor que esta al descubierto; 21) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_122656515.jpg" creada el día

Corte de Justicia de Catamarca

04/02/21 a horas 12:26:58 en la que se observa a la menor semidesnuda, y a Miguel Walter González levantando la musculosa de la menor, quedando exhibida la vagina de la misma; 22) Imagen con nombre de archivo "IMG_20210204_123129640.jpg" creada el día 04/02/21 a horas 12:31:31 en la que se observa a la menor dándole un beso en la mejilla de Miguel Walter González; 23) Video nombre de archivo "VID_20210204_122228890.mp4" creado el día 04/02/21 en un horario que no puede determinarse pero comprendido entre la hora 12:06 a momentos previos a la hora 13 aproximadamente y que contiene imágenes de desnudez explícita de la menor P.P. y tiene una duración de 2 segundos; 24) Video con nombre de archivo "VID_20210204_122430104.mp4" creado el día 04/02/21 en un horario que no puede determinarse pero comprendido entre la hora 12:06 a momentos previos a la hora 13 aproximadamente y que contiene imágenes de desnudez explícita de la menor P.P. y tiene una duración de 15 segundos; 25) Video con el nombre de archivo "VID_20210204_122713524.mp4" creado el día 04/02/21 en un horario que no puede determinarse pero comprendido entre la hora 12:06 a momentos previos a la hora 13 aproximadamente y que contiene imágenes de desnudez explícita de la menor P.P. y tiene una duración nombre de archivo de 31 segundos y 26) Video con el nombre de archivo "VID_20210204_122815626.mp4" creado el día 04/02/21 en un horario que no puede determinarse pero comprendido entre la hora 12:06 a momentos previos a la hora 13 aproximadamente y en donde se visualiza imágenes de Miguel Walter González junto a la menor P.P. con contenido de imágenes de desnudez explícita de la niña, y en el que se visualiza a la menor parada delante de Miguel Walter González quien está sentado en la silla del escritorio, la menor se encuentra dibujando sobre una hoja blanca con colores rojos sobre el escritorio, se visualiza la vagina de la menor, la que se encuentra sin ropa interior y como Miguel Walter González tienen un dedo de su mano sobre la

vagina de la menor, y luego se visualiza como Miguel Walter González se introduce su dedo mayor de una de sus manos en su boca, se lo moja con su propia saliva, y luego le pasa la mano por detrás a la menor, y le introduce el dedo mayor en la vagina de la menor, y mueve su dedo para adentro y para afuera de la vagina, y el cuerpo de la menor se menea, y tiene una duración de 57 segundos. Que luego de ello, y continuando Miguel Walter González al cuidado de la niña P.A.P. de 5 años de edad, procedió a llevarla ese mismo día a horas 13:00 aproximadamente hasta su domicilio, y entregó a la niña P. A. P. a su madre F.A.A.". Hecho nominado segundo: "Que el día 21 de abril del año 2021, a la hora 12:05, en oportunidad de llevarse a cabo un procedimiento por parte de personal de la Unidad Judicial N° 5 a raíz de un supuesto hecho delictivo, en el domicilio sito en calle Caseros N° 642 de la Ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, donde funciona la sede del Sindicato UOYEP (Unión de Obreros y Empleados Plásticos), se procedió al secuestro, entre otros dispositivos informáticos, de un Disco Rígido portátil marca WD Elements S/N WXG1A57KUST9 propiedad de Miguel Walter González, y que se encontraba conectado a través de un cable USB a una computadora All in One Marca Vaio. Que el Disco Rígido portátil marca WD Elements propiedad de Miguel Walter González, contenía en su interior, siete videos con contenido de imágenes de abuso y/o explotación sexual infantil sobre niñas menores de edad, siendo estos: 1) Video con nombre de archivo "j niña de 11 años sexo oral. mpg" de tamaño 10.825.380 bytes con una duración de 1 minuto 39 segundos; 2) Video con nombre de archivo "niña 12 años rompiendo himen. mp4" de tamaño 35.424.329 bytes con una duración de 5 minutos 36 segundos; 3) Video con nombre de archivo "niña de caliente. mpg" de tamaño 69.554.176 bytes sin poder determinar su duración; 4) Video con nombre de archivo "porno.mpg" de tamaño 861.620 bytes sin poder determinar su duración; 5) Video con nombre de archivo "00_niña de 7 desvirgada. mp4" de tamaño 2.598.495 bytes con una duración de 1 minuto 40 segundos, 6) Video con

Corte de Justicia de Catamarca

nombre de archivo "10 yr xxx nenita linda. mp4" de tamaño 1.917.876 bytes y una duración de 18 segundos y 7) Video con nombre de archivo "12 años niña con amiguito. mpg" de tamaño 28.313.051 bytes sin poder determinar su duración; conforme surge de la decodificación de la información extraída del dispositivo Disco Rígido portátil marca WD Elements S/N WXG1A57KU9T9 propiedad de Miguel Walter González mediante el Software Forense Magnet Forensics”.

Conforme surge de la individualización de los agravios esgrimidos por la defensa tendientes a descalificar la motivación de la sentencia condenatoria, no cuestiona la materialidad de los hechos ni la autoría del acusado en los mismos, sino que, el centro de discusión gira en torno a denunciar la errónea aplicación del art. 55 CP con relación al Hecho Nominado Primero.

En tal sentido, el recurrente discute la fundamentación de la resolución que ataca por considerar que el Tribunal de la causa ha incurrido en una errónea aplicación de las normas que rigen el concurso de delitos en materia penal.

Ello así, corresponde señalar que el Magistrado de la instancia anterior consideró acreditada la calificación legal por la que el imputado llegó a juicio, la que fue mantenida en la señalada oportunidad procesal por el Ministerio Público Fiscal.

En esos términos, el Tribunal calificó los sucesos atribuidos a Miguel Walter González como constitutivos del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por la guarda en concurso real con la producción de imágenes de abuso sexual infantil calificado por ser cometido con una menor de trece años (Hecho Nominado Primero).

La defensa oficial afirmó que resulta improcedente la aplicación del artículo 55 del CP. Argumenta que la imputación que se dirige al acusado tuvo su génesis a raíz de un mismo acto que, si bien ha "caído en más

de una sanción penal" (conf. artículo 54 del Código Penal), no puede ser considerado como dos hechos independientes en los términos del artículo 55 del citado ordenamiento sino como un concurso ideal.

Por ello, sostiene que no resulta debidamente calificado el hecho en cuestión. Manifiesta que estamos frente a un mismo hecho cuya unidad no se puede dividir, no puede independizarse ni individualizarse. Considera que no hay una descripción independiente de los mismos.

Sentado cuanto precede, cabe adelantar que, con relación al modo de concurrir las diversas figuras legales seleccionadas por el Magistrado, el mismo será ratificado, dado que, en el caso bajo examen, ha quedado acreditado el concurso real, que se configura cuando se han realizado distintas clases de hechos punibles (Cfr. Righi, Esteban, "Derecho Penal. Parte General", Lexis Nexis, 1ª Edición -reimpresión-, Buenos Aires, 2008, p. 444).

En este orden, cabe reparar las diferentes particularidades que presentan el concurso de delitos, real o ideal. El concurso real de delitos (art. 55 del C.P.) presupone la existencia de varios hechos independientes concurrentes, imputables a una misma persona en forma simultánea o sucesiva y en donde las varias lesiones son causadas por varios hechos delictivos (cfr. Núñez, Ricardo C., "Las Disposiciones Generales del Cód. Penal", ed. Lerner, Córdoba, 1988, p. 250).

Por su parte, el concurso ideal de delitos (art. 54 del C.P.) se caracteriza por la comisión de un hecho por el autor y por la pluralidad de sanciones penales bajo las que ese hecho cae (cfr. Núñez, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal, Parte General", 4ª Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Marcos Lerner Editora Córdoba, Año 1999, p. 261).

El concurso real existe cuando el autor ha cometido varios delitos independientes, cuando existen varios hechos con relevancia que son enjuiciados en el mismo proceso penal, se presupone la existencia de una pluralidad de acciones y una pluralidad de lesiones de la ley penal, lo que

Corte de Justicia de Catamarca

presupone que los delitos realizados son independientes (Aboso, Gustavo Eduardo, “Código Penal de la República Argentina, Comentado, concordado con jurisprudencia, ed. Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 5° edición actualizada, 2018, p. 385).

Lo que implica que "...una unidad material (el hecho único) constituye formal o idealmente más de un delito porque cae bajo más de una sanción penal, es decir, bajo más de una sanción represiva..." (Núñez, Ricardo C., "Las Disposiciones Generales del Cód. Penal", ed. Lerner, Córdoba, 1988, p. 263). No es otra cosa que "...una cuestión de doble tipicidad de un hecho naturalmente único. La razón de esta doble tipicidad es que la conducta del agente, esto es, lo que ha hecho o dejado de hacer, que ya cae como tal en una sanción penal, debido a una circunstancia de modo, lugar, tiempo, etc., también cae bajo otra sanción penal... Se trata, en fin, de situaciones, en las cuales accidentes de tiempo, modo, lugar, personas, etc., que, sin multiplicar materialmente la conducta del autor de un delito, multiplican la delictuosidad de ella..." (cfr. Núñez, Ricardo C., "Las Disposiciones Generales del Cód. Penal", ed. Lerner, Córdoba, 1988, pp. 264 y 265).

Así, el criterio de distinción entre el concurso real y el concurso ideal de delitos finca en el modo en que se hayan ejecutado los hechos en relación a los elementos típicos. Cuando la conexión entre los diversos delitos es tan íntima que si faltare uno de ellos no se hubiese cometido el otro, se debe considerar todo el complejo delictivo como una unidad –concurso ideal- y no como delitos distintos –concurso real- (cfr. Aboso, Gustavo Eduardo, “Código Penal de la República Argentina, Comentado, concordado con jurisprudencia, ed. IB&def, Montevideo - Buenos Aires, 5° edición actualizada, 2018, p. 385).

Por ello, corresponde rechazar el planteo efectuado por el recurrente contra la aplicación del art. 55 del CP, en tanto no se corresponde con los hechos que fijados en autos.

En el caso que nos ocupa, no existen dudas en cuanto a la existencia de dos sucesos independientes que tipifican en diversas figuras legales (producción de imágenes de abuso sexual infantil calificado por ser cometido con una menor de trece años y abuso sexual con acceso carnal calificado por la guarda).

Efectivamente, el Tribunal de juicio tuvo por acreditada la existencia de dos acciones distintas y claramente diferenciadas por parte de González.

Por una parte, el acusado realizó una secuencia de veintidós tomas fotográficas cuyo contenido son imágenes de abuso y explotación sexual infantil respecto de la menor de cinco años, P. A.P., la que quedó establecida el día 04/02/202 entre la hora 12:06 hasta la hora 12:31.

Por otro lado, el video creado por González el día 04/02/202, en el horario comprendido entre 12:06 hasta momentos previos a las 13:00 con imágenes de él junto a la víctima en donde se visualiza cómo el acusado introduce su dedo mayor en la vagina de la niña y mueve su dedo para adentro y para afuera de la vagina de A. P. P., mientras su cuerpo se menea, accionar éste último que tuvo una duración de 57 segundos.

Observo así, a diferencia de lo postulado en el recurso, que se trata de dos hechos claramente independientes, fáctica y normativamente, con lo cual los delitos que se le atribuyen al acusado concurren de manera real.

De ello se colige que, consecuentemente con lo probado en la causa, González, además, de la utilización de la menor para la producción de fotos y videos exponiendo a la víctima en imágenes de abuso y explotación sexual infantil conforme el tipo previsto en el art. 128 -primer párrafo en

Corte de Justicia de Catamarca

función del quinto párrafo- del CP; accedió carnalmente a la niña quien se encontraba bajo su guarda (art. 119, tercer párrafo en función de cuarto párrafo inc. b, último supuesto, CP). Por ello, a este acto abusivo filmado, se le debe aplicar el régimen del concurso real (art. 55 CP).

Ello así, en tanto el tipo de producción de imágenes abuso y explotación sexual infantil en la que se exhibe a la menor de edad puede perpetrarse sin cometer simultáneamente ningún otro delito, como lo fue en el presente caso, la comisión del abuso sexual con acceso carnal que en la sentencia se le atribuye al acusado González.

Lo expuesto, impide que ambos delitos puedan ser conjugados en una unidad delictual, y justifican sobradamente la aplicación de las reglas del concurso real de delitos.

Sentado lo anterior, entiendo que no estamos frente a un hecho único que cae bajo más de una sanción penal (concurso ideal) sino, frente a dos conductas independientes, fáctica y normativamente (abuso sexual con acceso carnal calificado por la guarda y producción de imágenes de abuso sexual infantil calificado por ser cometido con una menor de trece años), con lo cual los delitos que se le atribuyen al acusado Miguel Walter González concurren de manera real.

Por las consideraciones expuestas, considero se debe dar respuesta negativa al presente agravio. En consecuencia, este embate no puede tener acogida favorable. Así voto.

A la Segunda cuestión, la Dra. Rosales Andreotti dijo:

Adhiero a las razones y a la conclusión expuesta por el Sr. Ministro Dr. Figueroa, para la solución de la presente cuestión, votando en igual sentido.

A la Segunda cuestión, el Dr. Martel dijo:

El Dr. Figueroa da las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Segunda cuestión, la Dra. Gómez dijo:

El Sr. Ministro emisor del primer voto emite, a mi juicio, los motivos necesarios que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en el mismo sentido.

A la Segunda cuestión, el Dr. Cippitelli dijo:

El Dr. Figueroa esgrime las razones necesarias que deciden la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Segunda cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

Entiendo acertados los motivos expuestos por el Sr. Ministro emisor del primer voto. Adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

A la Segunda cuestión, el Dr. Martoccia dijo:

El Sr. Ministro emisor del primer voto da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en el mismo sentido.

A la Tercera cuestión, EL Dr. Figueroa Vicario dijo:

Ingresando al tratamiento del último cuestionamiento expuesto por el impugnante, corresponde analizar si los vicios de razonamiento apuntados, han incidido o no, en la correcta motivación del fallo en orden a la individualización de la pena impuesta a González.

Concretamente, el recurrente cuestiona, por un lado, la valoración de circunstancias que ya se encontraban contenidas en el tipo penal aplicado, vulnerando la prohibición de doble valoración; por el otro, denuncia que se ha omitido valorar circunstancias atenuantes, que hubiesen impactado favorablemente en la determinación final del quantum de la pena, cuyo monto considera excesivo.

Corte de Justicia de Catamarca

Cabe anticipar que, del análisis del fallo recurrido y de conformidad a los criterios que esta Corte viene sosteniendo, no advierto vicio alguno en la fundamentación brindada por el Tribunal al momento de individualizar la pena impuesta al acusado, tal como se explica a continuación.

Sobre el punto, este Tribunal –con su actual y anterior integración-, ya se ha expedido en numerosos precedentes en donde se dijo que la facultad discrecional de fijar la pena es en principio exclusiva del Tribunal de Juicio, y sólo puede ser controlada por el recurso de casación en los supuestos de arbitrariedad de la sentencia, criterio que se mantiene en la actualidad (S. n° 14/22, S. n° 4/22, S. n° 5/2021, S. n° 11/19, S. n° 55/18, S. n° 17/18, S. n° 39/17, S. n° 25/17, S. n° 4/17, entre muchas otras).

El ejercicio de esta facultad discrecional se encuentra condicionado a que la prudencia pueda ser objetivamente verificable, y que la conclusión que se estime como razonable no aparezca absurda respecto de las circunstancias de la causa, extremo éste demostrativo de un ejercicio arbitrario de aquellas potestades. La exigencia de fundamentación de la pena impone al a quo el examen de las condiciones mencionadas en los arts. 40 y 41 del C.P., de manera que pueda apreciarse de qué modo ellas trascienden al juicio sobre la mayor o menor peligrosidad del condenado y, en definitiva, inciden en la medida de la pena. Cuando ello no ocurre, el ejercicio de aquellas facultades resulta arbitrario y genera la nulidad de la sentencia, porque impide su control.

Asimismo, debe recordarse al respecto que la potestad discrecional del tribunal para determinar la pena incluye la facultad de seleccionar, entre todas las circunstancias del caso, aquellas que se entienden jurídicamente más relevantes a estos fines, lo que implica, lógicamente, la posibilidad de dejar de lado aquellas otras que, a criterio del juzgador, no gozan de entidad suficiente para ser destacadas. Así, mientras la selección de circunstancias agravantes y atenuantes luzca razonable, desde que las

circunstancias omitidas no gozan de una relevancia evidentemente mayor que aquellas otras tenidas en cuenta, el ejercicio discrecional de esta potestad no resulta arbitrario.

De ello se colige, que el Tribunal se encuentra autorizado para considerar -dentro de un margen de razonabilidad- que una circunstancia determinada no tiene entidad suficiente o tiene escasa entidad, ya sea como atenuante o como agravante.

Y es que, las circunstancias de mensuración de la pena no computan per se de manera agravante o atenuante, ni se encuentran preestablecidas como tales, sino que la previsión del artículo 41 CP es "abierta" y por ello permite que sea el Juzgador quien oriente su sentido según el caso concreto (ZIFFER, Patricia, "Lineamientos de la determinación de la pena", Ad-Hoc, 2º ed., Bs. As., 2005, ps. 100/101; DE LA RÚA, Jorge, "Código Penal Argentino - Parte General", Depalma, Bs.As., 1997, ps. 698 y 705/706; TSJ).

En el presente, constato que el Juzgador ha ponderado a favor del acusado la ausencia de antecedentes penales.

Por otra parte, considero que la denuncia de fundamentación omisiva respecto a ciertas circunstancias que la defensa considera atenuantes (el informe socio ambiental y la confesión del imputado), debe ser rechazada.

Es que, si bien es cierto que el Tribunal no las valoró al momento de individualizar el monto de la sanción aplicada a González, no es menos cierto, que tal omisión sólo nulifica el decisorio si reviste valor decisivo. Ello no sucede en el presente caso, toda vez que el recurrente no procura demostrar -ni se advierte, en tanto que las referidas circunstancias no aparecen necesariamente vinculadas a un menor grado de culpabilidad, injusto o peligrosidad- cuál sería el valor dirimente de las consideraciones de las pautas referidas en la determinación de la pena a imponer.

Corte de Justicia de Catamarca

Por otra parte, observo que, en el caso, el Informe Socio Ambiental (fs. 97/98) nada aporta, en tanto los datos suministrados fueron brindados por el propio imputado y su grupo familiar, es decir, no surge de lo allí constatado, el concepto que tienen del imputado sus amigos o vecinos. Por ello, tal consideración debe ser valorada dentro del límite del hecho mismo y, en el caso, se trata de una conducta de violencia sexual cometida por el imputado al amparo de la soledad, fuera de la vista de sus vecinos, quienes por el desconocimiento de este modo de actuar pueden considerar correcto su comportamiento. De lo que se colige, que no cabe atender el reclamo por no valorar como circunstancia atenuante el informe socio-ambiental del imputado.

Dicho ello, cabe señalar que, analizadas las constancias de la causa, no se advierte, ni el recurrente ha logrado acreditar en esta instancia, la existencia de alguna otra circunstancia a favor del acusado que pueda considerarse arbitrariamente omitida, como tampoco, que la defensa haya solicitado oportunamente –al momento de alegar- su concreta ponderación.

En consecuencia, no puede considerarse omitida una cuestión que no fue introducida por aquél, máxime cuanto no surge de los argumentos que invoca en sustento de su agravio el carácter dirimente de las cuestiones cuyo análisis pretende.

Por otro lado, considero que las circunstancias agravantes valoradas por el Tribunal de juicio, son de suficiente peso para justificar la selección del monto de pena que corresponde como sanción a González –la gran diferencia etaria existente entre el acusado (55 años) y la menor víctima (5 años), la traición a la confianza que la progenitora de la niña y su familia habían depositado en él, la actitud del acusado de intentar eludir su responsabilidad y entorpecer la investigación procurando borrar todos los registros de la computadora-.

En cuanto al agravio vinculado a denunciar doble valoración, adelanto que lo alegado por el recurrente no resulta procedente. En tal sentido, cabe recordar que, una circunstancia fáctica prevista normativamente para agravar la escala penal no puede valorarse doblemente, es decir, como calificante en el tipo penal y como agravante en la individualización judicial.

Ello obedece a que su consideración más gravosa ya fue motivo de valoración por parte del legislador a los efectos de la estructuración del respectivo tipo penal, y por ende, cometido el delito, su nueva selección por el juzgador a la hora de acrecentar la sanción importa una vulneración de la prohibición de la doble valoración, comprendida actualmente como un aspecto de la garantía del non bis in ídem.

Sin embargo, también debe aclararse que no debe confundirse duplicar la misma circunstancia ponderada ya por el legislador con la consideración de la modalidad comisiva en el caso concreto.

Sobre el punto, cabe considerar que, si bien es cierto, que el tipo en cuestión -abuso sexual con acceso carnal calificado por la guarda - contiene el elemento fáctico “edad” -persona menor de 13 años-, en estos supuestos, cuando el juzgador pondera la mayor o menor edad del víctima, no se infringe la prohibición de la doble valoración, toda vez que, se trata de un factor graduable o ajustable que, como tal, encierra un disvalor que bien puede ser sopesado y que, por ende, puede ser utilizado para la individualización de la pena como circunstancia agravante.

Desde la señalada perspectiva, esa mayor vulnerabilidad de la niña fue valorada por el Tribunal, en tanto consideró la existencia de una importante asimetría entre la edad del imputado (55 años) y la de A. P. P. (5 años). En tal sentido, además, cabe poner de resalto, que en el presente caso nos encontramos ante una víctima doblemente vulnerable, por su corta edad y por ser mujer.

Corte de Justicia de Catamarca

Consecuentemente con lo expuesto, entiendo que en modo alguno se ha vulnerado en la presente causa el principio de doble valoración, al haber sido consideradas dichas circunstancias a fin de cuantificar la pena impuesta al imputado. Es más, al proceder de este modo, no se ha hecho otra cosa que cumplir con la consideración de pautas mencionadas por la ley penal a esos efectos (art. 41 CP).

Establecido ello, en sentido contrario al afirmado por el impugnante, tampoco constato en los fundamentos de la sentencia recurrida que el Tribunal haya considerado al momento de calificar el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda –al tratar la Segunda Cuestión–, la actitud asumida por el acusado. Por lo que la invocada vulneración al principio de doble valoración no resulta procedente.

No obstante, observo que, ese proceder gravitante -basado en que, luego de cometer los hechos, al ser descubierto y reprochado por su compañero de trabajo Rearte, intentó borrar todo registro de la computadora-, ha sido correctamente valorado por el Juzgador al momento de decidir el monto de pena impuesto a González. Por lo que el agravio carece de sustento.

Con relación a la confesión –como reconocimiento del hecho y su arrepentimiento en los momentos finales del juicio–, cuando sólo es una expresión en palabras en el contexto de un proceso, no necesariamente debe tener incidencia en la determinación de la pena. Ello así, pues “aquello que el imputado diga durante una declaración en juicio de poco puede servir para conocer si realmente está arrepentido o si sólo está asustado. Esto en nada interesa. Solo puede interesar aquello que efectivamente haga, o se comprometa a hacer, con relación al daño, y éste es el único aspecto al que puede dársele alguna trascendencia para atenuar la pena” (Ziffer, Patricia S., “Lineamientos en la determinación de la pena”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2005, p. 175 y TSJ de Córdoba, Sala Penal, “Gómez”, S. n° 52, 01/04/2011; “Reyes”, S. n° 02,

12/02/2010; "Barrera", S. n° 154, 10/06/2010 y "Barrera", S. n° 303, 13/11/2009).

Por otra parte, considero que el cúmulo de circunstancias agravantes valoradas por el Tribunal de la instancia anterior en contra del acusado, son de suficiente peso para justificar la selección del monto de pena que corresponde como sanción para el acusado de mención.

Consecuentemente, la pena decidida no se exhibe como un desajuste de las reglas de los arts. 40 y 41 en relación con la escala penal de los delitos atribuidos, a tenor de la gravedad de los hechos, tal como han quedado acreditados, y el grado de culpabilidad del agente en relación con aquellos. En tal sentido, la pena de 18 años de prisión efectiva dispuesta por el Tribunal de Sentencia no resulta excesiva ni arbitraria; máxime si se considera que los delitos endilgados tienen una escala que va de 8 a 29 años y cuatro meses de prisión y que, en el caso, la pena decidida ha sido idéntica a la solicitada el Ministerio Público Fiscal.

Sobre el punto, observo que, el impugnante no denuncia que la individualización de la pena salga de la escala penal aplicable para los hechos de la condena. Tampoco constato la existencia de un ejercicio arbitrario de las potestades discrecionales del Tribunal de juicio, ni que, la pena atribuida resulte desproporcionada respecto del contenido del injusto de los hechos, en tanto la misma ha sido impuesta dentro de los márgenes de la escala penal aplicable; además, contiene fundamento suficiente con base en las constancias de la causa, razones que no privan al fallo de validez.

En efecto, el recurrente no demuestra el desacierto de lo decidido. Y es que, con los argumentos que esgrime, no logra evidenciar el error que denuncia en la motivación de la pena cuestionada, ni que la misma haya sido dispuesta fuera de los márgenes previstos por la escala del tipo delictivo que se le atribuye a Miguel Walter González (arts. 119, tercer párrafo en función del cuarto párrafo, inc. b), último supuesto; 128, primer párrafo en

Corte de Justicia de Catamarca

función del quinto párrafo; 128, segundo párrafo en función del quinto párrafo, 55 y 45 del CP).

Por otra parte, constato otras razones para convalidar la decisión impugnada. Ello es así, en razón de que, nos encontramos ante un típico caso de violencia de género que tiene como víctima a una niña.

Ello, impone considerar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscripta en Belém do Pará, República Federativa del Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobada por Ley del Congreso N° 24.632, el 13 de marzo de 1996.

De lo anterior se extrae, que todo hecho de violencia dirigido contra la mujer debe ser ineludiblemente considerado teniendo en cuenta las obligaciones asumidas por el Estado argentino, bajo pena de hacer incurrir al mismo en responsabilidad internacional, no resultando necesario que la cuestión de género se encuentre introducida en la causa, ya que tanto la Convención de Belém do Pará como la Ley N° 26.485 y su decreto reglamentario y el art. 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20/11/1989 -Ley 23.849– Sancionadas 27/09/1990, promulgada el 16/10/1990, publicada B.O. 22/10/1990) imponen a los magistrados analizar la cuestión que le fuere sometida a la luz del resguardo de la integridad física, psíquica y sexual de la víctima, no permitiendo que la violencia que ha sufrido beneficie a su agresor (art. 75 inc. 22 CN), siempre con la óptica de priorizar el interés superior del niño.

Por ello, considerando que es mujer y menor de edad la víctima (5 años) del hecho constitutivo de los actos de violencia sexual de que se trata en las presentes, la resolución impugnada en lo que al punto se refiere,

resulta ajustada a Derecho por expresar conformidad con la normativa penal vigente, con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en la Convención sobre los Derechos del Niño -aplicable al caso dada la edad de la víctima-, de arbitrar todos los medios para proteger a los niños contra toda forma de perjuicio o abuso, incluido el sexual y con la con la debida diligencia comprometida por el Estado argentino ante la comunidad internacional para la prevención, sanción y erradicación de toda forma de violencia en contra de la mujer (Convención de Belem do Pará). Por ende, el agravio invocado debe ser rechazado, en tanto carece de la significancia que la parte recurrente parece atribuirle.

Del análisis que antecede, reitero, no advierto que la pena decidida importe un desajuste de las reglas de los arts. 40 y 41 en relación con a la escala penal de los delitos atribuidos, a tenor de la gravedad de los hechos acreditados, y del grado de culpabilidad del agente en relación con aquellos.

En consecuencia, considero que los argumentos postulados por la defensa devienen insuficientes a los fines de la pretendida modificación de la pena impuesta en la sentencia.

Por lo expuesto, propongo que el recurso debe ser rechazado y la sentencia confirmada, en todo lo que fue motivo de agravios. Con costas. Téngase presente la reserva del caso federal. Así voto.

A la Tercera cuestión, la Dra. Rosales dijo:

Me adhiero a la solución propugnada por el Sr. Ministro preopinante y voto en igual sentido.

A la Tercera cuestión, el Dr. Martel dijo:

El Dr. Figueroa da las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Tercera cuestión, la Dra. Gómez dijo:

Corte de Justicia de Catamarca

Entiendo acertados los motivos expuestos por el Sr. Ministro, emisor del primer voto; por ello me adhiero al mismo y doy el mío en igual sentido.

A la Tercera cuestión, el Dr. Cippitelli dijo:

El Dr. Figueroa esgrime las razones necesarias que deciden la presente cuestión. Adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Tercera cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

El Sr. Ministro, Dr. Figueroa Vicario, plantea los motivos que deciden correctamente la presente cuestión y por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Tercera cuestión, el Dr. Martoccia dijo:

Llamado a votar en séptimo término, conforme al proveído obrante a f. 22, diré que comparto la relación de causa como así también la conclusión a la que arriba el voto inaugural del Sr. Ministro, Dr. Carlos Miguel Figueroa Vicario, y considero oportuno agregar en la presente las siguientes consideraciones: El arrepentimiento y eventual pedido de disculpas hacia las víctima es, en principio, inexpresiva pues aceptar lisa y llanamente que todo aquel que confiese un hecho podría beneficiarse siempre con una pena menor, constituiría un peligro para su garantía constitucional de prohibición de declarar contra sí mismo –art. 18 CN- ya que indirectamente implicaría coartar su libertad y lograr eventualmente su confesión esperando en obtener aquella morigeración, ahora bien, excepcionalmente podría valorarse como una pauta atenuante, si de acuerdo a las circunstancias del caso particular, tal manifestación, oportuna y libremente formulada, responde a una sincera muestra de arrepentimiento del ilícito cometido, su colaboración en el esclarecimiento del hecho y su voluntad superadora de enmendar -en la medida de lo posible- el mismo o sus secuelas, como primer paso hacia el camino de su resocialización, sin embargo, este no es el caso. Todo lo contrario, no conmovió

al Tribunal de juicio sino que abatido por la abrumadora carga probatoria en su contra terminó reconociendo los hechos.-----

Por los resultados del acuerdo que antecede y por unanimidad, la CORTE DE JUSTICIA DE CATAMARCA,

RESUELVE:

1º) Declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por Miguel Walter González, con la asistencia técnica del Defensor Penal de Sexta Nominación, Dr. Estanislao Reinoso Gandini, en contra de la sentencia n° 44/21 dictada por la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación.

2º) No hacer lugar al recurso interpuesto y confirmar el fallo impugnado.

3º) Sin costas (arts. 536 y 537 del C.P.P.).

4º) Protocolícese, hágase saber y, oportunamente, bajen estos obrados a origen, a sus efectos.

FIRMADO: Dres. Carlos Miguel Figueroa Vicario -Presidente-, José Ricardo Cáceres, Fabiana Edith Gómez, Luis Raúl Cippitelli, Néstor Hernán Martel, María Fernanda Rosales Andreotti y Silvio Martoccia s/l. **ANTE MI:** Dra. María Fernanda Vian -Secretaria- **ES COPIA FIEL** de la sentencia original que se protocoliza en la Secretaría a mi cargo. Doy fe.