

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-04218753-9/1((010505-107823))
FC/ GONZALEZ DI PAOLA FERNANDO JESUS P/ ABUSO SEXUAL
AGRAV. "COMPULSA EN AUTOS P-107758/16.." (107823) P/
RECURSO EXT.DE CASACIÓN



En Mendoza, a los diecinueve días del mes de junio del año dos mil dieciocho, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04218753-9, caratulada “**F.C/GONZÁLEZ DI PAOLA FERNANDO JESÚS S/CASACIÓN**”

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. **JOSÉ V. VALERIO**, segundo, Dr. **MARIO D. ADARO** y tercero, Dr. **OMAR A. PALERMO**.

La defensa de Fernando Jesús González Di Paola a fs. 242/246, interpone recurso de casación contra la sentencia N° 4.847, de fecha 04 de julio de 2.017, obrante a fs. 229 y vta. y sus fundamentos de fs. 230/237, en tanto condena al nombrado a la pena de doce años de prisión como autor de los delitos de abuso sexual agravado por acceso carnal por vía vaginal en un número indeterminado de hechos, todos en concurso real; en concurso real con tentativa de abuso sexual agravada por acceso carnal por vía anal, dos hechos en concurso real todos ellos doblemente agravados por el vínculo y el aprovechamiento de la situación de convivencia con menor de dieciocho años (art. 119 3° párrafo, en función con el 119 cuarto párrafo ap. B y f, 55, 42, 44 primer párrafo, 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo ap. B y f, 55, 12 y 29 inc. tercero del CP.).

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por Sala Unipersonal N° 3 de la Quinta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P 107.823/16.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

La sentencia puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del presente recurso, establece que «[...] *a partir de junio de 2016 y hasta que fuera denunciado el imputado en octubre del mismo año, en el interior del domicilio colindante al ubicado sobre Ruta Provincial 52 a la altura municipal 1500 de Uspallata-Las Heras, Fernando Jesús González Di Paola, abusó con violencia de su hermana menor Dámaris Alejandra Di Paola, de 14 años de edad, penetrándola por la vagina en forma reiterada. Estos hechos se repitieron en más de una ocasión, casi a diario durante esos meses en el domicilio señalado, aprovechando el incuso para cometerlos, la situación de convivencia que tenía con la menor, causando temor en el misma durante y luego de los hechos cometidos por éste, debido a la fuerza que Fernando Jesús González Di Paola empleó sobre ella actuando contra su voluntad. Asimismo en dos oportunidades en el mismo lugar y dentro del mismo lapso de tiempo, intentó accederla analmente por la fuerza, no lográndolo por la resistencia y las advertencias de gritar hechas por la víctima Dámaris Alejandra Di Paola*».

Para así decidir el Tribunal de sentencia valoró: la declaración testimonial de Dámaris Alejandra Di Paola prestada en Cámara Gesell; la declaración testimonial de Emilce Soledad Miranda; la testimonial de Paula Georgina González; la declaración testimonial de Daniela Alejandra Di Paola; la declaración testimonial de Juan Mandrola; la testimonial de la Dra. Graciela García; la testimonial de la Licenciada Rivero; y el resto de la prueba instrumental debidamente incorporada.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

2.- El recurso de casación

El defensor técnico promueve su impugnación a tenor de las disposiciones del art. 474 inc. 1 del CPP, toda vez que considera que existen vicios en el acto sentencial que cuestiona. Así, formula agravios en base a los siguientes puntos:

a) Entiende que el *a quo* ha interpretado erróneamente los arts. 40 y 41 del Código Penal al llevar a cabo la individualización de la pena en la sentencia, imponiendo una pena que en su monto resulta excesiva y contraria a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Refiere que se aplicó a su asistido la pena de doce años de prisión, penalidad que se aparta del mínimo de la escala legal aplicable y del principio de razonabilidad, resultando injustificada en su cuantía.

b) Señala que en una etapa procesal anterior se propuso al condenado la aceptación de una pena de efectivo cumplimiento de ocho años de prisión. Considera que desde el punto de vista del órgano persecutorio se estimó ese monto como el que se ajustaba a las pautas legales de determinación de la pena. Agrega que en el debate no se produjeron elementos de convicción que justificasen el aumento de la pena a la luz de los parámetros enumerados por el art. 41 del Código Penal.

Expresa que el Tribunal no explicó las razones que lo llevaron a imponer la pena de doce años de prisión cuando tres meses antes el Ministerio Público Fiscal había solicitado una pena inferior. Considera que tal cuestión no debió ser obviada en los fundamentos.

Manifiesta que el juez sólo brindó las razones por las que entendió que la pena de doce años de prisión resulta adecuada al caso en función de los parámetros de los arts. 40 y 41 del CP, pero no justifica el apartamiento de la pena propuesta en el contexto de juicio abreviado.

Añade que el sistema incurrió en una contradicción ya que consideró que la pena a aplicar debía ser cuatro años superior a la originalmente prevista y al imponerla se vulneró el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

c) Manifiesta que debe tenerse presente al momento de fijar el monto de la pena la posibilidad de los condenados para acceder a los beneficios previstos por la ley penitenciaria, acceso que se encuentra notablemente restringido en supuestos delictivos como el de la condena recurrida y desde este punto de vista también la pena le resulta contraria a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Así, entiende que la pena no tendrá la finalidad de readaptación social sino que será pura retribución.

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 254/256 se encuentra agregado el dictamen emitido por el Sr. Procurador General. Examina el agravio promovido y señala que el recurso no resulta sustancialmente procedente debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Refiere que el *a quo* no se limita a una mera referencia a las pautas del art. 40 y 41 del CP, sino que analiza en forma particular la situación del condenado.

Valora la modalidad del hecho y la extensión del daño sin encontrar atenuantes, teniendo en cuenta que la víctima era su hermana a quien debía cuidar y proteger. Entiende que resulta válida la referencia a la superioridad física de la niña que aumentó las posibilidades de afectación del bien jurídico protegido. En relación a la extensión del daño entiende que debe tenerse en consideración que la joven perdió la escolaridad, tuvo intentos de suicidio y no puede vivir en su casa ante la perturbación de recordar lo allí acontecido.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Agrega que la mención a la pena que se impondría en una etapa anterior ya precluida no puede tomarse en consideración puesto que el fiscal no era el mismo que estuvo presente en el debate y pudo observar y valerse de otros elementos que en virtud de la inmediación le permitieron evaluar la pena a solicitar.

Que en atención a la gravedad del delito perpetrado y la fundamentación de la pena impuesta la misma no aparece como desproporcionada por lo que corresponde rechazar los agravios defensivos.

4.- La solución

Por diversos motivos entiendo que el recurso de casación promovido por la defensa del acusado no puede prosperar, en atención a los motivos que a continuación paso a explicar.

En primer término conviene recordar que en la presente causa se condenó a Fernando Jesús González Di Paola, como autor de los delitos de abuso sexual agravado por acceso carnal por vía vaginal en un número indeterminado de hechos, todos en concurso real; en concurso real con tentativa de abuso sexual agravada por acceso carnal por vía anal, dos hechos en concurso real todos ellos doblemente agravados por el vínculo y el aprovechamiento de la situación de convivencia con menor de dieciocho años.

En relación a la penalidad aplicada, el *a quo* consideró adecuado imponer doce años de prisión por las siguientes razones:

- a) El daño causado a la víctima, a quien el imputado debía cuidar y proteger.
- b) La situación de desprotección en que se encontraba la adolescente al momento de los hechos, puesto que no había persona presente en la vivienda que la auxiliase.
- c) La superioridad física del imputado.

d) El grave daño en la *psiquis* de la víctima, que a raíz del hecho no puede vivir en su casa por no soportar el recuerdo de lo vivido; los intentos de suicidio que tuvo; y la pérdida de la escolaridad sufrida.

e) La cantidad de ataques sexuales perpetrados casi a diario.

A su vez sostuvo que no encontró atenuantes que meritar en torno a la individualización de la pena.

Puesto a resolver los cuestionamientos formulados en torno a la imposición de la pena, tal como anticipé, considero que corresponde su rechazo.

i) Acerca de la falta de justificación del apartamiento de la pena convenida en el marco del juicio abreviado

Cuestiona el defensor que en la sentencia no se haya explicado el apartamiento del mínimo de la escala penal, teniendo en consideración que en la etapa de investigación penal preparatoria fue ese el monto de la pena solicitado y acordado con el representante del Ministerio Público Fiscal para requerir juicio abreviado inicial.

En primer lugar, el acuerdo señalado por el defensor, conforme se desprende de las constancias de la causa, entiendo que resulta aquel documentado a fs. 157 y 159. De su lectura se desprende que éste no fue ratificado por el imputado, de modo tal que el acuerdo referido no existió y por ello la prohibición de imponer una pena más grave que la solicitada por el Fiscal no rige a tenor de lo dispuesto por el art. 359 del CPP.

En segundo lugar, considero que el Fiscal de Cámara en razón de las características propias del plenario –inmediación, publicidad y concentración– estuvo en condiciones de apreciar los elementos de convicción válidamente incorporados y, en base a ello, solicitó la pena de doce años de prisión señalando los motivos que lo llevaron a peticionarla (ver fs. 228)

En tercer lugar, entiendo que en atención a la estructura del

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

ordenamiento procesal que nos rige, no resulta competencia del Tribunal de juicio controlar el cumplimiento de los requisitos relativos al cierre de la instrucción, sino alcanzar la convicción en actos jurisdiccionales de su propia competencia, cual es dictar sentencia definitiva resolviendo la situación del imputado. En este sentido es que entiendo que no corresponde al sentenciante explicar los motivos por los cuales se aparta de la pena que se hubiese aplicado en la etapa de la investigación penal preparatoria de haberse llegado a un acuerdo en el marco de un juicio abreviado inicial.

ii) Establecido ello, y conforme he señalado, los criterios establecidos en el art. 41 del CP, son lineamientos que el juez debe seguir para establecer la pena que considere adecuada al injusto penal.

De la lectura de la sentencia entiendo que el *a quo* ha determinado al momento de aplicar pena, los criterios del art. 41 del CP. en los que se basa su decisión y la interpretación que se otorgó, por lo que los principios de legalidad y defensa en juicio se han cumplido.

Al respecto corresponde señalar que en el recurso el presentante se limita a cuestionar el apartamiento del mínimo de la escala penal conminada para el delito por el que González Di Paola resultó condenado, con base en que en una etapa procesal anterior el representante del Ministerio Público Fiscal habría acordado un monto igual al mínimo de la pena. Sin embargo, no brinda a este Tribunal detalle sobre las circunstancias atenuantes no fueron valoradas o fueron mal ponderadas.

Contrariamente, considero que la sentencia se muestra suficientemente fundada dando cumplimiento estricto al principio de legalidad. De tal manera y como se señaló precedentemente el juez valoró al efecto el daño infringido a la víctima, resaltando al efecto los intentos de suicidio de la víctima, la pérdida de la escolaridad, la imposibilidad de volver a residir en su casa, como también la superioridad física del agresor y la cantidad de ataques sexuales

sufridos.

Tal ponderación ha resultado, a mi criterio, acertada y debe considerarse motivo suficiente para apartarse del mínimo de la escala penal aplicable por lo que, y a diferencia de lo sostenido por el recurrente, no encuentro vulnerados en el caso concreto los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En virtud de lo expuesto, entiendo que la pena individualizada resulta ajustada a derecho, por lo que el recurso de casación promovido no puede ser acogido favorablemente y, en opinión concordante con el Sr. Procurador General corresponde confirmar la sentencia cuestionada.

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión el Dr. MARIO D.ADARO adhiere por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión el Dr. MARIO D.ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 242/246 por la defensa de Fernando Jesús González Di Paola.

2.- Tener presente la reserva federal formulada.

3.- Oportunamente, remítanse las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro

DR. MARIO D. ADARO
Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de Junio de 2018.