

### Dictamen del Procurador General, Expte. N.º P 133.820-2 “G., C. G. s/Recurso de queja en causa N.º 88.937 del Tribunal de Casación Penal, Sala III”

**FECHA** | 14 de septiembre de 2021

**ANTECEDENTES** | La Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 23 de abril de 2019, rechazó el recurso interpuesto por la defensa contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N.º 3 del Departamento Judicial San Martín que -mediante juicio por jurados condenó a C. G. G. a treinta (30) años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple reiterado, agravado por ser su autor encargado de la guarda y por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con la misma -cuatro hechos en concurso real- (hechos 1 y 2); abuso sexual con acceso carnal reiterado, agravado por ser su autor encargado de la guarda y por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con la misma (hecho 3 -dos sucesos en concurso real- y hecho 6); abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de realización, reiterado, agravado por ser su autor encargado de la guarda y por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con la misma (hecho 4 -dos sucesos en concurso real-); abuso sexual con acceso carnal vía oral, reiterado, agravado por ser su autor encargado de la guarda y por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con la misma (hecho 5 -dos sucesos en concurso real-); y corrupción de menores agravada por haber mediado violencia sobre la víctima, amenazas, y por resultar su autor conviviente y encargado de la guarda -hecho 7-, el que concurre en forma ideal con los anteriores .

Contra ese pronunciamiento interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación, el cual fue declarado inadmisibile por el mencionado órgano jurisdiccional. Ante ello, la defensa dedujo queja ante esa Corte, la que fue admitida y concedió la vía extraordinaria articulada por la defensa.

**CURSO LEGAL PROPUESTO** | El Procurador General en intervención que le cupo de conformidad a la vista conferida, estimó que la Suprema Corte de Justicia debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido a favor de C. G. G.

**SUMARIOS** | **Queja. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Discrepancia del recurrente.** El recurrente no logra poner de manifiesto que la resolución del *a quo* padezca de defectos

tales como para evidenciar ni la errónea aplicación de la ley, ni la arbitrariedad, ni la violación a los principios constitucionales que invoca.

El impugnante nuevamente reedita las mismas objeciones que fueran llevadas sobre dicho extremo ante el intermedio, sin rebatir lo efectivamente decidido, técnica que de por sí resulta ineficaz para revertir, en esta instancia extraordinaria, lo dispuesto en la resolución objeto de la deficitaria crítica (art. 495, CPP; en ese sentido se expidió esa Suprema Corte en causa P. 130.376, sent. de 20/2/2019).

**Extensión del daño causado.** Las secuelas psíquicas y físicas provocadas en la víctima como consecuencia del delito (las cuales impactarán en su proceso de crecimiento y desarrollo), lógicamente resultan subsumibles como agravante de la pena en el parámetro de extensión del daño causado, de conformidad con el contenido del artículo 41 inciso 1º del Código Penal, pues constituyen una consecuencia extra-típica reprochable al autor de los ilícitos, pues encuentra amparo tanto objetiva como subjetivamente en el sub examine (cfr. dictamen de esta Procuración General en causa P 133.821, de 26/4/2021).

**Reformatio in pejus – Alcance.** Tiene dicho la Suprema Corte, en relación a la actividad que despliegan los órganos de alzada, que *“Tal proceder no merece objeción pues su tarea revisora no la obliga a revocar una decisión que estima correcta de acuerdo a los hechos y al derecho, simplemente porque no coincida en alguno de los fundamentos formulados en la sentencia primigenia. En tal sentido ha dicho esta Suprema Corte que “...el tribunal revisor puede confirmar la condena, pero partiendo de una interpretación legal distinta a la sostenida en el fallo confirmado (v. causa P. 105.521, sent. de 5-V-2010)”* (cfr. causa 123.436, sent. 13 de junio de 2018; en idéntico sentido P. 119.048, sent. del 26 de octubre de 2016).

**Arbitrariedad.** No se aprecia que el fallo en crisis padeciera de algún vicio que, bajo el prisma de la pretoriana jurisprudencia del Máximo Tribunal federal, encasille en el elenco de supuestos que se incluyen en aquella.

En tal sentido, el objeto de aquella doctrina *“...no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado”* (CSJN Fallos: 310:234; conf. causas P. 101.193, sent. de 2-5-2009; P. 106.496, sent. de 14-4-2010; P. 105.807, resol. de 12-10-2011; entre muchas otras).

**Abuso sexual. Pena. Determinación. No utilización de profilaxis.** El recurrente no demuestra porqué un peligro abstracto -como sería el riesgo de transmitir enfermedades, a pesar de que el sujeto activo no porte alguna- desde una perspectiva ex ante (por ser potencialmente apto) no podría quedar abarcado como una agravante genérica producto de la modalidad en la ejecución del hecho desde que la misma se presenta

como comunicativamente relevante en virtud del mandato prohibitivo supra citado, lo que devela su mera opinión contraria sobre el proceder sentencial en la interpretación y aplicación de la ley sustantiva (cfr. art. 41 del CP; *mutatis mutandi*, causas P. 115.447, sent. del 26 de junio de 2013 -voto del Dr. Soria- y P. 133.248, sent. del 12/5/2021; en sentido coincidente se expidió la Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, causa n.º 8.873 caratulada “Cabaña, Víctor Germán s/recurso de casación”, sent. del 26/05/06, votos de los Dres. Madueño y Bisordi).

**Principio *ne bis in idem*.** La afectación al principio *ne bis in idem* (para el caso, prohibición de doble juzgamiento negativo -en palabras del recurrente-), no fue aperturado en el juicio de admisibilidad que realizó esa Corte al resolver la queja. Pese a ello, es la propia defensa quien no logra demostrar que tal pauta dosificadora de la pena está incluida en el tipo penal. Media insuficiencia (art. 495, CPP).

**Doble instancia. Normativa supranacional.** El tratamiento brindado a los cuestionamientos llevados a la instancia intermedia, no constituye una infracción a la revisión de la sentencia de condena en los términos de la normativa supranacional que cita el recurrente (arts. 8.2 “h”, CADH y 14.5, PIDCP), ello en tanto el tribunal revisor dio adecuada respuesta acomodando su tarea revisora a los parámetros mencionados.

**Penal. Graduación.** Las afectaciones a los principios de proporcionalidad y culpabilidad han quedado huérfanas de fundamentos, en tanto la alegada desproporcionalidad de la pena impuesta a su asistido se basaba en que las agravantes eran infundadas. En consecuencia, al no haberse propiciado el acogimiento de los planteos principales, el subsidiario decae.