



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123567-1

"S., C. M.o s/ recurso extraordinario
de nulidad" y acum. P. 124.603
"ALTUVE, Carlos Arturo
-Fiscal- s/ Recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Tercera del Tribunal de Casación Penal, declaró procedente el recurso interpuesto por la defensa contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° I de Tandil que había condenado a C. M. S. a la pena de catorce años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual reiterado con acceso carnal agravado. En consecuencia, casó el fallo impugnado y condenó al nombrado a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, como autor responsable del delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido por el guardador, aprovechándose de la situación de convivencia preexistente (fs. 357/366 vta.).

II. Contra esta decisión, el Defensor ante el Tribunal de Casación interpuso recurso extraordinario de nulidad (P. 123.567, fs. 393/396 vta.) y el Fiscal ante esa instancia articuló recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (P. 124.603, fs. 400/405).

II.a. En el recurso extraordinario de nulidad deducido la defensa oficial sostuvo que la decisión atacada resultaba nula, pues no se expidió sobre una cuestión esencial planteada por el Defensor Adjunto ante la instancia precedente, referida a la excesiva duración del

proceso como circunstancia atenuante sobreviniente, con base en lo dispuesto en el art. 8.1 de la CADH.

Destaca que el propio tribunal a quo reconoció la existencia del planteo y no haber incorporado el escrito que lo portaba al expediente, no obstante lo cual no se expidió sobre la cuestión, incurriendo en un motivo de nulidad en los términos de los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial.

II.b. En el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal denunció, en primer lugar, la arbitrariedad del fallo por contener términos contradictorios en su fundamentación y por carecer de fundamentación.

Así, indicó que el voto que se impusiera en casación consideró que los abusos se encontraban acreditados con el relato de la víctima, el cual fue corroborado con otros elementos probatorios (citando el testimonio de la abuela de la menor, los dichos de la licenciada Venanzo y el informe psicológico de Adolfo Loreal) y a renglón seguido, se contradujo con aquellos argumentos al señalar que no podía tenerse por debidamente probado el acceso carnal con base en ese mismo testimonio y sin un soporte en prueba pericial médica.

Por otra parte, denunció la falta de motivación del resolutorio en este punto, indicando que el tribunal no descalificó en momento alguno el testimonio de la menor víctima, elemento de prueba central en los hechos que impliquen violencia sexual, exigiendo una prueba



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123567-1

tasada para tener por acreditados los accesos carnales cuando, en la misma decisión, se relevaron las circunstancias que tornaban inútil la realización de una pericia ginecológica al momento de realizarse la denuncia.

En segundo lugar, denunció la inobservancia del art. 41 del CP, cuestionando la exclusión de dos agravantes sin la debida fundamentación.

Afirmó, en este sentido, que la edad de la víctima en el atentado contra la integridad sexual resultaba válidamente computable en el plano de la mensuración punitiva, aún cuando el tipo penal la contemple como elemento constitutivo, pues la edad concreta de la víctima pudo incidir en el concreto grado de disvalor del suceso y la culpabilidad del autor.

Por otra parte, indicó que la obliteración de la agravante "*violencia física desplegada hacia la menor y el resto de la familia*" contenía igual déficit de motivación, puesto que la casación consideró que la violencia se encontraba implícita en el delito de abuso sexual, cuando éste no fue el fundamento utilizado por el sentenciante, quien tuvo en miras la personalidad del imputado.

Finalmente, hizo expresa reserva del caso federal y solicitó se reestablezcan la calificación legal y la pena fijadas en origen.

III. Esa Suprema Corte concedió ambos remedios, remitiendo las actuaciones en vista a esta Procuración General (v. fs. 417/419).

IV. Sostendré el recurso extraordinario de

inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8 de la ley 14.442 y 487 CPP) pues considero, con el impugnante, que la decisión atacada es arbitraria.

En primer lugar, y en lo que respecta a las modificaciones introducidas a la materialidad ilícita, estimo que la contradicción interna -o autocontradicción- de la sentencia que denuncia el recurrente es patente.

En efecto, el propio texto de la sentencia atacada permite apreciar que el revisor tuvo por debidamente acreditada la existencia de los abusos sexuales atribuidos a C. S. con base en las declaraciones de la víctima, K. V. A. S., corroboradas por su abuela F. M. V., la asistente social Liliana Venanzi y la médica del tribunal de menores María Inés Luna (v. fs. 362), indicando respecto de aquel elemento central que *"destacaron los jueces cómo fueron de sólidas y categóricas las expresiones de K. que les permitieron despejar cualquier recelo o indredulidad sobre lo acaecido, analizando el relato desde los dos aspectos, intrínseco y extrínseco"* (363 vta.).

Luego, sin consignar argumento alguno para fundar ese aspecto de la decisión, indica que -sin perjuicio de lo expresamente manifestado por la víctima- el acceso carnal no pudo ser constatado, por falta del examen ginecológico específico (v. fs. 364).

La contradicción en la que incurre el sentenciante es evidente pues, en el marco de un régimen de libertad probatoria y de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123567-1

valoración conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 209 y 210 del CPP) no es posible afirmar -sin incurrir en ese vicio- que la declaración que se consideró creíble será considerada para tener por probados determinados extremos típicos -en el caso los sometimientos sexuales forzados- y descartada por "insuficiente" en lo que respecta a otros -los accesos carnales-.

Asiste así razón al recurrente cuando propone que la sentencia atacada sea descalificada como acto jurisdiccional válido, pues la contradicción interna hace que la sentencia, inconsecuente consigo misma, sea considerada "el paradigma de la arbitrariedad" (conforme la expresión de Carrió, tomada por Sagüés *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*. T 2, pág. 246), y así lo ha reconocido la Corte Suprema en numerosos pronunciamientos (sumo, a los citados por el recurrente, los de Fallos 261:263, 307:1092, 308:2264, 315:28 y 677).

En subsidio, y para el caso de considerar VVEE que la sentencia atacada no es contradictoria en los términos planteados por el recurrente, estimo que la decisión carece de una adecuada fundamentación pues, como indica el recurrente en el segundo de los apartados de su presentación, la necesidad de contar con una pericia médica ginecológica que confirme los dichos de la víctima respecto de la existencia de una serie de accesos carnales no viene impuesta por la ley, que por el contrario consagra un sistema de libertad probatoria, ni por las particularidades del caso, en el que la realización de ese estudio cuando la denunciante tenía 16 años de edad y ya había mantenido relaciones sexuales consentidas con otra persona

resultaba manifiestamente irrelevante.

En este contexto, la motivación del decisorio atacado resulta aparente, circunstancia que amerita también su descalificación como acto jurisdiccional válido.

También asiste razón al impugnante cuando denuncia la errónea aplicación del art. 41 del CP, cuestionando la exclusión de dos agravantes computadas en el pronunciamiento condenatorio de origen.

El art. 119 del CP establece un tope etario por debajo del cual se establece la ineficacia jurídica del consentimiento prestado por la víctima del abuso sexual, pauta legislativa que se funda en la falta de madurez del menor de 13 años de edad para entender el significado fisiológico y cultural del acto sexual (cfr. Donna, Edgardo A. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo I, 3a edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 522). Esta circunstancia a la que el legislador asigna relevancia típica difiere claramente de la consideración del particular estado de indefensión de una víctima que contaba al inicio de los abusos con siete años de edad, extremo considerado como agravante en el caso concreto (v. fs. 284 vta.).

Cabe señalar que el criterio del impugnante, que propone la reincorporación de la agravante, coincide con el adoptado por VVEE al expresar en un caso análogo al de autos que *"la corta edad de las víctimas al cometerse los primeros hechos... resulta un dato objetivo que, si bien se enmarca dentro del tipo penal del art. 119 inc. 1º del Código Penal ("Cuando la víctima fuera menor de doce años" -texto original según ley*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123567-1

11.179 ordenado por decreto 3992/1984-), ha sido meritado en lo particular como una arista especialmente disvaliosa del evento y merecedora, en la cuantificación de pena, de un plus gravoso que trasciende la genérica minoría de edad que califica la figura básica de violación" (P.63.333 sent. del 12/9/2001).

En la misma línea, y con expresa referencia a la figura calificada del art. 119 inc. "f" del CP, indicó esa Suprema Corte que nada obsta a que en el marco de la individualización de la pena, y de acuerdo con las circunstancias comprobadas se pueda valorar el estado de indefensión que surge de la corta edad de la víctima que trasciende la genérica minoría de edad que califica a la figura, en el marco de lo dispuesto por el art. 41 inc. 1º del código de fondo (P. 116.820, sent. del 24/9/2014).

Estas consideraciones son aplicables, también, a la consideración de la violencia ejercida en el caso contra la víctima y todo el grupo familiar pues, tratándose de una circunstancias graduable, es perfectamente admisible su consideración cuando el grado en el que se la ejerció excede ampliamente las exigencias del tipo calificado.

Por lo expuesto, sostengo el recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal de Casación y porpondré a esa Suprema Corte hacer lugar al mismo en todos sus términos.

V. Considero además, y sin perjuicio de lo expuesto al sostener el recurso de la acusadora, que el recurso de nulidad interpuesto por el Defensor de Casación debe ser atendido.

P-123567-1

Ello así toda vez que las constancias del legajo ponen en evidencia la expresa y oportuna formulación del planteo que la defensa denuncia omitido y que, en modo alguno, fue abordado por el tribunal intermedio en la decisión atacada.

En este sentido puede verse, a fs. 368/370, el escrito presentado por el Defensor Adjunto ante esa instancia en el que, sin notificarse de la sentencia dictada, hace saber que oportunamente había acompañado al expediente un escrito por el que había solicitado se computará como atenuante la excesiva duración del proceso, peticionando se resuelva en consecuencia. El 26 de mayo de 2014 el tribunal rechazó el pedido del defensor, argumentando que si bien le asistía razón al peticionante en torno a la existencia del escrito previo no incorporado al expediente, lo cierto era que su competencia para pronunciarse en el sentido pretendido se encontraba agotada, visto que excedía las previsiones del art. 109 del rito (fs. 377/378 vta.).

De tal forma, resulta evidente que ninguna consideración se formuló respecto de la cuestión mencionada, omitiendo así el tratamiento de una cuestión esencial, desde que la misma podría haber incidido directamente en la cuantificación de la sanción punitiva (art. 168 Constitución provincial). Cabe destacar, en este sentido, que conforme a lo consignado en el acta de fs. 118, el imputado de autos debería regresar al medio carcelario para cumplir-ante la eventual firmeza de la sentencia que le impusiera pena única- un período cercano a los tres meses de prisión,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123567-1

circunstancia que tornaba particularmente relevante la consideración de la circunstancia sobreviniente mencionada por la defensa.

Es claro entonces, que existió un planteo expreso de la defensa que, primero por un error material y luego por considerar que ya resultaba inoportuno, no fue abordado por el tribunal intermedio.

Por todo ello, y tal como lo ha dicho esa Suprema Corte en ocasiones anteriores, acierta el recurrente cuando denuncia omisión de tratamiento de una cuestión esencial pues, la petición de que la excesiva duración del proceso fuera considerada una circunstancia diminuyente de la pena, a remolque del carácter sobreviniente que se le otorgara, y el planteo no obtuvo ningún tipo de análisis por parte del Tribunal de Casación, cuando el eventual acogimiento de ese planteo podía conllevar a una disminución del monto punitivo, por lo que su tratamiento resultaba pertinente (conf. P. 119.473, sent. del 18/11/2015, P. 118.665, sent. del 9/3/2016).

Así entonces, estimo que se configura la transgresión normativa denunciada (art. 168 Constitución provincial), debiendo casarse el fallo dictado a nivel de la pena y devolverse las actuaciones para que jueces habilitados den tratamiento a la cuestión omitida y subsanen la violación constitucional en la que se incurrió.

VI. Por lo expuesto, aconsejo a esa Suprema Corte hacer lugar la recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal de Casación Penal y al recurso extraordinario de nulidad articulado por el Defensor ante esa sede, anulando la sentencia atacada y reenviando las

P-123567-1

actuaciones a esa instancia, para que jueces hábiles dicten una nueva sentencia ajustada a derecho.

Tales es mi dictamen,

La Plata, 6 de febrero de 2017.

JUAN ANTONIO DE OLIVERA
Substituto General
Supleniente de Justicia