



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

P-128808-1

"Altuve, Carlos Arturo -Fiscal-

s/ Recurso de queja"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala VI del Tribunal de Casación Penal hizo lugar parcialmente al remedio de la especialidad interpuesto por la defensa particular del imputado **O. A.** **A.** contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 2 de Dolores, que lo había condenado a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración, agravado por la situación de convivencia preexistente. En consecuencia, casó la decisión impugnada a nivel de la adecuación típica y la determinación de la pena, declarando que la calificación legal aplicable era la de abuso sexual agravado por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma y fijando la pena en cinco años de prisión, accesorias legales y costas (v. fs. 84/91).

II. Contra esa decisión el Fiscal de Casación articuló recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 94/98) el que fue declarado inadmisión por el tribunal intermedio (v. fs. 148/150). El fiscal dedujo la queja correspondiente (v. fs. 213/221), admitida por esa Suprema Corte, que decidió conceder el recurso regulado por el art. 494 del C.P.P. (v. fs. 225/228 vta.).

III. Denuncia el impugnante que el fallo en crisis resulta arbitrario, atento la falta de fundamentación en la que se incurriera al descartar la calificante contenida en

el art. 119 segundo párrafo del Código Penal

Aduce que la norma citada exige que se compruebe la existencia de un abuso sexual gravemente ultrajante para la víctima y que ello derive de las circunstancias de su realización o de su duración. Menciona que, respecto de este último extremo, la doctrina ha expresado que la prolongación en el tiempo puede referirse a que un acto dure más tiempo del normal o que se trate de una modalidad reiterada o continuada a través del tiempo.

Sostiene que resulta arbitraria la afirmación del tribunal intermedio relativa a que encontró una ausencia de desarrollo argumental por parte del órgano de juicio tendiente a sustentar que el espacio de tiempo que abarcó el comportamiento ilícito fue lo que irrogó a la damnificada el específico desmedro adicional que describe la modalidad agravada de la figura.

Manifiesta que, a contrario de lo expuesto, el tribunal de mérito había comprobado una extensa duración en el tiempo de los abusos cometidos (desde que la menor contaba con cinco años y hasta que cumpliera los trece), que configuraba en el caso concreto la calificante cuestionada, remitiéndose expresamente al desarrollo de la segunda cuestión del veredicto. Añade que de la materialidad ilícita descripta surge que la conducta del imputado implicó un sometimiento sexual gravemente ultrajante por su duración.

Estima que el órgano casatorio otorgó un fundamento aparente a la decisión de casar el pronunciamiento y afirma que, por ello, la decisión atacada resulta arbitraria, asentándose en afirmaciones dogmáticas que no encuentran sustento en las constancias comprobadas de autos. Ello, atento que la prolongación temporal que requiere la



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

P-128808-1

figura fue adecuadamente ponderada por el sentenciante de mérito, teniendo en cuenta que la conducta endilgada abarca ocho años de la vida de la niña.

Solicita, en definitiva, se encasille la conducta del imputado en los términos del fallo de primera instancia.

IV. Sostendré el recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8 y 14 de la ley 14.442 y 487 del Código Procesal Penal) pues considero, con el impugnante, que el tribunal intermedio ha inobservado, a través de una arbitraria fundamentación, lo dispuesto por el art. 119 segundo párrafo del Código Penal.

En efecto, el órgano casatorio sostuvo que *"...el fallo atacado adolece de falta de fundamentación en torno a que las prácticas abusivas implicaron 'por su duración' un padecimiento gravemente ultrajante para la víctima, siendo dable puntualizar que la provocación de dicho 'plus' de humillación no lo afirmaron los magistrados también en orden a 'las circunstancias de su realización' (cfr. fs. 25 y 38) (...) La duración extensa o el grado de prolongación temporal de un accionar penalmente atentatorio de la integridad o libertad sexual no basta per se y de forma general y abstracta para considerarlo inmerso en la figura agravada prescripta por el segundo párrafo del art. 119 del CP, ya que aquella circunstancia podría justificar, verbigracia, una mayor disposición punitiva en el marco del tipo básico establecido en el primero de los párrafos de la citada normativa (...) La ausencia de desarrollo argumental tendiente a sustentar que el espacio de tiempo que abarcó el comportamiento ilícito atribuido a*

A. fue lo que irrogó a O. el específico desmedro adicional que describe la referida modalidad agravada de la figura delictiva en cuestión, impide la homologación de la calificación legal adoptada" (v. fs. 89 y vta.).

Ahora bien, de la materialidad ilícita descrita en la instancia de mérito surge -en lo esencial- que el acusado "...aprovechándose de la situación de convivencia con la niña -quien al inicio de los hechos contaba con seis o siete años de edad- en reiteradas oportunidades frotó su pene entre sus glúteos y manoseó sus senos y zona vaginal, como así también -al menos en una ocasión- le introdujo uno de sus dedos en el orificio anal (...) Estas maniobra de contenido sexual, por su duración implicaron un sometimiento sexual gravemente ultrajante" (v. fs. 24 vta./25).

A su vez, al abordar la calificación legal a imponer, el sentenciante expuso que: "[t]al como quedó plasmado en el desarrollo de la segunda cuestión del Veredicto los mismos deben ser calificados como Abuso sexual gravemente ultrajante por su duración, agravado por la situación de convivencia preexistente, previsto en el art. 119, segundo párrafo en relación con el primer y cuarto párrafo, apartado f) del Código Penal" (v. fs. 38).

Recuerdo, asimismo, que en la segunda cuestión del veredicto los juzgadores plasmaron los diferentes elementos convictivos de los que surgía la reiteración de las conductas disvaliosas en el tiempo, tales como el testimonio de la propia víctima, de su hermana C., de J. A. y de R.P., siendo que C. y J. relataron abusos sufridos por ellas que demostrarían el sometimiento sexual que ejercía el acusado sobre



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

P-128808-1

las integrantes femeninas de su entorno familiar; la denuncia de C. A. , madre de la damnificada, y sus dichos en el juicio oral, el dictamen pericial y los dichos de la psicóloga Sachella del Cuerpo Técnico Auxiliar del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil (v. fs. 25/35 vta.).

Entiendo entonces, en la misma línea que el representante de la vindicta pública, que el encuadre legal impuesto por el Tribunal de Casación es incorrecto y que la sentencia atacada se sustenta en afirmaciones dogmáticas que no surgen de ningún elemento probatorio obrante en autos.

En efecto, de los relatos antes mencionados surge que los actos bajo juzgamiento violentaron gravemente la libertad sexual de la joven víctima e implicaron, por su extensión en el tiempo, un menoscabo particularmente relevante para ese bien jurídico. Ello, en tanto que la duración en el tiempo de los hechos abusivos -a la que alude sin más el texto de la norma seleccionada por el tribunal de mérito- implicó un mayor contenido de injusto, pues es de toda evidencia que la serie de abusos reiterados a lo largo de años, como se comprobó en la presente, constituye una modalidad de agresión cualitativamente más grave que aquellas que quedarían abarcadas por el abuso sexual simple -incluso en la modalidad del delito continuado- y que es precisamente a situaciones de ese tenor a las que ha aludido el legislador al introducir en la figura del segundo párrafo del art. 119 del C.P. una específica referencia a la duración del sometimiento.

Así, es posible sostener que elude el tribunal intermedio la aplicación de una norma en la que el caso encuadraba sin esfuerzo -estando a los estrictos términos del

texto legal-, exigiendo el desarrollo de una fundamentación adicional que no se corresponde con las exigencias del tipo calificado y que, a todo evento, resultaba innecesaria en el caso, pues la extensa duración del sometimiento sexual de la víctima en los términos en los que se lo tuvo por acreditado da cuenta de la existencia del "específico desmedro adicional" al que alude *el a quo* (v. fs. 89 vta.).

Cabe aclarar que la fórmula legal emplea la conjunción disyuntiva "o" para separar las referencias a la "duración" y a las "circunstancias de realización" del abuso que lo toman gravemente ultrajante, aludiendo a posibilidades alternativas, planteadas en términos equivalentes o indistintos. Es claro, entonces, que de haber estimado necesaria la concurrencia conjunta de ambas exigencias para que resulte operativa la agravante -como parece entenderlo el tribunal intermedio-, las hubiera conectado con una "y" y no con una "o", que puede indicar uno u otro e incluso ambos, pero no una conjunción necesaria. En este mismo sentido, ha dicho esa Suprema Corte que "[p]ara que se configure típicamente la calificante de la figura en cuestión, el sometimiento debe ser producido por una (o ambas) de las formas previstas expresamente por la ley (por su duración y/o por la circunstancias de su realización)" (P. 120.152, sent. del 27/4/2016).

Estimo, en definitiva, que el comportamiento reprochado al imputado se subsume sin esfuerzo bajo los parámetros del abuso sexual gravemente ultrajante, toda vez que representó un plus a lo descrito en la figura básica del abuso sexual simple; pues a los actos de significación sexual atrapados por aquélla -del cual la forma calificada es un subtipo agravado progresivo- se les añadió el carácter de "gravemente ultrajantes" cuando, como en el



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

P-128808-1

caso, "conllevan en sí mismos un alto grado de ultraje y humillación" (Creus-Bompadre, "Derecho Penal", Parte Especial, Astrea, Bs. As., 2007, v. 1, págs. 206/207).

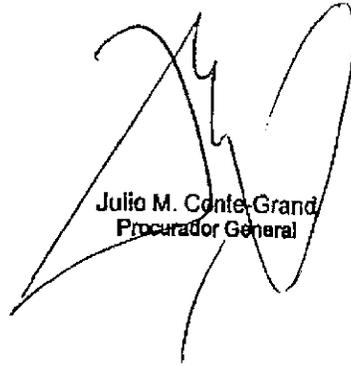
En esta línea, ha dicho esa Suprema Corte que el encuadre de una conducta en la figura agravada en cuestión "...obliga a una comparación con los actos atrapados por la forma básica y ello permite afirmar que la conducta del acusado implicó 'actos sexuales objetivamente desproporcionados con relación al abuso sexual simple' e importó 'una degradación o humillación mayor que la que producen los abusos simples' (...). En esa línea se ha procurado deslindar la forma agravada, para distinguirla de la simple, indicando que 'es indudable que hechos de tamaño gravedad no podían estar reprimidos con la misma pena que un furtivo tocamiento de nalgas o senos, en un colectivo repleto de pasajeros' (Donna, op. cit., pág. 554, citando a Gavier) -al margen de lo que pudiera decirse sobre la entidad de estos últimos actos-" (P. 118.483, sent. de 4/3/2015 y P. 117.708, sent. de 4/11/2015).

Considero, por lo hasta aquí expuesto, que el encaje legal propuesto por la acusadora y receptado en primera instancia por el tribunal de mérito resultaba el adecuado, en la medida que se encontraban debidamente acreditados en el caso los extremos que exige la figura del art. 119 segundo párrafo del Código Penal, norma que ha sido inobservada, en definitiva, por el Tribunal de Casación.

V. En consecuencia, sostengo el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal de Casación Penal y estimo que esa Suprema Corte debería hacer lugar al mismo, casando la sentencia atacada y restituyendo la calificación

legal y la pena fijadas en la sentencia de primera instancia.

La Plata, 10 de septiembre de 2018.



Julio M. Conte Grand  
Procurador General