



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

P-131143-1

"A , F s/ queja"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala III del Tribunal de Casación Penal rechazó el remedio de la especialidad deducido por la defensa frente a la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial La Plata que -por mayoría- había condenado a F A a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y por la situación de convivencia preexistente y abuso sexual gravemente ultrajante, en concurso real entre sí (v. fs. 123/131).

II. Ante ello, la defensa interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 136/147 vta.), el que fue declarado inadmisibile por el tribunal intermedio a fs. 148/150. Frente a lo resuelto, la parte incoa queja (v. fs. 257/263 vta.), la que fue admitida por esa Corte, quien declaró mal denegado el remedio y decidió concederlo (v. fs. 264/267 vta.).

Denuncia la violación al debido proceso y a la defensa en juicio, estimando que la sentencia condenatoria de primera instancia resulta nula por ausencia de mayoría de fundamentos (arts. 1, 18, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación; 8.1 de la CADH; 14.1 del PICDyP y 168 de la Constitución provincial). Asimismo, tachó de arbitrario el fallo casatorio por inadecuado tratamiento de la cuestión federal introducida.

Expone que respecto al hecho I, donde resultara víctima R

A..., la defensa había solicitado la aplicación de la ley vigente al comienzo de las agresiones, es decir, el art. 119 del Código Penal anterior a la sanción de la ley 25.087.

Alega que el tribunal de mérito discutió dos cuestiones: el criterio para calificar los hechos (concurso real, concurso ideal o delito continuado) y la legislación aplicable (anterior más benigna, según lo dispone el art. 2 del CP, o posterior).

Manifiesta que respecto del encaje legal los doctores Paolini y Vitali conformaron una mayoría constitucionalmente válida al estimar que los hechos imputados constituían un supuesto de delito continuado, siendo que el doctor Domenech quedó en minoría al considerar que el caso se trataba de un concurso ideal.

Por otro lado, y en lo que atañe a la ley aplicable, expone que los doctores Paolini y Domenech se expidieron por la no aplicación del art. 2 del C.P. y por el juzgamiento conforme la ley 25.087, en tanto que el doctor Vitali se pronunció por la aplicación de la redacción anterior según ley 23.487 por ser la ley penal más benigna de conformidad con el art. 2 antes citado.

Sostiene que si bien la mayoría alcanzó una coincidencia en la conclusión, lo cierto es que arribaron a la misma siguiendo premisas diferentes.

Aduce que para el doctor Domenech el fundamento para aplicar la ley 25.087 radica en que al menos algunas de las agresiones sexuales fueron cometidas bajo la sanción de la ley actualmente vigente y es por ello que era posible aplicar la escala penal actual, según lo dispone el art. 1 del Código de fondo a tenor de que al no verificarse una precisión necesaria para un concurso real los hechos concurren en forma



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

P-131143-1

ideal, no pudiéndose aplicar la tesis del delito continuado por varios obstáculos que posee tal figura.

Menciona que para el doctor Paolini el fundamento para la aplicación de la ley 25.087 radica en que los sucesos integran un delito continuado, único, y pese a la modificación legal la lesión gradual afectó antes y después de ella el mismo bien jurídico, éste es, la libertad sexual.

Manifiesta la parte que el doctor Domenech justificó su posición con una tesis objetiva, la mera comisión de parte de los hechos bajo la vigencia de la ley 25.087; en tanto que el doctor Paolini exigió junto a esa circunstancia objetiva un plus subjetivo pues, según su postura, debe analizarse si el sujeto activo persiste o no en su conducta punible, es decir, si voluntaria y deliberadamente insiste en seguir infringiendo la nueva ley pese a la consecuencia más grave que prevé, no pudiendo ampararse luego en la ley más benigna.

Sostiene que el doctor Domenech desarrolló concretos argumentos dogmáticos en contra del instituto de delito continuado y por ello no podía formar mayoría con el doctor Paolini, quien se aferró a aquella figura como solución al caso tanto para el encaje legal como para la ley aplicable, pues entendió que existía un bien jurídico único (libertad sexual); que el doctor Domenech estimó que el delito continuado era una categoría legalmente inexistente y, aún aceptando por un momento su existencia, sus mayores dificultades se presentan cuando la ley cambia de modo desfavorable para el acusado, ya que en el caso mutó el título de los delitos (desde ilícitos contra la honestidad

hacia delitos contra la integridad sexual), la redacción de los mismos y el monto de pena.

Manifiesta que los magistrados mencionados no coinciden ni sobre su base legal dogmática ni sobre sus alcances normativos y donde el doctor Paolini extrae un fundamento para la legalidad, el doctor Domenech advierte su impedimento; que el encuadramiento de los eventos como delito continuado no necesariamente apareja la aplicación de una u otra ley, lo que queda demostrado con el voto del doctor Vitali que, a la vez que acoge la categoría de delito continuado rechaza la aplicación de la nueva ley como consecuencia, sin que su sufragio arroje mayoría sobre la legalidad ni aunado al voto del doctor Paolini o al del doctor Domenech.

Aduce que no solo se quebranta lo dispuesto en el art. 168 de la Constitución provincial sino también el correcto y efectivo ejercicio del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la CN) al imposibilitar la articulación de una defensa concreta al desconocerse cuál es la ley aplicable en autos.

Por otro lado, cuestiona el pronunciamiento del órgano intermedio estimando que si bien en la nota que regula el art. 458 del C.P.P. no se aludió al voto del doctor Vitali, como lo expone el sentenciante, a su modo de ver ello no era estrictamente necesario ni impedía arribar a la conclusión de ausencia de mayoría atento que la desconexión entre fundamentos respecto de la ley aplicable reposó en los sufragios de los doctores Paolini y Domenech.

Asimismo, alega que tanto para el doctor Domenech -como *obiter dictum*- como para el doctor Vitali, la calificación de los hechos como delito



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

P-131143-1

continuado no necesariamente determina la consecuencia normativa de la legalidad aplicable, ésto es, la vigente en el tramo final de consumación de los hechos y, desde esta premisa, los contornos de la mayoría se hacen más difusos.

De igual modo, esgrime que su pretensión no es una mera discrepancia con el criterio del tribunal revisor, sino que se vincula con la aniquilación del debido proceso y la defensa en juicio al no poder encauzar las vías procesales defensivas sin contar con una mayoría acorde a lo dispuesto por la Constitución provincial.

Por otro lado, menciona diversa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto de la validez de la sentencia de un tribunal colegiado, estimando que no se encuentran reunidas las exigencias allí estipuladas si se extrapolan los lineamientos al caso de autos, pues el intercambio de ideas entre los sufragios pierde racionalidad si se extrae la conclusión de la legalidad vigente aplicable (ley 25.087) ya que se produjo una discrepancia de opiniones y no una concordancia sobre el tema; que el fallo carece de unidad lógica indivisible entre los fundamentos fácticos y normativos de los considerandos y la parte dispositiva, atento que se desarrollaron argumentos que se excluyen recíprocamente sobre la legalidad aplicable y se resolvió como si hubieran alcanzado consenso sobre el fondo de la cuestión; y que es insuficiente la mera coincidencia formal de resultado sobre la aplicación de la ley 25.087.

Cita la causa P. 51.135 de esa Corte en apoyo de su tesis y solicita se declare la nulidad de la sentencia de condena por ausencia de mayoría de opiniones, mandando dictar un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.

III. El recurso no puede prosperar.

En efecto, en la nota regulada por el art. 458 del C.P.P. (v. fs. 118/121 vta.), la defensa solicitó se declare la nulidad del fallo de primera instancia atento a no surgir la mayoría de opiniones fijada por el art. 168 de la Constitución provincial al abordarse la calificación legal respecto del suceso donde resultara víctima R. A. .

En tal sentido, manifestó que el doctor Domenech entendió que existía un concurso ideal; y que el doctor Paolini estimó que se configuraba un delito continuado, en virtud de la necesidad de no dejar impunes infracciones que se mantienen en el tiempo en forma determinada y el derecho de defensa que debe responder a esa indeterminación; que se trata de una infracción materialmente idéntica con una idéntica recepción penal (tipo), respecto del mismo bien jurídico que admite afectación gradual (lesión progresiva o permanente) y cuando esa infracción importa una injerencia en la persona del sujeto pasivo, la identidad de éste; que el delito continuado importa una relación excluyente respecto de los arts. 54 (un hecho) y 55 (varios hechos independientes); que la jurisprudencia citada considera que en los delitos sexuales hay continuidad delictiva si son cometidos bajo intimidación sobre la víctima y que, en función del medio comisivo desplegado en la primera conducta, ya no ofrece resistencia en las restantes.

Por otro lado, y en lo tocante a la legalidad aplicable, esgrimió que el doctor Domenech consideró aplicable la ley actualmente vigente atento que algunas agresiones fueron cometidas bajo la sanción de esta última; que no se puede aplicar el



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

P-131143-1

instituto de delito continuado a raíz del cambio de legalidad pues, según la doctrina que lo aplica, debe existir similar bien jurídico protegido, lo que se evidencia en una misma disposición legal vulnerada, recalcando que en autos al operar la reforma legal mutó el título de los delitos, la redacción de los tipos penales e incluso el monto punitivo.

Se expuso que el doctor Paolini manifestó que no obstante la lesión gradual admitida, el bien jurídico fue idéntico a lo largo de todo el discurrir delictual, recayendo sobre una misma titular y alterándose la relación de disponibilidad; que pese a la reforma legal efectuada por la ley 25.807, el bien jurídico vulnerado siempre es el mismo: la libertad sexual que busca amparar la reserva del trato sexual de la persona; que no es aplicable el art. 2 del C.P. ya que si bien la nueva ley se modifica en un sentido más desfavorable para el acusado, es necesario distinguir si el sujeto persiste o no en su conducta punible, y que si el agresor continúa con su acción pese a lo que dispone la nueva ley, deberá aplicarse ésta que voluntaria y deliberadamente insiste en seguir infringiendo.

Asimismo, estimó la parte que *"...de la transcripción efectuada surge la indeterminación del segundo voto, pues no es posible saber cuál es la calificación legal, específica, a la que se ha arribado por mayoría, en claro detrimento de los derechos de mi defendido y del Debido Proceso Legal"*.

Añadió que: *"[l]a falta de acuerdo respecto de la calificación, específicamente, en la determinación del supuesto de concurrencia entre tipos (delito continuado o concurso ideal), los fundamentos de la aplicación de la legalidad aplicable teniendo en cuenta la reforma operada respecto de los delitos"*

contra la integridad sexual genera la imposibilidad de tener por mayoría los votos de los magistrados señalados, afectan no sólo el art. 168 C.P. sino también el correcto y efectivo ejercicio del derecho de defensa en juicio (art. 18 CN) (...) se afecta la posibilidad de ejercer una defensa efectiva pues, al no haber acuerdo sobre el encuadramiento penal, no es posible cuestionar o generar argumentos defensistas adecuados. La particular materia en examen, esto es, la determinación legal respecto de la concurrencia aplicable en casos de delitos contra la integridad sexual, las características propias del delito continuado, la legalidad aplicable en cuanto al tiempo, merecen una adecuada defensa y contrastación a fin de llegar a la decisión más justa, que implique la lógica respuesta del ejercicio del Principio Contradictorio (...) la falta de convergencia en los votos, provoca -indudablemente- un agravio para mi asistido, por afectación a su derecho de defensa en juicio".

Finalmente, el impugnante mencionó que en el caso "...no ha existido mayoría de fundamentos para tratar el agravio relacionado a la calificación legal del hecho en análisis....".

Por su parte, el órgano intermedio expuso que el planteo "...no habrá de prosperar por insuficiente, pues el pedido que enarbola sobre la ausencia de mayoría de opiniones en la sentencia atacada -y consecuente violación de las prescripciones contenidas en los artículos 18 de la Constitución Nacional; 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 371, 375 y concordantes del Código-, omite la mención y el consecuente análisis del voto del magistrado que se expidió en



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

P-131143-1

tercer término -doctor Vitali-, cuya lectura permite arribar a una conclusión contraria a aquella sobre la que se funda la petición (...) advierto que discutida la calificación en relación a los hechos de los que resultara víctima R A , el votante en primer término, doctor Ernesto Domenech, entendió que aquellos configuraban el delito de abuso sexual reiterado con acceso carnal agravado por el vínculo y la situación de convivencia, en concurso ideal (fs. 24 vta./31) (...) el doctor Paolini, consideró que los hechos probados en perjuicio de la menor, constituían un supuesto de delito continuado, aunque coincidió con su colega preopinante respecto de la imposibilidad de aplicar en el caso la ley penal más benigna, toda vez que ciertos ataques sufridos por la niña ocurrieron durante la vigencia de la ley 25.087, aunque resulte más desfavorable para el imputado (fs. 32 vta./39)" (fs. 125 y vta.).

A ello agregó que "...el doctor Vitali, hizo propias las consideraciones del doctor Paolini, en cuanto a la valoración de las conductas reprochadas como jurídicamente constitutivas de delito continuado, aunque se apartó de sus colegas en relación a la ley que, según el mencionado votante, debía aplicarse en el caso bajo análisis, y sostuvo el encaje de la conducta en el marco de la ley anterior, por aplicación del artículo 2º del Código Penal (fs. 39 vta./44) (...) existió consenso y acuerdo sobre las dos cuestiones discutidas, alcanzándose la mayoría de opiniones requerida en el caso, determinándose la concurrencia de un supuesto de delito continuado -en virtud de las opinión de los doctores Paolini y Vitali- y la aplicación de la ley actual -conforme la mayoría alcanzada por los votos

de los magistrados Domenech y Paolini- (artículos 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) (...) no progresa el precario pedido de nulidad entablado..." (fs. 125 vta. y 126).

Paso a dictaminar.

a. A mi entender, y en primer lugar, el cuestionamiento dirigido contra la sentencia dictada por el Tribunal de origen, en tanto considera que aquella formalmente obtiene la mayoría, pero los *"fundamentos son disímiles e incompatibles"*, solicitando la nulidad de la misma (v. fs. 143 vta.), no se refieren a fundamentos propios de la sentencia del Tribunal de Casación Penal, sino a los de primera instancia. Por ello, ha afirmado esa Suprema Corte *"-mutatis mutandi- que es inadmisibile el recurso extraordinario de nulidad si la omisión de tratamiento se refiere al proceder del tribunal de primera instancia y no al pronunciamiento del órgano revisor (causa P. 118.223, resol. de 11-IV-2014)"* (causa P. 128.089, sent. del 26/12/2018).

Ello así, pues tal como se observa del recurso extraordinario local, la denuncia *"Violación al debido proceso y el derecho de defensa: nulidad de la sentencia condenatoria por ausencia de mayoría de fundamentos"* (fs. 139 vta. y ss) se cimienta en los argumentos que desarrolló el Tribunal en lo Criminal. De este modo, la inconsistencia achacada al Tribunal de Casación (convalidar un sentencia que viola aquellas garantías constitucionales) es desacertada, pues los pasajes atacados por el recurrente pertenecen al tribunal de origen.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es doctrina



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

P-131143-1

consolidada de esa Corte que *"las nulidades no tienen por fin satisfacer pruritos formales sino enmendar perjuicios efectivos que pudieren surgir de las desviaciones procesales, cada vez que estas desviaciones supongan una restricción de la garantía de defensa en juicio o del debido proceso, y en la especie, no concurren estas circunstancias (art. 203 del C.P.P. y conc.; doct. P. 65.404, sent. del 29/IX/2004; P. 96.779, sent. del 17/VIII/2007; P. 103.649, sent. del 13/V/2009; P. 94.876, sent. del 10/VI/2009; P. 72.430, sent. del 7/X/2009; P. 98.7690, sent. del 3/III/2010; P. 103.201, sent. del 28/V/2010; P. 109.062, resol. del 18/V/2011; P. 109.012, resol. del 6/VII/2011; P. 108.312, resol. del 3/X/2012; P. 111.879 y P. 113.311, resols. del 19/XII/2012; P. 113.098 y P. 113.947, resols. del 10/IV/2013; P. 114.236 y P. 117.397, resols. del 3/VII/2013; P. 114.637, resol. del 25/LX/2013; P. 113.880, resol. del 16/X/2013; P. 112.706, resol. del 6/XI/2013; P. 103.251, resol. del 4/XII/2013; P. 112.700, resol. del 11/XII/2013; P. 112.879, resol. del 18/XII/2013; P. 117.101 y P. 117.712, resols. del 3/III/2014; P. 113.572, resol. del 26/III/2014; P. 118.379, sent. del 3/IV/2014; P. 119.599, resol. del 16/IV/2014; P. 118.682, resol. del 23/IV/2014; e./o.)"* (causa P. 119.120, sent. de 20/5/2015).

En consecuencia, no se advierte ni demuestra el defensor las violaciones al debido proceso ni al derecho de defensa en juicio que denuncia; pues el mero hecho de que los jueces no tengan una pensamiento idéntico que funde una conclusión jurídica -no aplicación de la ley más benigna- no implica *per se* la afectación a aquellas garantías. De este modo, no se observa -cuanto menos con la intensidad requerida para

una sanción como la requerida- cuál es el perjuicio concreto, y/o en su caso, qué derechos o de qué defensa -referido a los intereses de los sujetos procesales involucrados- se vieron estos privados de ejercer (arg. art. 18, C.N.). Media insuficiencia (arg. art. 495, CPP).

Por otro lado, el recurrente tacha de arbitraria la sentencia del *a quo*, por "inadecuado tratamiento" de las cuestiones federales planteadas (v. fs. 244 vta. y ss.), y que sólo serán abordadas conforme lo resolviera esa Suprema Corte de Justicia a fs. 266 vta./267.

Reconoce el recurrente que "*...en el escrito de fs. 118/121 no alude al voto del Dr. Andrés Vitali -magistrado que votara en tercer término-, y que ello hubiera contribuido a arrojar mayor claridad a la cuestión, estimo que sin embargo no era estrictamente necesario ni impedía arribar a la conclusión de ausencia de mayoría*" y que "*...siguiendo la premisa de incorporar el análisis del tercer voto, lejos de dirimirse la ausencia de mayorías se disiparía aún más el consenso y nos encontraríamos ante tres posturas inconciliables...*" (fs. 244 vta./246).

Este tramo de la queja se presenta como una mera opinión discrepante del recurrente sobre los alcances que se le ha otorgado a cada uno de los votos que efectuaron los magistrados en la instancia de mérito, más no demuestra el recurrente que la inclusión del tercer magistrado votante -Dr. Vitali- en el análisis realizado por el Tribunal intermedio sea una cuestión intrascendente.

Finalmente cuestiona el defensor que no existe coincidencia de fundamentos en lo que respecta a la "*ley actual aplicable desde que los sufragios de los*



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

P-131143-1

doctores Domenech y Paolini exteriorizaron idéntica conclusión pero por fundamentos diferentes" (fs. 146 in fine).

Si bien podría predicarse que ese planteo adolece de la misma falencia recursiva que se señalara en el punto "a", cabe decir que existieron fundamentos unívocos para la solución legal del caso entre los Sres. Jueces Domenech y Paolini, sin demostrar el recurrente que se excluyan recíprocamente tal como lo denuncia la parte si se tiene en cuenta lo que dijera el órgano casatorio en cuanto a la coincidencia entre los citados magistrados al respecto.

Es dable mencionar que de la lectura de los fundamentos dados en el fallo de primera instancia se verifica nítidamente lo antes sostenido.

En efecto, el doctor Domenech mencionó -en lo que interesa- que: "*[l]as maniobras desplegadas por A respecto de R han sido claramente intencionales" (v. fs. 25), que la fellatio in ore constituye acceso carnal (fs. 26), que los hechos que damnificaron a R se mantuvieron idénticos a lo largo de todo el proceso penal seguido en su contra (v. fs. 27), que: "[e]s sin embargo posible concluir que al menos algunas agresiones fueron cometidas bajo la sanción de la ley actualmente vigente y entonces es posible aplicar la escala penal actual. (C.P. art. 1)" (fs. 28 vta.), y que: "[e]l criterio que propongo, es decir la imposibilidad de aplicar ultraactivamente una ley más benigna cuando de un 'delito continuado' se trata, ha sido sostenida en precedentes que han aplicado este criterio a aquellos delitos que se perpetúan en su comisión, como la asociación ilícita, que a diferencia del llamado*

delito continuado no está integrada por distintas acciones que se perpetran en distintos momentos. Y si ese criterio es saludable en este tipo de casos, mucho más lo es, cuando se juzgan acciones similares reiteradas, cada una de las cuales es autónomamente una acción castigable con pena" (fs. 31 y vta.).

Por su parte, el doctor Paolini manifestó que: "*[a]dhiero al sufragio que me precede (...) Sin perjuicio de ello, formularé algunas aclaraciones y otros agregados. Respecto de lo primero, sólo se tratará de disquisiciones jurídicas que en modo alguno alterarán la conclusión allí arribada" (fs. 32 vta.).*

Seguidamente se explayó respecto del instituto del delito continuado, posición que, como ya dijera, compartió el doctor Vitali (v. fs. 32 vta./35 vta.), añadiendo que: "*[e]n un carril diferente, coincido en que la fellatio in ore queda comprendida dentro del tercer párrafo del artículo 119 del digesto sustantivo" (fs. 35 vta.), que "...concuero con mi colega que me precedió en la votación en que no es de aplicación en el caso el artículo 2 del Código Penal, respecto de la ley aplicable para los delitos perpetrados en detrimento de R A. " (fs. 37 vta.), y que: "[c]oincido en que si no obstante la nueva ley se modifica en un sentido más desfavorable para el imputado 'habrá necesidad de distinguir si el sujeto persiste o no en su conducta punible. Si sigue adelante con su acción pese a lo que dispone la nueva disposición legal, estimamos que deberá aplicársele la ley nueva más severa que voluntaria y deliberadamente insiste en seguir infringiendo, no pudiendo luego ampararse para mejorar su situación en la circunstancia de que un tramo de la acción delictiva*



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

P-131143-1

desarrollada la ejecutó bajo una ley más benigna, ya que a pesar de la consecuencia más grave por la última norma legal, siguió adelante con su conducta criminal. Al prolongarse la acción en el tiempo sucede que el mismo hecho se desarrolla bajo dos leyes diversas y el autor está en condiciones de adecuar su conducta a la nuevas exigencias normativas, posibilidad que por cierto no tiene en los casos comunes, y de allí que no sea válido invocar el principio de la ley más benigna" (fs. 37 vta./38)

De igual modo, trajo a colación jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal provincial y de la Cámara Nacional de Casación Penal, donde se sostuvo que si en el caso de la acción continuada se modifica la ley durante la comisión del hecho, en razón de que esta forma delictual debe apreciarse jurídicamente como una acción, en principio sólo puede aplicarse la ley vigente al momento del realizarse el último acto parcial del delito continuado; y que el principio de irretroactividad relativa de la ley penal quiere proteger al infractor respecto de las consecuencias más graves que ésta pueda sufrir como resultado de las nuevas valoraciones legales que se proyectan sobre actos ocurridos antes de la vigencia formal de esas valoraciones, pero no cuando la acción se sigue ejecutando luego de que ellas ya son obligatorias (v. fs. 37 vta./38 vta.).

En conclusión, opino que no logra evidenciar el quejoso que las posiciones adoptadas y las variables asumidas por los jueces de la mayoría resulten excluyentes recíprocamente respecto de la aplicación de la ley 25.087 pues, como mínimo, estimo que las opiniones citadas resultan sustancialmente coincidentes, lo cual alcanza para cumplir lo dispuesto en el art. 168 de la Constitución provincial. La tesis del quejoso,

entonces, resulta una mera opinión discrepante a la que se impusiera en el pronunciamiento bajo análisis y, por ello, el embate resulta insuficiente (doct. art. 495 del CPP).

En efecto, en el recurso de casación la parte solicitó se mute la calificación legal respecto del hecho donde resultara víctima R. A. por la establecida por la minoría del órgano de mérito (doctor Vitali), quien estimó que se trataba de un delito continuado y que debía aplicarse el art. 2 del C.P. y, en consecuencia, lo dispuesto por el art. 127 segundo párrafo, en su remisión al art. 122 del Código de fondo (según ley 23.487), por considerar que la reforma configurada por la ley 25.087 al establecer en el art. 119 tercer párrafo del C.P. que el ilícito se realiza "cuando hubiere acceso carnal por cualquier vía" resulta ser un extremo no contemplado en la normativa anterior y que resulta más gravoso para el acusado; y, por otro lado, estimó la defensa que la inclusión de la penetración bucal en las previsiones de la normativa de abuso sexual con acceso carnal no era posible por dos razones: por carecer la boca de glándulas de evolución y proyección crógenas y porque la interpretación realizada por el sentenciante extiende indebidamente el tipo a las penetraciones por otros conductos como los auditivos o nasales (v. fs. 55/58).

Por su parte, el Tribunal de Casación convalidó la existencia de un supuesto de delito continuado atento la imposibilidad de precisar la cantidad de hechos individuales perpetrados por el imputado (v. fs. 126 vta./127), exponiendo luego que *"...acompañando la opinión mayoritaria sobre el punto en la sentencia cuestionada, entiendo que, si en el caso de la acción continuada se modifica la ley durante la*



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

P-131143-1

*comisión del hecho, en razón de que esta forma delictual debe apreciarse jurídicamente como una acción, en principio solo puede aplicarse la ley vigente al momento de realizarse el último acto parcial del delito continuado (...) y si el mismo se ha cometido durante la vigencia de un sistema más severo, corresponde la aplicación de este último (...) la ley 25.087 es ley aplicable en el caso bajo análisis (...) Del debate parlamentario de la ley 25.087 se desprende con toda claridad que el Legislador ha tenido especialmente en cuenta como supuesto específico de violación a la *fellatio in ore...*" (fs. 127 y vta.).*

Y ante dicha respuesta el aquí impugnante, pese a tener la vía extraordinaria abierta para cuestionar lo decidido, no opuso argumento alguno contra la misma escudándose en que no existía mayoría de opiniones en la decisión del tribunal de mérito la cual, como ya dijera, sí se evidenciaba en el caso y así lo entendió, por otro lado, la defensa al deducir el respectivo recurso de casación introduciendo allí concretos argumentos contra lo resuelto, sin invocar dificultad alguna a tales fines.

En definitiva, no se advierte que la sentencia padezca 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 el amplio catálogo de la arbitrariedad denunciada.

Cabe recordar que *"...el objeto de la doctrina de la arbitrariedad 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: t. 310, pág. 234). Y más allá de su enfática discrepancia con el *a quo*, la defensa no pone en evidencia la existencia de esos graves defectos de fundamentación o razonamiento en el fallo cuestionado.

IV. Por todo lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debe rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

La Plata, 16 de diciembre de 2019.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke, positioned above the typed name.

Julio M. Conte-Grand
Procurador General