



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

P-133820-2

"G., C. G. s/Recurso de
queja en causa N° 88.937
del Tribunal de Casación
Penal, Sala III"

Suprema Corte de Justicia:

I. 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° 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 2 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 (v. fs. 111/121 vta.).

II. Contra ese pronunciamiento interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación (v. fs. 128/135 vta.), el cual fue declarado inadmisibile por el mencionado órgano jurisdiccional (v. fs. 137/140). Ante ello, la defensa dedujo queja ante esa Corte (v. fs. 149/153 vta.), la que fue admitida y concedió la vía extraordinaria articulada por la defensa (fs. 155/158 vta.).

III. El recurrente denuncia la errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del Código Penal, arbitrariedad y afectación a los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

En ese sentido, y luego de traer a colación lo determinado por el juzgador intermedio respecto de la cuestión, considera que éste brindó una fundamentación aparente a sus agravios relacionados con la valoración de tres circunstancias agravantes de pena realizada en la instancia de origen.

En ese norte, y en primer lugar, sostiene que para poder considerarse la extensión del daño psicológico como aumentativa de sanción debe tenerse por acreditado que el mismo excedió los límites



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

P-133820-2

del tipo penal cuestión que -a su entender- no surge del caso.

En otro orden, afirma que el hecho de que el imputado no utilizara preservativos al momento de cometer los ilícitos fue aplicada como agravante sin que se encuentre legitimación alguna al respecto. Agregó que el término "riesgo mayor" contiene un alto grado de imprecisión y que la respuesta brindada por el revisor, en lo referente a que no se acreditó enfermedad por parte de su asistido ni contagio por parte de la víctima, no pasa del mero campo de lo especulativo. Citó en apoyo la su postura el voto minoritario del órgano de alzada. Cerrando este tramo, entendió que ninguno de los órganos jurisdiccionales intervinientes en este proceso indicó en cuál de los baremos que estipulo el art. 41 del CP puede subsumirse la agravante en cuestión.

El defensor también cuestiona la pauta relacionada con el desmembramiento familiar en perjuicio de la víctima atribuido al accionar de su asistido. Considera el impugnante que no se han invocado constancia casuística alguna de la cual se desprenda una relación de causalidad entre los ilícitos por los que viene condenado el imputado y la mentada circunstancia, pues -a su entender- ello puede responder a múltiples motivos dentro del seno intrafamiliar.

Postula que lo determinado implica un doble juzgamiento de una misma circunstancia, pues dicha situación ya se encontraba contemplada en los tipos agravados por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con una menor o por ser el encargado de la

guarda que traen aparejados el quebrantamiento del rol y la consecuente afectación al entramado familiar.

Concluye afirmando que las mentadas pautas agravantes no se sustentan más que en premisas aparentes, especulativas y subjetivas que acaban por conculcar lo dispuesto por los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Por último, considera que la pena impuesta a su asistido se encuentra excedida en la medida del reproche, afectando los principios de proporcionalidad y culpabilidad, en tanto la magnitud de la sanción no se adapta a las circunstancias concretas del inculpado y es desproporcionada, porque se acuden a agravantes infundadas; así, peticiona que se desplacen las agravantes cuestionadas y se imponga el mínimo de la escala penal.

IV. Considero que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación no debe prosperar.

Ello así, pues de una lectura de la sentencia del órgano casatorio no advierto que la misma encuentre falencias que la descalifiquen en los términos propuestos por la defensa, no observándose que sus fundamentos resulten meramente aparentes.

En ese sentido, el juzgador intermedio -por mayoría- sostuvo que *"... no asiste razón al impugnante en cuanto controvierte la extensión del daño psicológico, pues a diferencia de otros casos, el presente se encuentra ampliamente fundamentado en la*



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

P-133820-2

tercera cuestión, al señalar el sentenciante que para estimarlo tuvo en consideración los dichos de la perito médica Espósito, la psiquiatra Piris y la psicóloga Manso (...) que permiten concluir en la existencia de angustia, daño emocional, temor a tener relaciones sexuales, pesadillas, extremos que se vinculan a los abusos padecidos, y que fuera también advertido en la cámara Gesell realizada a la menor, todo lo cual permaneció en el tiempo. A la vez, se fundamentó en los dichos de la docente A. que afirmó que la niña estaba constantemente angustiada, siendo la secretaria del establecimiento educativo al que concurre la menor, quien dio cuenta de la inapetencia de la niña, signos físicos desencadenados por los trastornos sufridos .// Así, resultó probado el daño psicológico sufrido, que excedió el previsto en el tipo penal .// Igual suerte ha de correr la agravante referida a la no utilización de preservativo por parte de G., pues más allá de la acreditación de la existencia o no de una enfermedad o la aptitud de la víctima para ser madre, lo cierto es que la misma corrió un riesgo mayor en el momento de ser abusada sexualmente .// La misma senda transita el parámetro referido al accionar de G., en cuanto implicó un desmembramiento familiar en perjuicio de la víctima, pues, contrariamente a lo sostenido por la defensa, ello no se encuentra inmiscuido en el tipo penal endilgado, sino que resultó ser una circunstancia derivada de los sucesos padecidos por la menor .// A partir de las premisas sentadas en los párrafos que anteceden, concluyo que lo relativo a la justa medida de la pena constituye

en definitiva, la exposición de una opinión de la defensa contraria a la del tribunal, lo que de por sí no implica violación legal alguna, tornando vacuos de sustento los agravios sobre el punto..." (fs. 118 y vta.).

Entiendo, como ya adelanté, que corresponde desestimar los embates dirigidos contra el pronunciamiento dictado en la instancia intermedia, en tanto 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.

En primer lugar, y en lo que respecta sobre la agravante *"extensión del daño psicológico por la duración en el tiempo"*, el tribunal revisor sostuvo que las opiniones de los profesionales de la salud intervinientes en la causa y la testigo A. permitieron concluir que en la menor de edad -producto de los abusos sufridos- existía *"angustia, daño emocional, temor a tener relaciones sexuales, pesadillas..."* y *"la inapetencia de la niña"*.

Tales extremos fácticos corroborados en el proceso penal llevaron a afirmar al revisor que el daño psicológico sufrido por la víctima ha *"excedió el previsto en el tipo penal"*.

Es sobre esa afirmación que la defensa se queja en que la misma *"carece de apoyatura"* y es *"dogmática"*, pues -a su entender- no explicó cuál es la extensión que integra el injusto penal y cuales son las que lo sobrepasan.



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

P-133820-2

Considero que 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).

A mayor abundamiento, y al igual que el *a quo*, 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 1° 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).

En otro orden, la defensa cuestiona que el *a quo* no fundamentó a qué tipo de "riesgo mayor" fue sometida la víctima por los delitos contra la integridad sexual cometidos por su asistido.

Cabe recordar que si bien la primera instancia consideró que dicha agravante se constituía únicamente por el "no empleo de preservativos (respecto de los hechos de penetración vía oral y vaginal), por el riesgo que ello conlleva del contagio de

cualquier enfermedad de contagio sexual", el tribunal revisor añadió que tal modalidad comisiva implicaba también el riesgo de ser madre no consentida -al margen de la verificación de ser apta o no para ello-.

El argumento utilizado por el a quo fue producto de ponderar que en los hechos III y VI se habían realizado abusos sexuales con acceso carnal vía vaginal, los que se sucedieron reiteradamente entre los 12 y 14 años de edad de la víctima.

De este modo, el tribunal intermedio, incluyó un nuevo fundamento de la agravante "no utilización de preservativos", pero sin variar los hechos ni la agravante computada, sino que dio amplió posibles riesgos que de ella se aquella conducta se derivan.

Tiene dicho esa Corte local, 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).

Llegado a este punto, la



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

P-133820-2

conducta realizada por el imputado en los hechos ilícitos endilgados -en concreto, aquellos de acceso carnal vía vaginal y oral- al no haber utilizado profilácticos, encuadra como agravante de la pena. Es que el art. 41 inc. 1 del Código Penal establece que -en las penas divisibles- el juez fijará la condena teniendo en cuenta "*los medios empleados*" y "*los peligros causados*" de la acción ilícita.

Nótese que el legislador ha contemplado como calificante de los abusos sexuales agravados el peligro concreto de transmisión sexual de enfermedades graves (art. 119, párrafo 4° inc. "c" del Código Penal); incluso, considerar delito el hecho de transmitir enfermedades venéreas (cfr. art. 18, ley 12.331).

Ergo, transmitir enfermedades -o poner en peligro al sujeto pasivo- en contextos de violencia sexual importa una *plus* del injusto en virtud de que el autor además de atentar contra la integridad física "*desprecia la salud del sujeto pasivo*" (v. Donna, "Derecho Penal: Parte Especial", Tomo I, Tercera edición actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, pág. 606). En esa lógica, se desprende que todo acto de contenido sexual ilícito debe llevarse con seguridad, a fin de no afectar más allá el bien jurídico integridad sexual.

Fuera de ese contexto nos encontramos con los supuestos en que el sujeto activo "*no porta*" enfermedad o "*no sabe*" que la padece (error que elimina la tipicidad agravante) pero comete el acto sexual ilícito sin las seguridades pertinentes -no uso de

profilaxis-; tal modalidad comisiva permite ser ponderada como pauta agravante, en tanto se devela reprochable para el autor por el peligro transmitir enfermedades.

En ese andarivel, considero que los peligros a sopesar como agravantes en el proceso de determinación de la pena tienen honda discusión en la dogmática jurídico-penal sobre la aplicación de reglas que den precisión y legitimidad de su consideración. Así, opinión doctrina se inclina en que cabría aplicar -análogamente- los principios de la teoría de la imputación al tipo objetivo para dar solución a los problemas agravantes y atenuantes en lo que respecta a las acciones peligrosas que llevan a cabo los sujetos activos de los delitos, en tanto se trata también de un problema de causalidad y relaciones que puedan surgir con el fin de protección de la norma (v. Ziffer, Patricia en *"Código Penal de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial"*. Coordinado por Marco Antonio Terragni; dirigido por David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, 2da. Ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pág. 82).

Bajo ese contexto, y traspolando las nociones y reglas que nos brinda la teoría del delito para el proceso de determinación de la pena, considero que 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



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

P-133820-2

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° 8.873 caratulada "*Cabaña, Víctor Germán s/recurso de casación*", sent. del 26/05/06, votos de los Dres. Madueño y Bisordi). Media insuficiencia.

Por último, y en lo que respecta a la agravante "*desmembramiento familiar*", la defensa despliega su agravio sobre cuestiones de hecho y prueba ajenos, por regla, a la competencia de esta Corte salvo supuestos de excepción que no se configuran (doctr. art. 494, CPP). Ello es así, pues -en puridad- su crítica se dirige a cuestionar la falta de pruebas sobre la relación de causalidad entre los ilícitos y el desmembramiento familiar.

Asimismo, su alegato sobre 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).

Todo lo dicho, impide tener por demostrada la tacha de arbitrariedad que el recurrente le

atribuye a las respuestas brindadas por el órgano intermedio, pues de acuerdo a lo reseñado, 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, viene al caso recordar que 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).

Asimismo, 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.

Finalizando, 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.



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

P-133820-2

v. Por todo lo expuesto, estimo que esa Suprema Corte de Justicia debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido a favor de C. G. G.

La Plata, 14 de septiembre de 2021.

Digitally signed by
Dr. CONTÉ GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

14/09/2021 10:01:01

