



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

P-133998-1

"H. O. D.

H. s/recurso extr. de inaplicabilidad de ley en causa N° 95.325 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala IV del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso de la especialidad deducido por la defensa oficial de D. H. H. O. contra la decisión del Tribunal en lo Criminal N° 8 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora que condenó al nombrado a la pena de trece (13) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por haber sido cometido por el encargado de la guarda (v. fs. 95/135 y 172/181).

II. Contra ese pronunciamiento, el Defensor Oficial adjunto del Tribunal de Casación Penal, doctor Nicolás Agustín Blanco, interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 192/205), el que fuera declarado admisible por el intermedio (v. fs. 224/227).

III. El recurrente denuncia el tránsito aparente de la causa en la instancia casatoria por deficitaria revisión de lo fallado por el tribunal de grado; ello en relación con, por un lado, la denunciada errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del Cód. Penal por considerar aplicables como circunstancias agravantes de la pena el desprecio por el vínculo y la

extensión del daño causado y, por el otro, con lo tocante a la fundamentación de la pena que entiende ausente y prolongada.

a. En relación con la denunciada errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del Cód. Penal sostiene que el Tribunal de Casación Penal incumplió su función revisora al ratificar las agravantes fijadas por el tribunal de la instancia.

a. 1. "Desprecio por el vínculo".

Entiende que el intermedio debió realizar su labor revisionista efectuando un análisis conglobado del punto llevado a su conocimiento que imponía, de confirmar la calificación legal agravada (art. 119, 4° p., inc. "b", Cód. Penal), obliterar la calificante del "desprecio por el vínculo"; ello así pues, de lo contrario se incurriría en la doble valoración vedada por el principio del *ne bis in idem*.

En este sentido recuerda que en el recurso de casación se cuestionó la valoración de la condición de guardador del imputado respecto de la víctima, circunstancia que había sido valorada por el sentenciante de grado para calificar el hecho como constitutivo de la figura agravada contenida en el inciso "b" del cuarto párrafo del artículo 119 del Cód. Penal.

Transcribe los grados de parentesco que la norma citada contiene sosteniendo que el fundamento de considerarlas como agravantes del tipo es igual a aquel que utilizó también el sentenciante para justificar el aumento de pena de H. O. en



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

P-133998-1

base al desprecio por el vínculo demostrado por H. habida cuenta de su relación con la víctima, cuando en rigor de verdad, esa circunstancia se encuentra ya contenida en el tipo calificado (guardador).

Denuncia que el fallo atacado adolece de contradicción, puesto que allí se explica que la agravante de la figura legal endilgada a H. se funda en la posición de preeminencia, respeto y confianza del autor sobre la víctima, y no en la pura calidad del autor, priorizando una situación de hecho antes que un vínculo jurídico. Que pese a ello, al momento de graduar la pena del imputado se valoró un vínculo jurídico (padre afín) para aumentar el monto punitivo.

a. 2. "Extensión del daño causado".

Denuncia que el Tribunal de Casación no atendió debidamente a esta cuestión ya que se había criticado el valor probatorio que el órgano de la instancia le atribuyó a los testimonios que dieron cuenta de la crisis sufrida por la víctima de autos luego de develados los hechos que se le imputaron a H.. Que en esa labor revisora -alega- los casacionistas solo se ocuparon de enumerar los elementos de prueba meritados por el tribunal y desatendieron los principales cuestionamientos defensas tendientes a denunciar distintas contradicciones en los dichos vertidos por los testigos declarantes que imponían otorgar un menor valor probatorio a su contenido.

Concluye que todo ello redundaba en una revisión aparente del fallo impugnado y consecuentemente en la errónea aplicación de la ley

sustantiva (v. fs. 197).

b. En relación con la ausencia de fundamentación de la pena la defensa se agravia de la deficiente revisión que el Tribunal de Casación Penal llevó a cabo en punto a la denunciada falta de fundamentación del *quantum* punitivo que en exceso -además- se le había impuesto a su defendido (arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCYP).

En esa línea quejosa sostiene que el intermedio, luego de confirmar las agravantes criticadas, tan solo mencionó que la pena impuesta por el tribunal de grado resultaba ecuánime y proporcional al grado de culpabilidad del injusto atribuido, omitiendo expedirse acerca de la logicidad y el razonamiento utilizado por el órgano de la instancia para arribar al monto de pena finalmente impuesto y muy alejado del mínimo legal.

Disocia su agravio en dos aspectos del *iter* determinativo de la pena (construcción y fundamentación) indicando que ni en el fallo de primera instancia ni en el dictado por el Tribunal de Casación Penal se explicó cómo fue construida la pena impuesta, cómo se llegó al monto fijado ni cuál fue la escala legal aplicada, todo lo cual generó un cercenamiento del correcto ejercicio de la defensa.

Postula que la operación de individualización de la pena debe comenzar con el conocimiento del máximo de pena que permite el ordenamiento jurídico. Cita el voto del doctor Zaffaroni en la causa "Estevez" de la Corte Suprema de Justicia de



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

P-133998-1

la Nación.

Arguye que del conocimiento de ambas circunstancias (monto máximo de pena y escala legal aplicable) surge el punto fijo por el cual ingresar a la escala escogida. Que ese punto fijo resulta ser el mínimo legal conforme lo tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia.

Afirma que luego de ello deben valorarse las circunstancias agravantes y atenuantes aplicables al caso, darles un valor numérico a cada una de ellas para que en la operación finalmente de sumas y restas se llegue al monto final.

Sostiene que el Tribunal de Casación Penal debía expedirse acerca de si correspondía alejarse del mínimo legal y por qué razones, verificar la razonabilidad de la pena impuesta subsanando la falta de fundamentación que imperó en la misma operación determinativa por parte del Tribunal de mérito.

Que entonces, al no llevar a cabo su labor revisora de la manera descripta, el intermedio desnaturalizó el derecho al recurso en un aspecto fundamental como lo es el vinculado al monto de la pena.

Recuerda que el planteo de la defensa llevado en el recurso de casación se orientaba a demostrar la arbitrariedad de la sentencia mediante la cual se decidió imponer una pena de prolongada duración sin justificaciones y desproporcionada en relación al injusto y al grado de culpabilidad atribuido.

Indica que la deficiencia

revisora constituyó entonces una afectación al debido proceso legal y a la defensa en juicio resultantes del evidente tránsito aparente de la causa por ante ese órgano jurisdiccional.

Adita que la exigencia de fundamentación lo es para todas las decisiones que se tomen en el marco de una sentencia y que ello incluye la decisión del monto de pena que un tribunal impone a determinado sujeto, de lo contrario los encausados quedarían a merced del arbitrio de los juzgadores quienes podrían imponer penas sin dar explicación alguna de sus razones. Cita en apoyo los precedentes "Ruiz", de esa Suprema Corte de Justicia y "Miara" y "Squilario" del cimero tribunal federal.

Concluye que el intermedio debió descalificar la sentencia de grado como acto jurisdiccional válido por ausencia de fundamentación en lo tocante a la determinación de la pena.

IV. Considero que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley no debe tener acogida favorable.

Oportuno es resaltar que tanto la materialidad ilícita como la autoría responsable de H. llegan firmes a esta instancia.

Así, el Tribunal en lo Criminal N°8 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora tuvo por acreditado que "[...] en fecha 19 de agosto de 2016 en horario indeterminado pero luego de la 01:00 hora en el interior de la habitación principal del domicilio sito en F. nro. 162 del B.P.R. de la localidad de G., Partido de A. B., una persona de sexo masculino y mayor de edad, identificado como D.



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

P-133998-1

H. H., abusó sexualmente de la niña M. A. M. de 12 años de edad, quien resulta ser su hijastra y que se encontraba en dicho domicilio en visita junto a su hermano menor, accediendo carnalmente el nombrado a la niña por vía vaginal".

a. Respuesta del órgano revisor

El sentenciante de grado entendió -en lo que aquí interesa- que debían computarse como circunstancias aumentativas de la pena la modalidad del hecho que tuvo por víctima a M. A. M. ello, en función del desprecio por el vínculo demostrado por H. O., puesto que mantenía con la menor una relación de "padre afín", habiéndola criado desde los dos años de vida, como así también la extensión del daño causado habida cuenta de las distintas crisis que atravesó la menor víctima producto del hecho acaecido (v. fs. 127 vta.).

a.1. Desprecio por el vínculo.

La defensa del imputado en su recurso de casación se agravió de lo fallado entendiendo que el hecho de admitirse el tipo penal agravado por haber sido cometido por el encargado de la guarda ya comprende el desprecio por el vínculo, por lo que tal circunstancia no puede volver a valorarse y debe descontarse del *quantum* punitivo, puesto que de lo contrario "se estarían sumando agravantes de agravantes".

Por su parte, el Tribunal de Casación Penal, con el primigenio voto del doctor Natiello -al que adhirió el doctor Kohan- entendió correcta la valoración como agravante de la pena el desprecio por el vínculo demostrado por el imputado (art. 41, incs. 1° y 2°, Cód. Penal) toda vez que tal

circunstancia no se encuentra contenida en el tipo penal escogido por el tribunal de grado y por ende, no se configura la doble valoración denunciada por la defensa.

a.2. Extensión del daño causado.

La parte sostuvo que tal circunstancia no se encuentra probada, ya que sólo surge de los dichos de la madre de la menor y de su tío, más no de los profesionales de la psicología que la asistieron en su tratamiento, de los docentes que la tenían a su cargo, de la declaración de la víctima en Cámara Gesell ni de la entrevista formalizada previo a ello. Sumó que la menor contradujo a su madre al manifestar que asiste a los cumpleaños de sus compañeros y refiere tener una sola amiga.

El revisionista, a su turno, sostuvo que la extensión del daño causado se trata de una pauta perfectamente valorable con sentido agravatorio, pues implica ella un mayor grado de injusto, y en autos se encuentra debidamente probada por el testimonio de familiares directos de la víctima.

a.3. Determinación de la pena.

La parte cuestionó -recurso de casación mediante- la inobservancia de los artículos 40 y 41 del Código Penal entendiendo que el tribunal de grado, pese a considerar una pauta atenuante de relevancia, impuso una pena a su asistido muy superior al mínimo legal sin dar una explicación del método lógico utilizado para concluir de esa manera.

Indicó en su intento recursivo que el tribunal de grado no utilizó un razonamiento



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

P-133998-1

lógico en la cuantificación de la sanción ya que teniendo en cuenta la calificación legal se impuso un monto de pena que traspasa en exceso el mínimo de la escala penal aplicable.

Afirmó que no puede el juzgador agravar una pena sin un análisis del peso que las cuestiones mensurativas de la sanción tienen en la decisión final, debiendo hacerse explícitas las circunstancias que se valoraron, la manera en la que se valoraron, el por qué de su consideración y la influencia final que cada una de ellas tuvo en la decisión.

Sumó a ello que las circunstancias atenuantes valoradas por el sentenciante no se vieron reflejadas en la determinación punitiva.

Al respecto el Tribunal de Casación Penal respondió que esa Suprema Corte de Justicia descartó expresamente la obligación de partir siempre del mínimo legal de la escala aplicable y que la inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes no implica de por sí la necesidad legal de imponer el mínimo de pena contemplado para el delito ni la transgresión de los artículos 40 y 41 del Código Penal, adunando a ello que tampoco se encuentra estipulado un punto de ingreso a la escala.

De otro lado sostuvo que no existe método alguno que permita transformar los juicios valorativos en cantidades numéricas y concluyo -como bien sostuvo la defensa- que resulta ecuánime la pena fijada a H. en lo que respecta a la culpabilidad del injusto y proporcionalmente racional.

b. Formuladas estas reseñas, paso a dictaminar.

b.1. Como adelanté, el tramo del recurso que se alza contra la revisión efectuada a la aplicabilidad de las dos calificantes no puede prosperar.

De lo hasta aquí reseñado se advierte sin mayores esfuerzos que el Tribunal de Casación Penal abordó los planteos llevados a su conocimiento por la defensa de H. y se expidió al respecto de manera acabada y sin cortapisas ni mallas formales desnaturalizadoras del derecho convencional invocado (arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCIP).

Asimismo el *a quo* luego de repasar los antecedentes de la causa compartió el criterio del tribunal de mérito en punto a las aumentativas de pena oportunamente valoradas y desestimó cada uno de los embates contra ellas presentados por la parte, sin importar ese criterio coincidente un atentado a la garantía de la revisión amplia.

Al respecto tiene dicho esa Suprema Corte de Justicia que "[...] El hecho que el tribunal intermedio haya confirmado la ponderación de las agravantes de penas cuestionadas con los mismos argumentos o fundamentos que el tribunal de grado, en modo alguno implica que se haya cercenado el derecho a la revisión de la sentencia de condena, y que sea -por ende- repulsiva a la Constitución nacional" (SCBA, causa P. 129.102, sent de 29-8-2018).

Para más, en lo tocante a la aumentativa del desprecio por el vínculo, tal y como lo sostuvo el órgano casatorio, la agravante del tipo penal "guarda" (inc. "b" del art. 119, Cód. Penal) se funda en



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

P-133998-1

una posición de preeminencia, respeto y confianza del autor sobre la víctima. A ello cabe agregar que esa posición "privilegiada" de guardador puede ser ostentada por cualquier persona sin necesidad de tener un vínculo jurídico con el guardado. Esta cualidad constituye, entonces, una situación de hecho prescindente de cualquier otro vínculo que pueda o no concomitar con él.

De otro lado, el concepto de "padre afín" alude exclusivamente a un vínculo jurídico, cual es el que mantiene un hombre con un menor de edad sin ser su padre biológico pero comportándose como tal en función de un vínculo jurídico preexistente con la progenitora de ese menor.

Como se ve, estos conceptos no guardan identidad y son perfectamente acumulables en su valoración respetando la garantía del *ne bis in idem*, contrariamente a lo sostenido por la defensa.

Es que, tal y como lo sostuvo el Fiscal en el memorial cuya copia luce a fs. 163/169 vta. la relación de "padre afín" constituye una serie de consecuencias extratípicas que en nada obstan su valoración como mensurativas de la pena.

De este modo tampoco se advierte la contradicción denunciada por el defensor de H. toda vez que el intermedio realizó la disquisición entre vínculo jurídico y situación de hecho para diferenciar la figura de "padre afín" y "guardador" respectivamente con fines explicativos (v. fs. 177 y vta.).

b.2. Por su parte, en relación a la extensión del daño causado y su acreditación en la

causa, el intermedio acompañó los fundamentos del tribunal de grado y la prueba de cargo valorada para su acreditación.

La denunciada contradicción entre los dichos de M. y los testigos resulta carente de todo desarrollo y se presenta tan sólo como un intento más de quitar peso convictivo a lo declarado por la víctima en Cámara Gesell, pretensión defensiva que desde el debate oral no logra progresar.

Por ello, en este tramo del agravio es que también se encuentra indemostrada la afectación de la garantía de la revisión amplia y se patentiza tan sólo un criterio divergente de la parte en punto al valor probatorio que los jueces de grado atribuyeron a cada elemento de cargo y, como es sabido, las discusiones que gravitan sobre la fijación de los hechos y la prueba valorada exceden -en principio- el acotado margen de conocimiento que esa Suprema Corte de Justicia puede alcanzar recurso extraordinario mediante (art. 494, CPP).

Dicho todo esto, frente a los argumentos esgrimidos por el órgano casatorio que justificaron la ponderación por parte del sentenciante de las agravantes cuestionadas por la defensa, el recurrente se ha limitado a discrepar con lo resuelto sin evidenciar las transgresiones normativas y principios constitucionales que señala transgredidos, todo lo cual denota la insuficiencia de su reclamo (art. 495, CPP).

b.3. En cuanto a la determinación de la pena,



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

P-133998-1

Como se advierte fácilmente, la casación se ocupó de la queja llevada por la defensa en punto al *iter* determinativo de la pena y brindó las respuestas a su presentante que, por lo demás, resultan coincidentes con inveterada doctrina de esa Suprema Corte de Justicia.

De otro lado, no puede soslayarse que la parte ligó -inescindiblemente- su crítica en este punto a los cuestionamientos sobre la valoración de las circunstancias agravantes de la pena (art. 41, Cód. Penal) que, habiendo sido éstos descartados, vacía de contenido el agravio ahora esgrimido.

Así las cosas, la denuncia de afectación a la revisión amplia y arbitrariedad se presenta como meramente dogmática, pues queda circunscripta a su mera enunciación, en tanto el revisor trató el tema sin cortapisas formales y abordó las agravantes cuestionadas, dando acabada respuesta a los planteos efectuados.

Evidente resulta que la parte, bajo el ropaje de típicas cuestiones federales -vgr. revisión aparente, doble conforme, etc.-, lo que pretende es imponer su propia visión sobre la prueba valorada en la instancia de origen y en la revisora.

En este sentido hago propias las palabras de esa Suprema Corte en cuanto ha señalado que "[...] Es inatendible el reclamo por el que se cuestiona la revisión llevada a cabo en la instancia anterior a tenor de la doctrina de la revisión amplia, si de la lectura del pronunciamiento impugnado se observa que el a quo desplegó su competencia revisora sin mallas

formales desnaturalizadoras, abordó los planteos llevados a su conocimiento y los descartó brindando las razones por las cuales asumía tal temperamento decisorio" (SCBA, causa P.129.567, sent. de 20-3-2019).

V. Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación a favor de D. H. H. O..

La Plata, 30 de mayo de 2022.

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

30/05/2022 12:52:00