



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

**P-134031-1**

"M. H. s/ recurso de queja en causa N° 92.573 del Tribunal de Casación Penal, Sala I".

Suprema Corte de Justicia:

**I.** La Sala I del Tribunal de Casación Penal resolvió, el 6 de agosto de 2019, rechazar el recurso de casación interpuesto por el Defensor oficial en favor de H. M., confirmando con ese proceder la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de Bahía Blanca que, en fecha 5 de julio de 2018, condenó al encausado a la pena de veintiocho (28) años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal reiterados, agravados por el vínculo; todos ellos, en concurso real (v. fs. 65/84 vta.).

**II.** Por su parte, el Defensor adjunto ante el Tribunal de Casación Penal -Dr. Hernández- interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley, los que fueron declarados inadmisibles por el *a quo* (v. fs. 93/98 vta., 99/104 vta. y 105/111). Frente a dicha decisión, el mismo defensor interpuso queja y esa Suprema Corte de Justicia resolvió conceder las vías extraordinarias (v. fs. 126/133 vta. y 138/140).

**III.** Agravios.

a. Recurso extraordinario de

nulidad.

Denuncia el recurrente que el fallo atacado carece de mayoría de opiniones, configurándose con ello una violación al derecho de defensa y al debido proceso (arts. 18, Const. nac.; 161 inc. 3, ap. "b" y 168, Const. prov. y 492, CPP).

Señala que el defensor de instancia, al articular el recurso de casación, se agravio del monto de la pena impuesta a su asistido, el que considero desproporcionado e infundado en función de la ley 26.200 y del fin resocializador de la pena.

El recurrente transcribe los votos de los Dra. Maidana y Carral -lo que fueron en sentido diverso en lo que respecta al planteo del monto de la pena antes referido-. Ante ello, expone el defensor, fue convocado el Dr. Violini a dirimir la controversia y con ese voto se ha producido la nulidad de la sentencia revisora. Sostiene que el voto del Dr. Violini adhirió "en lo sustancial" al voto del Dr. Maidana y, a su vez, también hizo suya la aclaración del Dr. Carral "*en cuanto al modo como debe entenderse la afirmación referida a la reiteración de hechos bajo la forma de concurso real*".

De este modo, arguye el defensor, la respuesta brindada por el *a quo* es inadecuada para alcanzar la mayoría de opiniones, pues el Dr. Violini rechaza la denuncia de desproporción de la pena y admite la arbitrariedad en la individualización de la pena, acotando a dos el número de hechos (v. fs. 97 vta.).

Concluye el recurrente



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

P-134031-1

afirmando que la decisión, en esos términos, impide desentrañar su verdadero sentido, afectando -en consecuencia- el derecho de defensa en juicio y el derecho al recurso, al no poder identificar el contenido de la misma.

Por lo expuesto, -solicita- se anule la sentencia y se reenvíen las actuaciones a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.

b. Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley.

El defensor denuncia errónea aplicación del artículo 41 del Código Penal, en tanto infringe la prohibición de la doble valoración de una misma circunstancia que deriva del principio *ne bis in idem*.

El impugnante reseña que a M. se le computaron como circunstancias agravantes la "*superioridad física*" (entre él y la víctima durante los ataques que impedían toda resistencia, emprendiendo golpes hasta el desmayo cuando eran intentadas) y, por otro lado, "*el actuar sobre seguro*" (a partir del clima de violencia y autoritarismo que imponía M. a la damnificada); y tales pautas, -afirma el Defensor-, afectan el principio de *ne bis in idem*.

Luego de transcribir la respuesta brindada por el Tribunal intermedio sobre dicho agravio, sostiene que tales pautas aumentativas de la pena tienen como presupuesto el plus de violencia ejercida por el imputado al anular la resistencia de la víctima, con lo cual su ponderación conjunta violenta la garantía contra el doble juzgamiento.

Agrega que la violencia para ejecutar los abusos fue tomada como agravante en los términos del artículo 41 del Código Penal por revelar un mayor grado de injusto que el previsto en el tipo penal básico (cfr. art. 119, primer párr., Cód. Penal). Por ello, -esgrime- que "la superioridad física" y "el clima de violencia", se posan sobre el mismo presupuesto fáctico: el uso de violencia.

En otro orden, cuestiona que el pretendido "obrar sobre seguro" parece dado por las "*circunstancias de tiempo en que los abusos se desarrollaron -en horas de la noche en circunstancias en que la madre de la víctima trabaja como enfermera y no se hallaba en el hogar, según se precisa en la materialidad ilícita-*", sin que de estas actuaciones se puedan mencionar otras circunstancias [para tal fin].

Por todo lo expuesto, el defensor solicita que se anule la sentencia impugnada y dicte -o mande a dictar- un nuevo pronunciamiento acorde a derecho.

#### **IV. Fundamentos.**

Entiendo que los recursos interpuestos deben ser rechazados. A fin de tratar adecuadamente las diversas vías impugnativas intentadas, me referiré a cada una de ellas por separado.

##### **1. Recurso Extraordinario de Nulidad de Ley.**

Cabe reiterar que M. fue condenado por el Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de Bahía Blanca a la pena de veintiocho (28) años de prisión, accesorias legales y



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

**P-134031-1**

costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal reiterados, agravados por el vínculo; todos ellos, en concurso real.

El Defensor oficial -Dr. Kiefl- interpuso recurso de casación y, -en lo que ahora interesa destacar-, se agravió de la desproporcionalidad de la pena impuesta a su asistido y de la arbitraria valoración de los montos máximos de penas previstos por el ordenamiento jurídico -cfr. ley 26.200- (v. fs. 45 y ss.).

Concretamente, -sostuvo- que el tribunal de origen no explicó los motivos por los cuales impuso una pena superior a la que establece la ley 26.200, ya que si para los delitos que tienen un injusto más grave (lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra) el límite es de 25 años de prisión, escapa a toda lógica que se haya impuesto la pena de 28 años de prisión por los delitos que se le condenó a M. Agregó que la ley 26.200 reordenó los topes punitivos en las penas temporales y que tal máximo no está limitado por la aplicación del artículo 55 del Código Penal.

a).- Puesto el Tribunal intermedio a resolver, el Dr. Maidana al tratar aquel planteo, sostuvo -en resumidas cuentas- que, conforme ley 25.928 (B.O. 10/9/2004), la defensa:

*"...soslaya en su análisis las particularidades de los ilícitos en tratamiento, a cuyo respecto rige la Convención sobre los Derechos del Niño y la consecuente responsabilidad del Estado en torno al debido abordaje de los casos de abuso sexual de niños y, en segundo orden, omite atender las inconsistencias que*

presenta la interpretación que se postula de aquella normativa" (fs. 73 vta.).

Asimismo, afirmó que la pena impuesta respondía a un exigible cometido preventivo tutelar de la integridad sexual infantil. Aseveró dicho magistrado:

"... el Estatuto de Roma no goza de dicho status sino del genérico que le confiere el segmento del artículo 75 inciso 22 que expresa que "[l]os tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Por lo tanto, a diferencia de los primeros, que son operativos por naturaleza, ya que sus cláusulas están dirigidas a "una situación de la realidad en la que pueden operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso" (cfr. Ekmekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo, Fallos 315:1492), requiere de la sanción de una norma interna para su regulación.

En razón de ello el Congreso sancionó la ley 26.200, que incorpora el aludido Estatuto al derecho interno, aunque determinando en su artículo segundo que su aplicación se ciñe a los delitos ante los cuales la Corte Penal Internacional es competente -genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra o de agresión- distintos, pues, a los de esta causa.

Sin perjuicio de lo expuesto, analizada la normativa del Estatuto en relación a la graduación de la pena y su máximo posible, se advierte también, que su artículo 12 estipula que dicha graduación '... en ningún caso podrá ser inferior a la que le pudiera corresponder si fuera condenado por las normas dispuestas en el Código Penal de la Nación'" (fs. 75 y vta.).



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

**P-134031-1**

Concluyó el votante sosteniendo que el Estatuto de Roma habilita la imposición de penas perpetuas (cfr. art. 70), lo que impide tildar la sanción impuesta a M. como contraria al mismo y, que, -a su vez-, la ley 26.200 no estipula mínimos ni topes superiores para cada delito, lo que reñiría con el principio de legalidad.

Finalmente, descartó que se haya afectado el principio de proporcionalidad postulado por el defensor (v. fs.76/77) y entendió que no resultaba necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.200 ya que no veda la aplicación del artículo 55 del Código Penal.

En otro orden, también entendió que no lucía arbitraria la cuantificación de la pena impuesta al imputado; para ello, entendió que resulta importante tener en cuenta la escala penal resultante de los delitos y que -a partir de ella- la operación intelectual del juez consiste en evaluar los ilícitos, el grado de culpabilidad y las reglas de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

De este modo, -sostuvo- que no se advertía desproporción en el monto de la sanción ni ausencia de fundamentación, ya que las circunstancias atenuantes y agravantes permitieron tener por satisfecha la motivación del decisorio para su posterior control (v. fs. 77/80).

Por su parte, el Dr. Carral, sostuvo:

*"Inicialmente y en lo que atañe a la ponderación comparativa que hace la defensa respecto de las consecuencias punitivas previstas por el Estatuto de*

*Roma, ratificadas por el Estado Argentino, me he expresado en varias oportunidades respecto a las asimetrías que se plantean en relación con las reglas de nuestro derecho interno y cierta inconsistencia del legislador al sancionar la ley 26200. Esa opinión que he reconsiderado a partir de haber quedado en absoluta soledad y en vista de la opinión de nuestro Superior Tribunal de Provincia, tal como lo he dejado sentado en causa 34.905 "Benitez Javier", no me exime de reiterar aquí también mi propuesta para que lo regulado por el título II de la ley 26200 debería ser revisado por el Congreso Nacional en atención a las incongruencias sistemáticas que de ello puede derivarse y a fin de no contradecir la regla del art.27 de la Convención de Viena" (fs. 80 vta.).*

De lo transcrito se deduce que si bien el magistrado señala que la ley 26.200 tiene asimetrías, ha reconsiderado esa opinión, pese a que reitera su propuesta de que debe ser revisada dicha ley por el Congreso Nacional.

Aclarado ese aspecto, -expresó- que se apartaría del voto inicial en lo concerniente al embate contra la individualización de la pena y el principio de proporcionalidad como parte integrante del principio de constitucionalidad.

En tal sentido, sostuvo:

*"...la individualización de la sanción en la sentencia incurre en algunos errores que vienen ya condicionados, en algunos casos, desde la propia acusación y la corroboración de la materialidad infraccionaria.*

*Sobre este punto, se habla de la*



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

P-134031-1

*sucesión de hechos independientes en un período de tiempo más o menos determinado, pero no se encuentra un relato circunstanciado y concreto que pueda ofrecer una noción cierta cuantitativa de cuantos hechos conforman el concurso real. Dada esta falencia, no abordada en momento alguno por el tribunal de juicio, entiendo que debe considerarse al menos dos hechos, porque la plataforma fáctica de imputación abarca esta concreta posibilidad" (fs. 80 vta./81).*

Seguidamente, expresó que compartía con su colega en que no progresaban los embates contra las agravantes, pero no obstante ello (y en vista de los índices que deben ser ponderados al momento de analizar la proporcionalidad de la pena: bien jurídico y prevención especial con el sujeto de la sanción) expuso:

*"... no se explica, más allá de acudir a formulaciones dogmáticas, de qué modo se llega a la individualización de una sanción de veintiocho (28) años de prisión, sino que se gira sobre las ponderaciones ya efectuadas en la cuestión quinta del veredicto, sin que pueda encontrarse en esas referencias las razones de la mensura.*

*La conclusión que sostiene a la determinación de la cuantía describe que "M. arruinó la vida de su hija desde todo lugar posible", lo que puede compadecerse con los hechos probados pero que resulta insuficiente para justificar el fundamento de la pena finalmente propuesta" (fs. 82 y vta.).*

Finalmente, indicó:

*"En el caso de la sentencia en crisis, contribuye a reforzar mi decisión, la ausencia de*

respuesta suficiente a la postulación de la defensa de extremos que hacen a la consideración de aspectos propios de la prevención especial en el caso concreto (vgr. Edad del imputado sobre el que recae condena en función de la extensión de la pena y la modalidad propia de ejecución, fs. 34vta. de este legajo).

En consecuencia y en la inteligencia de que la labor del tribunal no fue suficiente a la hora de analizar en concreto y resolver la cuantía de la pena, con base en las limitaciones señaladas en párrafos anteriores, para determinar una pena de veintiocho años de prisión, y no hay un fundamento ni un razonamiento que me permita identificar que parámetros siguieron para llegar a esa conclusión, esto es, la manera en que se realizó la construcción lógica del pronunciamiento jurisdiccional, máxime si se tiene en cuenta el error inicial que identifica un concurso real de hechos sin señalar en concreto cuántos, aun cuando se insinúa una cantidad superior a dos sin que se establezca en la materialidad una descripción concreta, me llevan a proponer al acuerdo que por infracción al art.371 y 210 del C.P.P. corresponde casar la sentencia en crisis a nivel de la individualización de la pena y reenviar al tribunal de la instancia anterior para que se fije nueva pena de conformidad con los lineamientos expuestos a lo largo del presente" (82 vta./83). El subrayado me pertenece.

b).- De los votos precedentemente transcritos, surge con claridad que el planteo de "arbitraria valoración de los montos máximos de las penas" fue rechazado por los Dres. Maidana y Carral.



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

**P-134031-1**

En consecuencia, el llamado del Dr. Violini fue a los fines de dirimir las divergencias en torno a la afectación -o no- del principio de proporcionalidad que traía el defensor y si la individualización de la pena fue arbitraria.

Es necesario volver aquí sobre el agravio del defensor de instancia. Allí, en el recurso de casación, señaló -de modo genérico- que la pena era *"desproporcionada, arbitraria, irrazonable e injustificada"* (fs. 45), en virtud de que la pena de 28 años de prisión impuesta a M. superó el límite que prevé la ley 26.200; aspectos ellos, sobre los que nada ampliara el defensor adjunto ante el Tribunal de Casación Penal (v. fs. 57 y vta.).

En este contexto, el Dr. Violini sostuvo:

*"... no comparto la postura de la defensa, en cuanto sostiene que delitos más graves, como el genocidio, los de lesa humanidad y los crímenes de guerra no pueden superar el tope de los 30 años de prisión que impone el Estatuto de Roma, y por ello, la pena impuesta en autos resulta desproporcionada"* (fs. 83 vta.).

Y agregó:

*"...si la denuncia de desproporción se articula a partir de este argumento, demostrada la falsedad de la premisa el agravio no progresa."* (fs. cit.).

Finalmente expuso:

*"... en función de los delitos cometidos y las pautas de mensura de la pena, adhiero en lo sustancial a lo expresado por el doctor Maidana, haciendo*

*mía la aclaración vertida por el doctor Carral en cuanto al modo como debe entenderse la afirmación referida a la reiteración de hechos bajo la forma del concurso real" (fs. 84).*

Dicho esto -observo- que el defensor se queja de que el voto del Dr. Violini impide desentrañar su verdadero sentido, pero tal denuncia, referida a la falta de mayoría de opiniones, es improcedente.

En primer término, no hay margen de duda en cuanto a que el voto del Dr. Violini rechazó el planteo de afectación al principio de proporcionalidad, en tanto dicho agravio dependía del progreso de la arbitraria valoración del monto máximo de la pena.

Ahora bien, el recurrente sostiene que el Dr. Violini adhirió también a los argumentos que desarrollara el Dr. Carral en punto a la arbitraria individualización de la pena, lo que conduciría -a su entender- a no tener satisfecha la mayoría de opiniones que se exige de una sentencia emitida de un tribunal colegiado; pero ello, no es cierto.

Como ya se transcribió, el fundamento brindado por el Dr. Carral para sostener que la pena impuesta a M. era arbitraria reposó en la falta de explicación de cómo el tribunal de origen arribó a dicha individualización (es decir, 28 años de prisión), siendo -a todo evento- insuficiente el motivo de haberle arruinado la vida la víctima. Entendió que el fallo atacado no ponderó el indicador relativo al fin preventivo-especial del imputado (fundamento teleológico



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

P-134031-1

de la pena) y reforzó su decisión sobre la base de que existió ausencia de respuestas suficientes a las postuladas por la defensa sobre aspectos propios de la prevención especial.

A ello, agregó:

*"... máxime si se tiene en cuenta el error inicial que identifica un concurso real de hechos sin señalar en concreto cuántos, aun cuando se insinúa una cantidad superior a dos sin que se establezca en la materialidad una descripción concreta" (fs. 83).*

Tal expresión debe ser conectada con lo que ese magistrado señalara -previamente-; esto es, que la sentencia atacada incurría en algunos errores en materia de individualización de la pena. En especial, señaló uno que venía desde la propia acusación en referencia a la corroboración de la materialidad ilícita y dijo:

*"Sobre este punto, se habla de la sucesión de hechos independientes en un período de tiempo más o menos determinado, pero no se encuentra un relato circunstanciado y concreto que pueda ofrecer una noción cierta cuantitativa de cuantos hechos conforman el concurso real. Dada esta falencia, no abordada en momento alguno por el tribunal de juicio, entiendo que debe considerarse al menos dos hechos, porque la plataforma fáctica de imputación abarca esta concreta posibilidad" (fs. 81). El subrayado me pertenece.*

De lo anteriormente transcripto, es el propio Juez quien zanja "el error" que advierte y así deja "corregida" la cuestión (cfr. art. 462, CPP), que en este punto obtuvo mayoría.

Es sobre dicha "aclaración" -a la que adhiere el Dr. Violini- referida a la plataforma fáctica imputada, esto es, dos hechos en "concurso real" y sus reiteraciones (sin perjuicio de lo que corresponda decir sobre las mismas explicaciones que dio el tribunal de origen a fs. 29 y 32); pero -sostengo-, y aquí el motivo del rechazo del recurso, que en ningún tramo del voto del Dr. Violini se observa que haya adherido al desarrollo argumentativo que sostuviera el Dr. Carral sobre la arbitraria individualización de la pena que se le impusiera a M., y, por otro lado, tal <<aclaración>> tampoco implica contradecir el voto del Dr. Maidana en materia de determinación de la pena (cfr. arg. causa P. 125.434, sent. del 9-12-2015).

Por todo lo expuesto, considero que el recurso extraordinario de nulidad debe ser rechazado, en tanto no se observa afectación al artículo 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

## 2.- Recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

La vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley, no corre mejor suerte que el anterior recurso.

Cabe reseñar que el tribunal de mérito consideró como pautas severizantes: 1. "a) el miedo y la violencia sobre la víctima;", 2 "b) la superioridad física evidente entre el imputado y la víctima durante el tiempo de realización de los ataques que impedían toda resistencia y cuando lo intentó, la emprendía a golpes hasta el desmayo" y 3. "la afectación psíquica" que se consideró como extensión del daño



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

P-134031-1

causado (v. fs. 29 y vta.). De seguido, el tribunal de origen sintetizó las agravantes que concurrían en el caso:

*"a) el actuar sobre seguro a partir del clima de violencia y autoritarismo que imponía el encausado a la víctima; b) la extensión del daño causa [...]; y c) la superioridad física..."* (fs. 30 vta.).

El defensor oficial, al interponer recurso de casación, se agravió de que las agravantes *"actuar sobre seguro en un clima de violencia y autoritarismo"* y la *"superioridad física que impedía toda resistencia"*, afectaban el principio de *ne bis in idem*. Ello así, porque la agravante del tipo penal *"ascendiente"* impuesta al imputado encuentra su fundamento en el aprovechamiento de la superioridad física y sometimiento psicológico; por otro lado, esgrimió que *"...el clima de violencia y autoritarismo contempla que la resistencia de la víctima tenga como consecuencia la consumación del mal advertido mediante el clima generado"* (fs. 44 vta.).

El Tribunal de Casación Penal rechazó dichos planteos -con los votos concurrentes de los Dres. Maidana y Carral- sosteniendo:

*"... no se afecta la prohibición de doble valoración pues, a contrario de lo sostenido por el impugnante no se trata de una circunstancia que forme parte de la descripción típica básica o agravada, no integra el desvalor del injusto. Concretamente el hecho que el autor sea un ascendiente no implica que éste necesariamente tenga una "superioridad física" sobre*

su víctima (vgr. autor anciano, con dificultades motrices, etc.), por lo que, en las condiciones señaladas por el A Quo, al tenerse por acreditado que dicha superioridad fue efectivamente utilizada al emprender a golpes a la imputada hasta el desmayo, permite particularizar la intensidad de la desvaloración y encuentra fundamento suficiente en su aplicación sin violentar el *ne bis in idem* (art. 41 CP)" (fs. 79 y vta.).

Agregó:

"La restante pauta aumentativa que fuera materia de crítica, identificada en el pronunciamiento atacado como "... actuar sobre seguro a partir del clima de violencia y autoritarismo que imponía el acusado a la víctima" (fs. 29 y 30vta.), tampoco se encuentra comprendida ni integra las figuras típicas aplicadas en la sentencia impugnada.

El aprovecharse del ambiente que generó un amedrentamiento de la víctima (fs. 29) es ajeno al parentesco y excede a las figuras que conformaran el concurso real dispuesto, por lo que se ajusta a derecho el sentido de la valoración efectuada por el A Quo como agravante, ya que el actuar sobre seguro revela la intensidad de la afectación al bien jurídico protegido y -en esencia- un plus de disvalor en el comportamiento del acusado (art. 41 CP).

Tampoco puede predicarse que ambas agravantes ponderadas guarden identidad entre sí al verificarse que se sustentan en disímiles circunstancias fácticas" (fs. 79 vta.).

El defensor de casación argumenta la afectación al principio de *ne bis in idem*,



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

P-134031-1

pero puntualmente centra sus críticas únicamente sobre la doble valoración entre las agravantes "clima de violencia" y "superioridad física", en tanto, -sostiene- como ya se reseñara, sus presupuestos fácticos son los mismos: la violencia.

A mi entender, el agravio no sólo ha virado su línea argumental (nótese que el defensor de instancia basó su planteo en que el clima de violencia y autoritarismo contempla "la resistencia de la víctima" y su consecuente consumación), sino que, principalmente, es insuficiente (art. 495, CPP).

Es que el recurrente cuestiona el tramo donde el a quo sostuvo que *"Tampoco puede predicarse que ambas agravantes ponderadas guarden identidad entre sí al verificarse que se sustentan en disímiles circunstancias fácticas"* (fs. cit.).

En primer término, considero que el defensor altera las circunstancias fácticas que permitieron fundar las agravantes. Me explico.

El Tribunal de origen consideró -en lo que aquí interesa nuevamente destacar- que ponderaba como agravante que el imputado lograba su objetivo aprovechando los siguientes factores: "el miedo y la violencia" que le permitían *"el actuar sobre seguro"* (reiterando y especificando en su veredicto que ello era a consecuencia del *"clima de violencia y autoritarismo que imponía el encausado a la víctima"*); y *"la superioridad física evidente entre el imputado y la víctima durante el tiempo de realización de los ataques que impedía toda resistencia y cuando lo intentó, la emprendía a golpes hasta el desmayo"* (v. fs. cit.).

Sobre esa base, no es cierto que la primera agravante sea "el clima de violencia", sino que sobre dichas circunstancias se producía un "actuar sobre seguro".

Finalmente, considero que el "actuar sobre seguro" no necesariamente se vincula exclusivamente sobre cuestiones témporo-espaciales -tal como lo alega el recurrente (horas de la noche y con ausencia de la madre)-, sino que también se obtiene por el contexto violento que puede provocar y ejercer el sujeto activo sobre el pasivo.

En efecto, el defensor no tiene en cuenta que en el *sub lite* el "actuar sobre seguro" se basó en circunstancias psíquicas que padeció la menor víctima ("el miedo" y "el clima" que la violencia le generara); de allí que considero acertado lo dicho por el *a quo* referido a el "actuar sobre seguro" y la "superioridad física" son circunstancias fácticas disímiles (la primera, como dije, con preponderancia psíquica y la segunda, con un marcado sesgo físico), lo que no provoca afectación al principio de *ne bis in idem* que únicamente denuncia el recurrente.

A mayor abundamiento, considero que "el miedo" -que contiene el tipo penal, a través del modo comisivo de las "amenazas" (cfr. art. 119, primer párr., Cód. Penal)- permite, a su vez, ser ponderado bajo los términos del artículo 41 del Código Penal, pues ello determina una mayor vulnerabilidad de la menor y, en consecuencia, del injusto y culpabilidad a reprochar al imputado. De allí que corresponda sostener -al igual que esa Suprema Corte de Justicia- que tal circunstancia se



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

**P-134031-1**

*"... aparecía como una pauta elocuente del disvalor de la acción legalmente ponderable en la cuantificación de la pena a la luz del art. 41 del Código Penal" (cfr. mutatis mutandi, causa P. 129.724, sent. del 5-9-2018, e/o), merecedora de un "plus agravatorio" (cfr. causa P. 129.481, sent. del 26-9-2018).*

**V.** Por todo lo expuesto, considero que esa Suprema Corte de Justicia debería rechazar los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos a favor de H. M.

La Plata, 19 de mayo de 2021.

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

19/05/2021 12:23:54

