



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

P-135287-1

"H., J. C. s/
queja en causa N° 40.167
del Tribunal de Casación
Penal, Sala I"

Suprema Corte de Justicia:

I. El 6 de marzo de 2019 y a tenor del reenvío dispuesto por esa Suprema Corte de Justicia en el marco de la causa P. 122.670, la Sala I del Tribunal de Casación Penal hizo lugar -parcialmente y por mayoría- al recurso homónimo deducido por la defensa de J. C. H. y, en consecuencia, casó el fallo de origen en lo referente a la determinación de la sanción, incorporó como pauta disminuyente la demora del proceso revisor y readecuó la pena en treinta y tres años de prisión, accesorias legales y costas, en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal calificado, cometido contra un menor de dieciocho años y aprovechando la situación de convivencia preexistente, en concurso real con homicidio simple.

Frente a ello, el Defensor Oficial Adjunto, José María Hernández, interpuso recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley y de nulidad; remedios que fueron desestimados por inadmisibles en la sede intermedia (v. resol. de fecha 14-VIII-2020) y, queja mediante, admitidos por esa Suprema Corte (v. resol. de fecha 6-V-2022).

II.a. Recurso extraordinario de nulidad

El recurrente aduce que la sentencia del revisor se dictó sin observar el art. 168 de la Constitución provincial en tanto el *a quo* omitió decidir

sobre la inconstitucionalidad de la ley 25.928 en tanto existe una contradicción que fue alegada por esa parte en torno al principio de legalidad penal y la mencionada ley que reformó el art. 55 del Cód. Penal y elevó a cincuenta años de prisión el máximo de escala del concurso real.

Afirma que ningún trato se dio al agravio vinculado a la contradicción existente y a la desmesurada amplitud de la escala penal que habilita el art. 55 del Cód. Penal.

Considera, por último, que es una cuestión esencial en tanto de la interpretación dada por la defensa se colige que la reducción de pena podría llegar a los veinticinco años de prisión.

b. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

En lo sustancial denuncia que la decisión puesta en crisis es arbitraria, por un lado porque rechaza el planteo de inconstitucionalidad de la ley 25.928 sin razón alguna y por otro porque carece de fundamentación la pena de 35 años finalmente impuesta a su asistido.

En primer lugar aborda el agravio vinculado a la arbitrariedad del tramo de la sentencia vinculada al rechazado de la inconstitucionalidad de la ley 25.928 y afirma que la sentencia es incongruente y a su vez incurre en una falencia *infra petita* en relación a la contradicción antes alegada en los agravios del recurso de nulidad.

Afirma que la falta de fundamentación dada al agravio viola los derechos de la defensa en



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

P-135287-1

juicio, en su vertiente derecho a ser oído y también el debido proceso (arts. 18 y 33 de la Const. nac.).

A continuación recuerda los agravios oportunamente ensayados por la defensa a los fines de fundar la inconstitucionalidad en cuestión.

En segundo lugar denuncia que la sentencia es infundada en el tramo vinculado a la pena impuesta por el Tribunal Oral pues se prescindió de hechos notorios y se resintió el derecho a la doble instancia.

Alega que cuando el Tribunal responde el agravio de forma breve prescinde de elementos importantes acercados por la defensa como la edad del imputado al momento de la detención y la edad que tendrá al momento de agotar la pena.

Agrega que el agravio rechazado había sido planteado en el recurso destinado a satisfacer el derecho a la doble instancia y un rechazo bajo pretexto de que el recurrente no alegó lo evidente constituye un rigorismo que es incompatible con los arts. 8.2 h de la CADH y 14.5 del PIDCP. Cita en su apoyo la doctrina "Casal" de la CSJN.

III. Considero que los recursos interpuesto por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación no pueden prosperar.

En primer lugar quiero decir que atento que la respuesta del recurso de nulidad condiciona, en parte, la respuesta del recurso de inaplicabilidad de ley es que haré una respuesta en conjunto comenzando por el

primero de ellos conforme el resumen de agravios que en forma breve realicé *ut supra*.

a. Preliminarmente vale recordar que la vía prevista en el art. 491 del Código Procesal Penal solo puede sustentarse en la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, en la falta de fundamentación legal, en el incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o en la no concurrencia de la mayoría de opiniones (arts. 168 y 171, Const. prov.; Cfr. doc. Ac. 94.522, 12/VII/2006 P. 132.314, sent. de 27/VIII/2020; P. 133.719, sent. de 21/II/2022, entre muchas otras.)

Ahora bien, del planteo reseñado previamente no se observa que medie ninguna de dichas circunstancias por lo que, anticipo, media insuficiencia (doc. art. 495, CPP).

Me explico.

El recurrente alega que el Tribunal intermedio no dio respuesta a los concretos agravios que traía la inconstitucionalidad alegada en esa instancia.

Considero que resulta más que claro que el voto del Dr. Borinsky -al que adhiere logrando mayoría el Dr. Carral- dio respuesta al planteo de inconstitucionalidad acercado por el defensor recurrente.

Nótese que justamente el primer agravio que trató fue el vinculado a la inconstitucionalidad de la ley 25.928, que modificó los términos del art. 55 del Código Penal.

En primer lugar adujo que el hecho juzgado data del día 25 de marzo de 2005, fecha en la que



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

P-135287-1

se encontraba plenamente vigente la ley 25.928 que modificó el texto legal del art. 55 del Código Penal, obedeciendo a un criterio de política criminal diverso al imperante antes de dicha modificación.

Luego afirmó que de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan, en principio, la presunción de validez y que es deber de los Tribunales agotar todas las interpretaciones posibles antes de concluir en su invalidez constitucional, ya que ese remedio extremo solo puede operar cuando no es posible compatibilizar la ley con la Constitución nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella de conformidad con lo dispuesto en su artículo 75, inciso 22, dado que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de extrema gravedad institucional que debe ser considerada como "última ratio" del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable.

En ese sentido agregó que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley, de manera que los jueces no pueden sustituir al legislador, sino que deben aplicar la norma tal como la concibió. También dijo que las leyes deben interpretarse en el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico, máxime cuando aquel concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común, la

técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución nacional evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como valedero, el que las concilie y deje a todas con su valor y efecto.

A partir de ello recordó la nueva redacción del art. 55 del Cód. Penal y razonó que de ese modo se superó la discusión en torno a las diferentes interpretaciones que buscaban determinar cuál era el máximo de la escala penal aplicable al concurso real de delitos, siendo el propio legislador quien estableció que aquella no podría exceder de 50 años de reclusión o prisión, optando de ese modo por fijar un monto máximo aplicable a los casos de penas divisibles y dejando sin efecto la antigua remisión a las escalas penales correspondientes a los delitos de la parte especial.

Recordó asimismo que la Constitución nacional, a través del art. 75 inc. 12, otorga al Poder Legislativo la facultad de declarar la criminalidad de las acciones, desincriminar otras, imponer penas, aumentarlas o disminuirlas, y el único juicio que le corresponde hacer al Poder Judicial es el referente a la constitucionalidad de las leyes sin examinar el acierto o error en el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, pues no son puntos sobre los que al Poder Judicial le quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trasciendan ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable o arbitrario, ya que lo contrario desequilibraría el sistema institucional de los tres Poderes.



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

P-135287-1

Por todo ello concluyó que no es posible, en abstracto, concluir que la pena máxima de 50 años de prisión para los casos de concurso de delitos resulte contraria a los fundamentos de la pena ni a su finalidad resocializadora.

Sentado ello, no advierto que los jueces del tribunal intermedio que elaboraron la sentencia por mayoría hayan omitido pronunciarse del modo establecido en el texto constitucional, pues en tal caso existió acuerdo, voto individual y concurrió mayoría de opiniones. Media entonces, como dije al comienzo de mi dictamen, insuficiencia en el planteo (doc. art. 495, CPP).

En relación al concreto alcance que el recurrente pretende darle a la nulidad planteada vale recordar que es doctrina de esa Suprema Corte que es improcedente el recurso extraordinario de nulidad en el que se denuncia la omisión de tratamiento de una "cuestión esencial" sometida oportunamente a conocimiento del tribunal, si la misma recibió expreso tratamiento por parte del *a quo*. El acierto, desacierto o la profundidad dada a la resolución de los extremos en discusión escapan al acotado ámbito del recurso intentado por ser cuestiones ajenas a éste (cfr. doc. Causa P. 135.529, sent. de 15-XII-2022, entre otras).

b. 1. Dicho lo anterior queda expedirme respecto de la arbitrariedad incoada mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

En primer orden no encuentro arbitraria la respuesta dada por el revisor al planteo de inconstitucionalidad; aquí se evidencia cierta

contradicción en el planteo de la defensa pues de acuerdo a la sostenida doctrina antes señalada o bien el agravio no es tratado y resulta admisible un recurso extraordinario de nulidad o por el contrario la defensa entiende que resulta arbitraria la respuesta y la vía correcta es el recurso de inaplicabilidad de ley conforme doctrina "Strada" y "Di Mascio", entre otros de la CSJN.

Opino entonces que no hay una relación de subsidiariedad en los planteos de ambos recursos extraordinarios y si bien ambos fueron presentados con autonomía advierto una falencia desde la técnica procesal en ese aspecto (cfr. doc. arts. 479, 491 y 494 del CPP).

No obstante ello lo cierto es que la respuesta del revisor en torno a la inconstitucionalidad de la ley 25.928 tuvo argumentos sólidos que la excluyen de esa excepcional doctrina, los cuales rememoré en el tratamiento del recurso de nulidad y a los que me remito por razones de brevedad y economía procesal.

Amén de ello solo quiero destacar que no es cierto, como marca el recurrente, que la respuesta del revisor tenga un defecto "*infra petita*" pues claramente el intermedio adujo que los argumentos del defensor, de los cuáles hizo un resumen de agravios en los antecedentes de la sentencia, eran inconducentes para declarar la inconstitucionalidad y que tampoco contrariaban los fundamentos de la pena ni su finalidad resocializadora.

En definitiva y dejando a salvo mi postura en torno a que la vías intentadas no resultan subsidiarias, lo cierto es que no advierto en el caso arbitrariedad en la respuesta del órgano revisor ni



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

P-135287-1

tampoco que se haya afectado el debido proceso y la defensa en juicio -derecho a ser oído-, media entonces insuficiencia (art. 495, CPP).

b. 2. Por último me queda dar respuesta al segundo agravio intentado por el recurrente en el recurso de inaplicabilidad de ley y que tiene que ver con la arbitrariedad endilgada a la respuesta dada en torno a la mensuración de la pena y a la posibilidad de que se haya afectado el derecho a la doble instancia.

El voto del Dr. Borinsky expuso -v. acápite II de su votación- que coincidía con el Tribunal de origen en torno a la imposición de la agravante -la desigual desproporción de fuerzas entre atacante y la víctima- y la atenuante -ausencia de antecedentes condenatorios- y que en el caso no se habían transgredido los arts. 40 y 41 del Cód. Penal y dio argumentos concretos para ello referenciados con la descripción del hecho.

Sentado ello observó que tampoco el recurrente rebatió los argumentos del revisor para considerar como errónea la aplicación de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal y ello, creo yo, tiene relación con la reiterada doctrina de esa Suprema Corte en cuanto a que el desacuerdo sobre el modo en que gravitan las pautas severizantes y diminuentes no importa ni significa violación legal alguna (cfr. doc. causa P. 132.280, sent. de 13-IV-2021; entre muchísimas otras).

En otro orden, y entiendo que aquí es donde la defensa plantea su mayor diferencia, se cuestiona la recepción de la atenuante sobreviniente a la sanción y vinculada al tiempo insumido en la etapa

recursiva y por lo cual esa Suprema Corte hizo un reenvío a la instancia intermedia (v. Causa P. 122.670).

En relación a ello el Dr. Borinsky hizo una larga exposición recordando la doctrina de la Corte IDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la "teoría de la ponderación" y los elementos que deben tenerse en cuenta para aplicar dicha excepcional doctrina y afirmó que si el legislador dispuso que la legítima privación cautelar de derechos durante el proceso debe compensarse en términos de reducción del tiempo de pena por cumplir, con tanta o más razón deberá operarse de ese modo cuando la lesión del derecho del imputado carezca de justificación legal.

También expuso que el legislador no proporcionó reglas específicas al respecto para este tipo de supuestos, pero sí contempló la posibilidad de que circunstancias posteriores a la ejecución del hecho punible puedan producir el efecto de disminuir la culpabilidad, con la consiguiente adecuación de la pena.

Finalmente concluyó que en base a lo expuesto, y en orden a la apreciación de la mentada atenuante "tiempo insumido en la etapa recursiva", las características del hecho, el concurso de delitos ocurrido y demás circunstancias apreciadas en el marco de los artículos 40 y 41 del Código Penal, consideró justo que se fije la condena de J. C. H. en la de treinta y tres (33) años de prisión, es decir dos años menos que la originalmente impuesta.

Por su parte el Dr. Carral adhiere a la postura de su colega y afirma que no puede pasarse por alto que la pena constituye, exteriormente considerada,



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

P-135287-1

una pérdida de derechos fundamentales. Sostuvo que se ha considerado por la doctrina más moderna, que las lesiones de derechos constitucionales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso, en el caso dada la dilación que se extrae de su extensión temporal no imputable al acusado, deben ser abonadas en la pena pues tienen también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos, considerando para ello la cobertura constitucional derivada de la manda estatuida por los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 9.3 y 14.3.c del Pacto Internacional de sobre Derechos Civiles y Políticos.

Para finalizar agregó jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y adhirió en el mismo sentido y por iguales fundamentos a la individualización de la pena propuesta por el doctor Borinsky.

Como se advierte, los jueces del órgano revisor dieron argumentos a los fines de individualizar la pena y consideraron que el excesivo tiempo transcurrido durante la etapa recursiva haría disminuir la pena en dos años.

No encuentro, como opina el recurrente, que haya sido una respuesta breve pues como se advierte cada juez dio argumentos profusos, fundados en la doctrina reinante sobre la temática con anclaje en jurisprudencia de organismos internacionales de derechos humanos.

En definitiva lo cierto es que el recurrente está en desacuerdo con la pena finalmente

impuesta pero como ya dije, la manera que actúan las atenuantes, aun siendo sobrevinientes como la aquí analizada, no escapa al mecanismo de adecuación de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal y que tampoco aquí aparecen transgredidos.

Vale tener presente también, que esa Suprema Corte tiene dicho que el digesto sustantivo no contiene un determinado sistema legal para efectuar la dosimetría, ni un punto de ingreso a la escala penal dentro del marco de las escalas previstas para las penas divisibles en razón del tiempo o de la cantidad por los arts. 40 y 41 del Cód. Penal (cfr. doc. Causa P. 134.010, sent. de 15-VI-2022, entre muchas otras).

En ese sentido la respuesta del revisor encuentra sustento en la doctrina de esa Suprema Corte pues resolvió conforme los artículos del código fonal mencionado y dentro de una escala aplicable para el concurso real de delitos -50 años máximo- la cual tampoco resulta inconstitucional conforme también doctrina de esa Suprema Corte (Causas P. 133.921, P. 132.625, entre otras).

Por todo ello, se colige que el tribunal intermedio dio una adecuada respuesta a las objeciones que la defensa formuló ante esa sede y también por las cuáles se dispuso el reenvío por parte de esa Suprema Corte, ajustando su labor revisora a los parámetros que establecen los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su doctrina, así como también a los estándares fijados por el precedente



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

P-135287-1

"Casal" de la Corte Federal, media también respecto de este último agravio insuficiencia (art. 495, CPP).

IV. Por todo lo expuesto, entiendo que esa Corte debería rechazar los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación en favor de J. C. H.

La Plata, 17 de abril de 2023.

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

17/04/2023 13:54:23

