



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

P-137305-1

"A., C. A. s/  
recurso extraordinario de  
nulidad e inaplicabilidad de  
ley en causa N° 108.578 del  
Tribunal de Casación Penal,  
Sala III"

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.** La Sala III del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso de la especialidad deducido por la defensa oficial de C. A. A. contra la sentencia dictada por el Tribunal n° 7 del Departamento Judicial General San Martín que, mediante procedimiento de juicio abreviado, condenó al nombrado a la pena de trece (13) años de prisión, accesorias legales y costas, con más la declaración de reincidencia, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de privación ilegítima de la libertad calificada por la relación de convivencia y causar lesiones graves, lesiones graves calificadas por la relación preexistente y mediar violencia de género, abuso sexual con acceso carnal agravado por resultar un grave daño en la salud física y mental de la víctima (v. sent. de 12/IV/2022).

**II.** Contra dicho pronunciamiento, el Defensor Oficial Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, doctor Ignacio Juan Domingo Nolfi, interpuso sendos recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley, declarados ambos admisibles (v. resols. de 11/VIII/2022 -TCP- y 10/X/2022 -SCBA-).

**III. a.** Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Denuncia la errónea aplicación de la ley

sustantiva (art. 55 en función de las conductas tipificadas en los arts. 142 bis -2do. párr.-, incs. 2° y 3°; y 119 -3er. y 4to. párr.-, inc. "a", Cód. Penal).

Sostiene que las conductas atribuidas a su pupilo procesal (privación ilegítima de la libertad y abuso sexual con acceso carnal) no podían concursarse de manera material, sino tan solo aparente.

Desde ese andarivel, denuncia que de forma tautológica, el intermedio explicó que la calificación legal escogida por el tribunal de mérito había sido la correcta, omitiendo brindar los necesarios y obligados fundamentos de su decisión confirmatoria.

Sobre el punto, menciona que la sentencia en crisis no abastece la necesidad de fundamentar la autonomía de las conductas ilícitas concurridas.

Desde esa óptica, entiende que en autos, y habida cuenta de la materialidad ilícita acreditada, lo que existió fue una unidad de acción, toda vez que el ataque tuvo lugar sin solución de continuidad contra la integridad sexual de la víctima y en ese mismo marco fue privada de su libertad.

Pues entonces -explica-, la afectación a la libertad comenzó y culminó en el marco de los designios sexuales del imputado, no extendiéndose ni antes ni después por fuera de tal finalidad. Por lo que entiende que la conducta restrictiva de la libertad constituyó tan solo un medio comisivo para la concreción de su único objetivo, cual era concretar el abuso contra la víctima.

Suma que la simultaneidad de las conductas típicas atribuidas impide considerar la existencia de un segundo hecho (distinto del ataque



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

P-137305-1

sexual) que derive en la aplicación de las reglas del concurso real, pues éstas se encuentran supeditadas a la ocurrencia de varios hechos independientes, situación que no se patentiza en los autos.

Por último, argumenta que la concurrencia entre las conductas delictivas es solucionable echando mano al principio de consunción, pues el menoscabo a la libertad fue parte integrante (medio comisivo) del ataque sexual.

**III. b. Recurso extraordinario de nulidad.**

Señala que el fallo atacado, en relación a la ponderación de las circunstancias agravantes de la pena y su impacto en el monto de ésta, no obtuvo la mayoría de opinión constitucionalmente exigible en todo pronunciamiento judicial, violentándose así el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal (arts. 1, 18 y 75 -inc. 22-, Const. nac. y 161 -inc. 3º-, ap. "b" y 168, Const. prov.).

Sostiene que luego de arribar a un acuerdo (mayoría) en cuanto a la desestimación de tres agravantes (resistencia a la internalización de la norma, peligro de transmisión de una enfermedad sexual y extensión del daño causado), restaba determinar si ello debía o no impactar en la cuantía de la pena.

En ese sentido, refiere que el doctor Borinsky sentenció que la exclusión de las agravantes que proponía no debía tener impacto en el monto de la pena ya establecido puesto que resultaba exiguo y acorde a las circunstancias probadas en la causa y la culpabilidad del imputado.

Que por su parte, el doctor Violini, estimó que su postura sobre la obliteración de la agravante referida a la resistencia a la internalización de la norma tampoco debía gravitar sobre el *quantum* decidido en la instancia, pero por un motivo distinto: por lo exiguo de la pena impuesta en razón de la multiplicidad y gravedad de los delitos perpetrados por A.

Desde ese andarivel, concluye que los magistrados Borinsky y Violini arribaron a la misma conclusión pero brindando fundamentos diversos, pues para el primero, el no impacto en el monto de pena lo era en razón de la exclusión de dos agravantes, mientras que para el segundo, lo era en razón de la exclusión de tres agravantes.

Suma a ello, que ambos jueces también se desencontraron en la justificación de los motivos por los cuales entendieron pertinente de dejar incólume la sanción: que para el doctor Borinsky el motivo fueron las circunstancias comprobadas en la causa y la culpabilidad del imputado; mientras que para el doctor Violini, lo eran la multiplicidad y la gravedad de los delitos.

Concluye de todo ello, que el fallo solo contiene una mayoría formal, mas no sustancial (de fundamentos).

**IV.** Considero que los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley no deben prosperar.

De la lectura de ambas impugnaciones y de las constancias precedentes de la causa no advierto las falencias denunciadas por la defensa.



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

P-137305-1

Veamos.

Contra la sentencia de primera instancia que condenó a C. A., la parte dedujo recurso de casación reclamando, por un lado, la exclusión de la calificación legal del delito de privación ilegítima de la libertad y su concurrencia material con el de abuso sexual; y por el otro, la errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

En punto al primer grupo de agravios, estimó que el delito de privación ilegítima de la libertad quedaba subsumido en el de abuso sexual con acceso carnal también atribuido a su defendido, pues media entre ambos tipos penales -en el caso- una relación de consunción, toda vez que el delito contra la libertad no tuvo ningún plus independiente que lo haga concurrir de manera real con el dirigido a menoscabar la integridad sexual de la víctima, pues solo constituyó un medio comisivo.

En lo tocante a la segunda parcela, subrayó que, pese a tratarse de un procedimiento abreviado, los jueces deben dar acabadas razones del camino lógico que recorrieron para decidir el monto de pena.

En ese sentido, indicó que las tres circunstancias agravantes sopesadas no debían computarse como tal por encontrarse las unas sin la debida acreditación (peligro de transmisión de enfermedad sexual) y las otras reñidas con la garantía de la prohibición de doble valoración (grave daño en la salud y resistencia a la internalización de la norma).

Por su parte, el Tribunal de Casación Penal, rechazó el remedio articulado.

En lo que resulta de interés, sostuvo que la calificación legal decidida por su par de la instancia resultaba correcta, pues el imputado había privado de la libertad a la víctima (su pareja) impidiéndole salir de la vivienda al cerrarle la puerta de ingreso y la golpeó reiteradas veces, todo ello, con el fin de lograr la tolerancia por parte de la mujer de las agresiones sexuales finalmente consumadas.

En esa dirección, aseveró que conforme la plataforma fáctica incuestionada y las probanzas de la causa (que repasó) no resultaba acertada la hipótesis planteada por la defensa en punto a que el delito contra la libertad debía quedar subsumido por el delito contra la integridad sexual.

De otro lado, estimó correcta la individualización de la pena impuesta.

Sobre el punto, indicó que la pauta aumentativa referida a la resistencia a la internalización de la norma (conforme el antecedente penal registrado) resultaba de correcta estimación.

Asimismo, sobre las restantes severizantes, refirió que la agravante relativa al peligro de transmisión de una enfermedad sexual no se había alegado ni menos aún probado, y que, al ser una mera conjetura, correspondía su obliteración.

Del mismo modo, que respecto de la extensión del daño causado, su valoración colisionaba con la doble valoración prohibida.

Pese a ello, concluyó que la exclusión propuesta de las agravantes mencionadas no tendría impacto en el monto de pena ya impuesto, puesto que éste resultaba exiguo y acorde a las circunstancias probadas



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

P-137305-1

de la causa y a la culpabilidad de A.

Paso a dictaminar.

Como puede advertirse, y como ya lo adelanté, las quejas articuladas por la defensa no logran poner en evidencia los vicios denunciados y, consecuentemente, conmover lo decidido por el intermedio.

Veamos.

**1.** Sobre el agravio introducido en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, la parte solo presenta una diversa y particular visión sobre cómo debieron adecuarse las conductas desarrolladas por A. conforme la plataforma fáctica fijada, la consumación o no de distintos tipos penales y su eventual concurrencia, reeditando -en iguales términos- aquellas presentadas en instancias anteriores y, por consiguiente, desatendiéndose de las razones dadas por los juzgadores para no acogerlas.

Y, como es sabido, la sola opinión divergente sobre la fijación de los hechos o su adecuación típica, no constituye -per se- el vicio de arbitrariedad ni la incorrecta calificación legal decidida que la parte dice advertir. Ello, así planteado, deviene en un defecto técnico que sella la suerte de la vía intentada (art. 495, CPP).

Pero vale detenerse un momento en el contenido del agravio defensista, aquel, a través del cual, sostiene que en el discurrir de los hechos no se configuró la privación ilegítima de la libertad en los términos del art. 142 bis, (incs. 2 y 3) del Código Penal como delito autónomo.

Pues bien, en este tramo deviene

necesario entonces recordar la materialidad ilícita fijada por los juzgadores que, para más, llega incontrovertida a esta instancia.

El Tribunal en lo Criminal nro. 7 del Departamento Judicial General San Martín, tuvo por acreditado que "[...] entre las 08:30 y las 10:00 horas aproximadamente del 5 de noviembre de 2019, C. A. A., en el interior de la vivienda ubicada en la calle C. T. ... de Caseros, Partido de Tres de Febrero, privó ilegítimamente de la libertad a su pareja P. A. M., con quien convivía desde hacía 16 años y con quien tiene cuatro hijos, y ejerciendo violencia física y moral, abusó sexualmente de ella contra su voluntad, cuando al regresar aquella a su casa luego de acompañar a sus hijos al colegio, aquel le refirió 'vamos a coger', al tiempo que bajó la persiana de la ventana que da a la calle, y al negarse M., la arrojó por la fuerza sobre la cama sacándole las zapatillas, medias y pantalón y tras insultarla la tomó de los cabellos exigiéndole que le succione el pene, y al negarse le asestó trompadas en la cabeza y cara, y la obligó a hacerlo por la fuerza [...] Que luego, ella le dijo que tenía que irse a una reunión en el colegio, A. le contestó que no se iba a retirar y la accedió analmente, introduciéndole primero los dedos y luego el pene, para luego hacerlo vía vaginal [...] Que con el fin de que se detuviera M. le pidió que la llevara a la cocina, y estando allí, corrió hacia la terraza ubicada en el primer piso -porque él había cerrado la puerta de ingreso- y pidió auxilio a los gritos, pero él la siguió, tiró al piso, arrastró de los cabellos y le propinó golpes de puño y patadas; se subió encima de ella, la tomó con sus manos muy fuertemente del cuello y preguntándole por qué no quería tener relaciones



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

P-137305-1

*con él le asestó trompadas en la cara. Que ella logró empujarlo, corrió hacia el frente y cuando vio que él se acercaba con una cuerda se se arrojó a la vereda, siendo allí socorrida" (v. sent. 12/IV/2022).*

Con esa base fáctica encuentro insostenible la proposición de la defensa, pues la restricción a la libertad de la víctima en modo alguno puede quedar subsumida por el abuso sexual finalmente consumado. Es que la privación ejercida sobre la libertad de M. fue deliberadamente buscada y ejecutada por el imputado para lograr que la víctima tolere los designios sexuales que el causante había ya manifestado tener.

Recordemos que la misma defensa reconoce que aquella conducta obturadora de la libertad fue el medio comisivo escogido por A. para lograr concretar el abuso sexual pretendido. Empero, el yerro de la parte radica en sostener que al haber sido el medio escogido debe entenderse la privación de la libertad como subsumida en el tipo penal del abuso sexual. Inteligencia que no se compadece con la norma ni menos aún con los hechos.

El mismo art. 142 bis recepta tal supuesto con claridad cuando reza "[...] *Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad"*.

De tal suerte, la calificación escogida por el tribunal de grado y luego confirmada en la instancia revisora, es a todas luces la correcta, y su

conurrencia material insoslayable.

La decisión de A. de impedirle a la víctima la salida de la morada, cerrando la puerta de ingreso y obligando a ésta a buscar otras alternativas de escape -peligrosas para su integridad física-, explica que los elementos constitutivos del tipo penal en estudio se abastecieron sobradamente. Me explico.

El abuso sexual con acceso carnal es un delito instantáneo, pues su consumación se da en el momento de la penetración por cualquier vía. A contrario, la privación ilegítima de la libertad se extiende en el tiempo, por acotado o extenso que sea.

Pues entonces, amén de los distintos bienes jurídicos que ambas conductas afectan, lo cierto es que se trata de delitos autónomos y jurídicamente independientes.

Es que la libertad que protege la norma (art. 142 bis, Cód. Penal) es la libertad en sentido amplio, tenida en cuenta como atributo de la voluntad y de la capacidad que tiene una persona para decidir lo que quiere o no hacer, y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí misma en un determinado lugar, sin que su decisión se vea constreñida o mediatizada por otros sujetos, aunque teniendo presentes los condicionamientos que la propia convivencia impone a la actuación del ser humano. Al respecto, se ha dicho que la sujeción de la voluntad de la víctima a los imputados "*[...] afectó su facultad de autodeterminación y condujo a su captación y retención (...) con el fin de obligarlo a hacer o tolerar diferentes cosas (...) encuadra en la acción típica del art. 142 bis del CP, pues aquella consiste en el*



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

P-137305-1

*apartamento de una persona de la esfera donde desarrolla su vida en libertad o en sacar mediante cualquier medio a esa persona del lugar donde se encuentra, lo cual se complementa con un elemento subjetivo que exige que esa sustracción se realice con la finalidad de obligar a la víctima o a un tercero a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. [...] El segundo verbo típico previsto en la norma de trato es 'retener', entendiéndose por tal a mantener al sujeto pasivo en un sitio donde no quiere estar, es decir, implica hacer permanecer a la víctima fuera de la esfera donde se desarrolla su vida en libertad [...] La exigencia subjetiva específica es un elemento subjetivo del tipo que se agrega al dolo directo requerido por la figura. Es decir, el autor no solo debe obrar con conocimiento y voluntad sino que, además, acciones típicas deben realizarse para obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad" (Ricardo Basílico, L. Villada Jorge. Código Penal, 3ª ed. [En Línea]. Argentina: Hammurabi, 2023 [consultado 28 Apr 2023]. Disponible en: <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/codigo-penal-3a-ed?location=408>).*

Por todo lo dicho, la pretensión defensiva no logra anclar en las constancias de la causa ni en la exégesis de la norma de trato y se muestra tan solo como un argumento dogmático y teórico sobre eventualidades no ocurridas entre los tipos penales en estudio.

No huelga recordar que la pretoriana doctrina de la arbitrariedad no tiene como fin corregir sentencias equivocadas o que se reputen como tal, sino

que solo se encuentra dirigida a remendar o anular supuestos de omisiones o desaciertos de extrema gravedad que determinen al juzgador a dictar una sentencia que no puede reputarse como un acto jurisdiccional válido (doctr. SCBA, causa P-134.227, sent. de 15/VII/2022 entre muchas otras).

2. De otro lado, las denuncias vertidas en el recurso extraordinario de nulidad se desentienden de las constancias de la causa, pues la falta de mayoría de opiniones no se advierte en la decisión criticada.

Es que la defensa señala disparidades argumentativas entre las opiniones de los doctores Borinsky y Violini. Empero, de una correcta y completa lectura del fallo atacado, se advierte sin mayor esfuerzo que la mayoría alcanzada en el acuerdo casacional se formó a partir de las opiniones del último de los magistrados mencionados y la emitida por el doctor Carral, quien adhirió en un todo, a los fundamentos brindados por su colega preopinante (doctor Violini).

De tal suerte resulta innegable la concurrencia de opiniones entre los magistrados Violini y Carral, pues la adhesión en un todo a la opinión de un colega preopinante y por sus mismos fundamentos (como en el caso) importa también emitir una opinión, coincidente con la precedente, pero propia. Y ello, en modo alguno repugna la manda del artículo 168 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

Así lo tiene dicho también esa Suprema Corte de Justicia, por cuanto "[...] la adhesión significa que existe voto del Juez adherente con idénticos fundamentos a los del que se remite, pero por una razón de simplicidad obvia



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

P-137305-1

*su repetición", y que "es constitucionalmente válido el voto cuyos fundamentos no se expresan en extenso sino por adhesión a un voto anterior emitido en el mismo acuerdo" (P. 34.304, sent. del 9/IV/1985; P. 49.097, sent. del 29/XII/1994; P. 59.393, sent. del 5/V/1998; Ac. 77.766, sent. del 3/V/2000; P.86.665 sent. del a 24/5/2006, entre otras)" (SCBA, causas P-120.381, sent. de 6/V/2015 y P-130.227, sent. de 27/II/2019, e.o.).*

De tal suerte, el yerro de la defensa señalado me exime de realizar cualquier otra mención sobre el remedio extraordinario de trato.

**V.** Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte debería rechazar los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos por la defensa oficial de C. A. A.

La Plata, 11 de mayo de 2023.

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

11/05/2023 08:44:42

