



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

P-137396-1

"M. G. , E. H. s/
Queja en causa n° 93.792 del
Tribunal de Casación Penal,
Sala V"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala V del Tribunal de Casación Penal resolvió, en causa n° 93.792 seguida a E. H. M. G. , rechazar el recurso homónimo formulado por la defensa oficial y, consecuentemente, confirmar el fallo del Tribunal en lo Criminal n° 5 del Departamento Judicial de La Plata que condenó al imputado a la pena de veinte (20) años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante para la víctima por su duración en el tiempo y por acceso carnal y corrupción de menores agravada por ser la víctima menor de trece años de edad y mediando amenazas e intimidación en dos hechos en concurso material entre sí (v. Tribunal de Casación Penal, Sala V, sent. de 16-VII-2020).

II. Contra dicho pronunciamiento interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, José María Hernández, que fue declarado inadmisibile por el tribunal intermedio (v. Tribunal de Casación Penal, Sala V, resol. de 20-IX-2021) y luego admitido, queja mediante, por esa Suprema Corte (v. Suprema Corte de Justicia, resol. de 27-VI-2023).

III. Como único motivo de agravio, el recurrente denuncia la errónea aplicación del art. 41 del Cód. Penal, al valorarse como pauta agravante de la pena el presunto peligro para la salud de las víctimas.

Sostiene en tal sentido que dicha

circunstancia agravante -valorada por el tribunal de juicio y confirmada por el revisor, al tener en cuenta que el imputado abusó de las niñas sin utilizar protección- fue aplicada sin ningún sustento fáctico, toda vez que no se acreditó la existencia de una enfermedad sexual que permitiera poner en riesgo la salud física de las víctimas.

Entiende, de esta manera, que no puede afirmarse que las niñas estuvieron en riesgo de ser lesionadas en mayor magnitud, cuando la propia sentencia revisora asegura la ausencia de pruebas que demuestren el peligro.

A partir de allí concluye que, admitida la no demostración en la causa que su asistido fuese portador de alguna enfermedad de transmisión sexual, la agravante debe ceder, toda vez que el injusto se consideró incrementado en su gravedad debido a un peligro para el bien jurídico que, en realidad, se estimó no probado.

IV. Considero que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley no debe prosperar.

Ello así toda vez que de la lectura de la sentencia del revisor, no advierto falencias que la descalifiquen en los términos propuestos por la defensa.

Veamos.

1. Preliminarmente debo destacar que tanto la materialidad ilícita como la autoría del imputado llegan firmes a esta instancia, limitándose el reclamo del recurrente a la errónea aplicación del art. 41 del código sustantivo.

Sentado lo anterior, de las constancias de



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

P-137396-1

la causa surge que el tribunal de mérito condenó al imputado a la pena de veinte (20) años de prisión en orden a los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante para la víctima por su duración en el tiempo y por acceso carnal y corrupción de menores agravada por ser la víctima menor de trece años de edad y mediando amenazas e intimidación en dos hechos en concurso material entre sí.

A fin de graduar la pena se valoró como pauta atenuante, la ausencia de antecedentes penales; y como circunstancias agravantes, el peligro para la salud física de M. M. al haber abusado de ella sin protección, el daño causado a M. G. , los daños psicológicos provocados a ambas víctimas y el vínculo de tío abuelo entre el imputado y las niñas.

Contra dicho pronunciamiento articuló recurso de casación la defensa oficial de M. G. planteando, en lo que aquí interesa, la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal.

Manifestó la recurrente que el tribunal de mérito había incurrido en una doble valoración prohibida al receptar la pautas agravantes de la pena solicitadas por el acuse, toda vez que aquellas circunstancias -esto es, la puesta en peligro de la salud física de M. M. , el daño causado M. G. , los daños psicológicos generados a ambas y el vínculo familiar existente- resultaban elementos constitutivos de los tipos penales por los que el imputado había sido condenado y que, por tanto, no podían ser apreciados nuevamente para agravar aun más el monto de pena.

Como adelanté, el revisor rechazó el recurso intentado.

Para ello y en referencia a la severizante

vinculada al peligro para la salud de M. M. que es la que, en definitiva, ahora se cuestiona, el *a quo* expresó que la misma debía sostenerse, toda vez que el hecho de haber mantenido numerosos accesos carnales sin protección, implicó poner en peligro la salud física de la víctima.

Agregó que más allá de la acreditación de la existencia o no de una enfermedad o la aptitud de M. para ser madre, lo cierto era que la misma había corrido un mayor riesgo en el momento de ser abusada.

Basándose en esos argumentos y en las restantes pautas valoradas, consideró que la sanción impuesta resultaba justa y ajustada al disvalor del injusto y a la culpabilidad del imputado.

2. Paso a dictaminar.

En primer lugar y luego de confrontar los argumentos desarrollados por el recurrente en su remedio extraordinario con los antecedentes de la causa hasta aquí reseñados, surgen de los mismos evidentes diferencias que deben ser expuestas.

En efecto, al interponer el recurso de casación, la defensora alegó la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal por entender que la puesta en peligro de la salud física de la víctima formaba parte del tipo penal por el que su asistido había sido condenado y que, debido a ello, su consideración como pauta agravante al momento de graduar la pena redundaba en una doble valoración prohibida.

Es decir, cuestionó que al valorarse dicha severizante, el tribunal de juicio había violentado la prohibición de *ne bis in idem*.



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

P-137396-1

Sin embargo, al interponer el recurso extraordinario, se advierte que si bien el defensor plantea nuevamente la errónea aplicación de la ley sustantiva, lo cierto es que sus fundamentos son por demás disimiles, ya que en esta oportunidad no se refiere a que el peligro en la salud física de la víctima sea un elemento constitutivo del tipo, sino que lo que critica es que dicha circunstancia no puede tenerse por acreditada, toda vez que no se probó la existencia de una enfermedad sexual que permitiera poner en riesgo la salud física de la víctima.

A partir de allí, emerge una notoria variación argumental en la estrategia de la parte, afectándose a la unidad de la defensa que debe imperar en el proceso penal y que pone de manifiesto un viraje que, siendo producto de una reflexión tardía, no resulta atendible en la instancia extraordinaria (cfr. doctr. causa P. 134.254, sent. de 24-X-2022; e.o.).

Sin perjuicio de lo hasta aquí desarrollado, lo cierto es que la concreta respuesta brindada por el *a quo*, en el sentido de que el hecho de haber accedido carnalmente a la víctima en numerosas oportunidades sin utilizar protección implicó poner en mayor riesgo la salud física de la niña -más allá de haberse acreditado o no la existencia de una enfermedad de transmisión sexual- resulta conteste con la doctrina de esa Suprema Corte.

En tal sentido, ese Máximo Tribunal provincial se expidió en el precedente P. 133.820-Q (sent. de 23-II-2022) en el que, al igual que como sucede en autos, la defensa cuestionó la aplicación de la misma

pauta agravante por entender que no se había acreditado ninguna enfermedad ni contagio alguno de los que pudieran extraerse la configuración del riesgo.

En dicha oportunidad y, reitero, ante similares argumentos, se estableció que el recurrente no había logrado evidenciar -tal como ahora tampoco sucede- que la circunstancia de no haber utilizado preservativos en los hechos de abuso en los que existió penetración, no tuviera cabida en los parámetros de "los medios empleados" y "los peligros causados", previstos en el art. 41 inc. 1 del Cód. Penal.

A partir de allí, concluyó que la agravante cuestionada debía ser confirmada toda vez que bajo tal modalidad comisiva existió un mayor peligro de transmitir enfermedades a la víctima.

Lo dicho, resulta de aplicación al caso *sub examine*.

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 Penal, contra la resolución dictada por la Sala V de ese tribunal, en causa n° 93.792 seguida a E. H. M. G.

La Plata, 9 de mayo de 2024.

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

09/05/2024 13:54:14