

Cuaderno Temático de Dictámenes

2020

VIOLENCIA DE GÉNERO



Cuaderno Temático de Dictámenes

2020

VIOLENCIA DE GÉNERO





Presentación

Los dictámenes que emite la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires constituyen un corpus iuris integrado a partir de una elaboración jurídica propia realizada en el marco de las normas que habilitan la intervención del Organismo en los casos ventilados ante el aludido Tribunal.

En esta tarea, a más de la doctrina de los autores, son incorporadas diversas fuentes jurisprudenciales; entre ellas cobran especial protagonismo, la doctrina judicial emanada de la Suprema Corte de Justicia provincial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y también, por cierto, lineamientos o estándares originados en precedentes de tribunales internacionales, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe hacer notar el tenor dinámico que exhibe este corpus en tanto la Procuración General, al atender al interés público de la sociedad, debe ser permeable a las exigencias siempre actuales del bien común y propiciar los cambios jurisprudenciales que estas y los acontecimientos justifiquen. Ello sobre la base del respeto a un principio inmutable y primordial cual es la dignidad de la persona y los derechos humanos fundamentales.

En la Provincia de Buenos Aires, una especial mirada y perspectiva integral trasunta la estructura del Ministerio Público, como cuerpo de Fiscales, Defensores, Asesores de Menores e Incapaces y Curadores que, encabezado por el Procurador General, actúa en defensa de los intereses de la sociedad y persigue un eficaz equilibrio en la prestación de justicia respetando los valores consagrados en las disposiciones constitucionales.

La aludida estructura permite la unidad de acción y facilita la gestión de la protección del interés público de un modo cooperativo y solidario, con sustento en una sana dialéctica.

Elementales razones de transparencia y seguridad jurídica reclaman que los dictámenes que emite la Procuración a través de sus diversas áreas de especialización -Salas de Relatoría: penal; civil, comercial y laboral; constitucional y administrativo; y tutelar- sean sistematizados, publicados y difundidos. Y también, rectamente inteligidos.

Los Cuadernos Temáticos del CIJur representan así un esfuerzo institucional en pro de un mejor servicio a los operadores del derecho y a la comunidad en general, que arrima y facilita el conocimiento de las soluciones de justicia a las personas, en beneficio de la transparencia.

Con toda expectativa los ponemos a disposición.

DR. JULIO CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

(Índice)

VIOLENCIA DE GÉNERO

1. ABUSO SEXUAL. MENORES. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. TRATADOS INTERNACIONALES. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. APLICACIÓN. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. PROTECCIÓN

DEBER DE INVESTIGACIÓN. DERECHO A SER OÍDO. ESTÁNDARES PROBATORIOS

1.1. Causa P 133.029, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal de Casación- y G., M. -particular damnificada- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 19/06/2020	13
1.2. Causa P 133.697, "G., R. D. s/ recurso extraordinario de nulidad causa N.º 94.216 Tribunal de Casación Penal, Sala II", fecha: 12/06/2020	29
1.3. Causa P 132.967, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley seguida a B., H. E.", fecha: 27/05/2020	35
1.4. Causa P 131.523, "Altuve, Carlos Arturo -Agente Fiscal- s/ recurso de queja", fecha: 12/02/2020	51

2. ABUSO SEXUAL. GRAVEMENTE ULTRAJANTE. DELITO CONTINUADO. COEXISTENCIA DE LEYES. ACTOS INTERRUPTIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN. CORRUPCIÓN. PROMOCIÓN. FACILITACIÓN. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES: VIOLENCIA GRAVE. EXTENSIÓN DEL DAÑO. NOCTURNIDAD.

2.1. Causa P 132.978, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 05/06/2020	63
2.2. Causa P 133.550, "D., J. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 01/06/2020	79
2.3. Causa P 132.012, "P., J. N. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 20/03/2019	89
2.4. Causa P 128.344, "A. A. Y. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 31/08/2018	99
2.5. Causa P 130.846, "E., O. H. y otros s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 12/02/2019	105

3. HOMICIDIO AGRAVADO POR MANTENER RELACIÓN DE PAREJA. CONVIVIENTE Y MEDIAR VIOLENCIA DE GÉNERO (FEMICIDIO)

3.1. Causa P 132.301, "D., R. D. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 01/06/2020	129
3.2. Causa P 133.242, "G., M. V. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 20/02/2020	141
3.3. Causa P 131.131, "M., M. A. s/ recurso de queja", fecha: 19/12/2019	149
3.4. Causa P 132.720, "G., C. G. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 09/10/2019	157
3.5. Causa P 132.456, "Altuve, Carlos Arturo s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 27/08/2019	165
3.6. Causa P 132.059, "L., V. A. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 12/04/2019	173
3.7. Causa P 132.207, "C., M. F. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 06/09/2018	185

4. PERSPECTIVA DE GÉNERO. CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ. OBLIGACIONES DEL ESTADO

4.1. Causa P 132.080, "Pedernera, Esteban Rodolfo -Fiscal- s/queja, fecha: 28/02/2020	193
4.2. Causa P 132.936, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 19/12/2019	201
4.3. Causa P 128.344, " M., L. N. s/ abuso sexual", fecha: 17 de abril de 2017	215
4.4. Causa P 127.628, "P., O. A. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 13 /09/2017	225
4.5. Causa P 129.292, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 15-08-2017	233

5. SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA. IMPROCEDENCIA

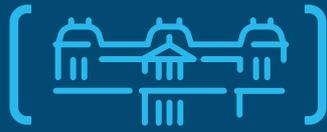
5.1. Causa P 129.642, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 11/10/2017	241
---	-----

5.2. Causa P 129.219, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 13/09/2017	253
5.3. Causa P 128.468, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 24/02/2017	265

6. VIOLENCIA FAMILIAR. ASESOR DE INCAPACES

6.1. Causa P 128.556, "G., G. Particular Damnificada s/ recurso de queja", fecha: 01/11/2017	275
6.2. Causa P 118.953, "Dra. SCHERMAN, Ida Ariana s/ solicita intervención inmediata de la Suprema Corte. avocación", fecha: 09/10/2012	287
6.3. Causa Ac. 99.204, "O., N. N. s/ protección contra la violencia familiar", fecha: 18/09/2006	307

Los textos editados corresponden al contenido de los dictámenes; en los casos pertinentes, los datos personales de las partes han sido anonimizados.



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 133.029-1

**“Altuve, Carlos Arturo -Fiscal de Casación- y G., M. -particular
damnificada- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”,
fecha: 19/06/2020**



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

“Altuve, Carlos Arturo -Fiscal de Casación- y G., M. -particular damnificada- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”

P 133.029-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal resolvió rechazar los recursos de casación interpuestos por la Fiscal General Adjunta del departamento judicial de San Martín y la particular damnificada M. G., -con el patrocinio letrado de los doctores Héctor Francisco Silveyra y Alejandro Albano Stipanic- contra el pronunciamiento dictado por la Cámara de Apelaciones y Garantías departamental que revocó parcialmente el auto del Juzgado de Garantías que rechazó la excepción de prescripción articulada por la defensa de C. E. J. y, en consecuencia, declaró la extinción de la acción por prescripción respecto de los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12 y 13 (v. fs. 35/43).

II. Contra esa decisión el Fiscal ante el Tribunal de Casación y la particular damnificada interpusieron recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley (v. fs. 48/58 vta. y 77/85, respectivamente), los cuales fueron declarados admisibles por el *a quo* (v. fs. 95/100).

a. *Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal ante el Tribunal de Casación.*

Denuncia el recurrente que la sentencia atacada resulta arbitraria por ser incongruente y brindar una fundamentación aparente.

Expresa el recurrente que en el recurso de casación interpuesto por el Fiscal no se efectuó -tal como sostiene el juzgador- un planteo de imprescriptibilidad de la acción penal respecto de los delitos de abuso sexual

cometidos contra menores de edad, ni tampoco solicitó la aplicación retroactiva de las leyes 26.705 y 27.205. Por el contrario, aquello que solicitó la fiscal en su recurso fue la revocación de la sentencia dictada por la Cámara de Apelación y Garantías, por considerar que las acciones penales emanadas de los delitos imputados en la presente causa no se hallaban prescriptas.

A raíz de ello trajo a colación dos fundamentos: a. que los delitos investigado en autos no deben ser considerados "comunes" pues poseen notas particulares -víctimas niñas cuyo interés superior debe prevalecer, su triple condición de vulnerabilidad, el ámbito en que se produjeron los hechos, la disparidad de poder entre el autor y las víctimas, el ocultamiento de los hechos por parte de la estructura eclesiástica- que de acuerdo al bloque de constitucionalidad federal, amerita que todo obstáculo para su investigación deban ser removidos, y b. que tanto al momento en que se realizó la denuncia de los hechos investigados como a la fecha en que los mismos habrían ocurrido, se hallaban vigentes los mismos principios jurídicos fundamentales en el ordenamiento jurídico argentino y pesaban sobre el Estado las mismas obligaciones internacionales.

Con esa marcha, sostiene que esos principios y obligaciones internacionales surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño (interés superior del niño y obligación estatal de proteger a niños, niñas y adolescentes contra toda forma de abuso sexual, arts. 3.1, y 19 de la CIDN), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8.1, 25.1, que obliga a los estados a garantizar la tutela judicial efectiva para toda persona cuyos derechos fueran vulnerados e investigar tales violaciones con la debida diligencia) y Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres (en particular, asegurar a las víctimas de violencia contra las mujeres procedimientos legales justos y eficaces, arts. 4 inc. "g" y 7 incs. "b", "c" y "f").

Postula así, que el encuadre del tema *decidendum* efectuado por el Tribunal de Casación resulta incorrecto, pues ese Ministerio Público Fiscal no solicitó ni la imprescriptibilidad de la acción en delitos como el

investigado en autos, ni la aplicación retroactiva de una ley. De este modo, el fallo del Tribunal de casación adolece de un vicio de incongruencia por cuanto no responde al planteo efectuado por la parte (correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado) resolviendo de este modo *citra petita*, tornando anulable el pronunciamiento por arbitrario.

En segundo lugar, denuncia apartamiento de la doctrina legal de la Corte federal y la Corte I.D.H en materia de operatividad y exigibilidad de los tratados de derechos humanos, vulneración del principio de supremacía constitucional y errónea aplicación del artículo 62 del Código Penal.

Esgrime que el planteo oportunamente formulado por ese Ministerio Público Fiscal refiere al concepto de "ley vigente" al momento de los hechos y al momento de la denuncia efectuada por las víctimas. Tal como se argumentó en el recurso oportunamente interpuesto, las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino de investigar con la debida diligencia y sancionar la violencia contra las mujeres, garantizarles el acceso a procedimientos legales justos y eficaces, proteger a las niñas contra toda forma de abuso sexual, y garantizar a las víctimas la tutela judicial continua y efectiva, se hallan vigentes desde el momento en que acaecieron los hechos que en autos se investigan, al momento de la denuncia efectuada por las víctimas y se mantienen incólumes hasta la actualidad.

Añade que tales obligaciones poseen fuente de jerarquía constitucional (CIDN y CADH) y supralegal (Convención de *Belem do Pará*) con lo cual, una norma de inferior jerarquía cual es, en el caso, el art. 62 del Código Penal, no puede ser invocada para incumplir tales obligaciones internacionales (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

En relación a ello trae a colación la supremacía constitucional (art. 31 Const. nac.) y la doctrina sentada por la CSJN, las normas de inferior jerarquía deben ser interpretadas de tal modo que no violenten normas de superior jerarquía. Y si de todas las interpretaciones posibles, ninguna resultara

armónica con el bloque de constitucionalidad federal, entonces tal norma debería ser declarada inconstitucional (CSJN "Rizzo", Fallos 336:760).

Aduce que el razonamiento expuesto por el juzgador para resolver el recurso de casación interpuesto resulta arbitrario por apartamiento de la doctrina de la CSJN y la Corte I.D.H en materia de exigibilidad de las obligaciones surgidas de tratados internacionales de derechos humanos. Ya desde el año 1992, con el célebre caso "Ekmekdjian c/Sofovich" (CSJN Fallos 315:1492) la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos resultan operativos y que las obligaciones a través de ellos asumidos son exigibles independientemente de la existencia de una ley que las reglamente en el orden interno.

Indica que sostener que los derechos humanos reconocidos en la Convención de Derechos del Niño (arts. 3.1 y 19), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8.1 y 25) y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (arts. 4 inc. g y 7 incs. b, c y f) no resultan operativos, violenta no sólo la asentada doctrina legal de la CSJN, sino directamente el bloque de constitucionalidad federal. Agrega que las expresiones "*toda persona tiene derecho*" (CADH), "*en todas las medidas concernientes a niños que tomen...los tribunales*" (CIDN), "*toda mujer tiene derecho*" (Convención de Belem do Pará), despejan toda duda sobre el carácter operativo, independientemente de su reglamentación legal en el orden interno.

Entiende, por otra parte, que el argumento del tribunal de casación que relaciona el cumplimiento de la obligación de "sancionar" los actos de violencia de género, no sólo desconoce los alcances que la Corte I.D.H le ha dado a tal obligación, sino que además se desentiende de la relación estrecha que la obligación de sancionar guarda con el deber de prevenir la violencia contra las mujeres y del deber reforzado de investigar con la debida diligencia. El recurrente trae en su apoyo el caso "González y otras vs. México", más conocido como "Campo Algodonero", de la CIDH.

Indica que, contrariamente a la interpretación sustentada por el Tribunal de Casación conforme la cual los tratados internacionales no obligan a los órganos jurisdiccionales sino al Poder Legislativo, la interpretación que la Corte I.D.H realiza es diametralmente opuesta (cfr. caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26/09/06, criterio reiterado en "Trabajadores cesados de Perú", decisión del 24/11/06).

Explica que, en el presente caso, se investigan reiterados hechos de abuso sexual simple y gravemente ultrajante -en concurso real- realizados por quien fuera sacerdote y representante legal del colegio S. F. J. dependiente de la Parroquia S. J. O. respecto de tres alumnas de entre 8 y 10 años de edad hechos acaecidos entre los años 1997 y 2008-.

En relación a ello, señala que las denuncias efectuadas por las víctimas E. Y. D., G. y M. G., una vez cumplida la mayoría de edad, datan del 6 de abril de 2017 y posteriormente la efectuada por C. S. B., a propósito de su convocatoria a prestar declaración testimonial, oportunidad en la que denunciara los hechos que la tuvieron por víctima e instara la acción penal.

Esgrime que a partir del conocimiento de los hechos que tomara en el año 2017 ese Ministerio Público Fiscal, resulta indelegable e inexcusable el cumplimiento de la obligación de investigar con la debida diligencia reforzada que fuera asumida por el Estado Argentino en los tratados antes mencionados, deber que no puede ser dejado de lado por una regulación de inferior jerarquía, en el caso, el art. 62 del Código Penal. Lo contrario -es decir, hacer prevalecer la prescripción de la acción conforme el art. 62 del Código Penal por sobre la obligación de investigar con la debida diligencia y, en su caso, poder sancionar a los responsables- implicaría vulnerar el principio de supremacía constitucional y haría pasible al Estado Argentino de responder internacionalmente por tales incumplimientos.

Puntualiza que, en el caso de autos, no medió renuncia, desinterés ni mora en investigar por parte de quienes la ley confiere tal potestad

y que la investigación no se vio abandonada ni demorada por inactividad o desinterés estatal en la persecución del delito, pues el Estado recién tomó *notitia criminis* en el año 2017 y desde entonces se han adoptado diversas medidas investigativas tendientes a cumplir con las obligaciones internacionales y constitucionales de averiguación de la verdad e identificación de los responsables de los hechos que pesan sobre este Ministerio Público.

Añade que, por su parte, la "demora" de las víctimas en realizar la denuncia no se debe a que hayan dejado de vivenciar conflictivamente el hecho, sino precisamente a obstáculos estructurales dados por la imposibilidad de denunciar oportunamente los hechos en buena medida debido a su triple condición de vulnerabilidad: su edad, género y condición de victimización temprana (100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad).

Sostiene que ignorar estas consideraciones implicaría beneficiar con la impunidad a quien se aprovechó de los altísimos niveles de vulnerabilidad de las víctimas, tanto para cometer el delito como para asegurarse -mediante el silenciamiento de las niñas- de estar exento de una investigación cierta y oportuna.

Señala que estaríamos ante el sinsentido de que el ordenamiento jurídico beneficie con mayores chances de impunidad a aquéllos que más aprovecharon la vulnerabilidad de las víctimas. Víctimas a quienes, paradójicamente, el Estado debe garantizar mayor - y no menor- protección de sus derechos y acceso a la justicia.

Enuncia el recurrente que numerosos informes dan cuenta de las dificultades estructurales que enfrentan las víctimas de abuso sexual - muy particularmente en casos de abuso sexual infantil- de tomar real dimensión de los hechos ocurridos, significar sus efectos, y poder realizar la denuncia ante los órganos correspondientes.

Indica que, en el caso de autos, la misma situación de poder, de la que el imputado se valió para perpetrar los hechos (la diferencia de edad, su situación de preeminencia al ser autoridad escolar y eclesiástica de instituciones a las que las niñas guardaban especial respeto, conocimiento y confianza con las familias), es la que impidió a las niñas dar noticia temprana de los acontecimientos a las autoridades estatales. Por lo tanto, en el presente caso ningún proceso judicial se inició al momento de los hechos de modo que el imputado no estuvo sometido a ninguna investigación.

Señala que M. G., dio cuenta de los hechos una vez adulta en el marco de la terapia psicológica realizada a propósito de los efectos causados por los acontecimientos que originaran la presente causa y luego tomó conocimiento informal de otras niñas de su colegio que habían atravesado situaciones similares con el acusado.

Recuerda que la acción penal emanada de los delitos denunciados resultaba ser -a la fecha de la denuncia que originara estas actuaciones- dependiente de instancia privada (art. 72.1 del Cód. Penal). Ello significa que este Ministerio Público Fiscal, en su carácter de órgano estatal, no se encontraba habilitado a investigar los hechos de oficio, lo cual tampoco podría haber materialmente ocurrido sin tener noticia alguna de los mismos. Una vez tomada debida *notitia criminis* de los acontecimientos, ese Ministerio Público Fiscal tiene el deber de investigar con la debida diligencia reforzada los hechos ocurridos.

Entiende que la resolución que ahora se impugna, impide el debido cumplimiento de ese deber, afecta el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas y de tal modo compromete la responsabilidad internacional del Estado argentino. En sentido similar al propuesto se ha pronunciado la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en el caso "A., J. s/recurso de casación" (sentencia del 22 de marzo de 2016, reg. 310/16).

Cita también en apoyo el fallo de la Sala IV de la Cámara

Federal de Casación Penal "A., J. s/recurso de casación" (sentencia del 22 de marzo de 2016, reg. 310/16) y el fallo emanado del Superior Tribunal de la provincia de Entre Ríos en causa "ILARRAZ, Justo José s/Promoción a la corrupción agravada - Incid. de extinción por prescripción s/RECURSO DE CASACIÓN" sentencia del 18 de noviembre de 201[4], el que fuera rechazado por la Corte Federal [*rectius*: por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal] el 7 de junio de 2018.

En definitiva entiende que, la decisión del Tribunal de Casación Penal, al confirmar la resolución que declara extinguida la acción penal por prescripción en la presente causa, vulnera obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino al suscribir la Convención de los derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, y lo hace en base a fundamentos aparentes y al apartamiento de la doctrina legal -aplicable. Por ello, solicita se la declare arbitraria, se deje sin efecto la decisión que considera extinguida la acción por prescripción y se ordene la continuación de la causa.

Por último, denuncia el recurrente errónea aplicación del art. 62 e inobservancia del art. 67 del Código Penal, en tanto la sentencia atacada rechaza los recursos del Ministerio Público Fiscal y de la Particular Damnificada, y confirma la resolución de la Cámara de Apelación y Garantías de San Martín que decretara la extinción de la acción por prescripción respecto de los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12 y 13, sin considerar debidamente que el hecho cuya acción considera vigente, posee eficacia interruptiva de la prescripción de las acciones penales de los restantes hechos.

Expresa que ello así, en tanto el art. 67 del Código Penal establece que el curso de la acción penal se interrumpe por la comisión de un nuevo delito. Si bien se ha interpretado que dicha expresión exige que exista una sentencia firme que reconozca la existencia de dicho delito, la doctrina acuerda que, en tanto se encuentre pendiente el proceso en que deba recaer ese pronunciamiento, es conveniente no declarar la prescripción con el objeto de

evitar decisiones contradictorias.

En el caso, el recurrente, considera vigente la acción emanada del hecho identificado como hecho 8 (extendido desde el 15/05/1999 hasta noviembre de 2008- por considerar que no transcurrió a su respecto el plazo del art. 62 inc. 2 del Cód. Penal).

Esgrime que en la actualidad la causa por dicho delito se encuentra elevada a juicio (IPP 15-00-15622-17) por lo que, conforme el criterio doctrinario antes expuesto y la correcta aplicación del art. 67 del Código Penal, no resulta adecuado -como efectuó el Tribunal de Casación declarar extinguida por prescripción la acción en los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12 y 13, sino hasta que se determine si el imputado cometió -o no- un "nuevo delito" en el "hecho 8" y se establezca si el curso de la prescripción fue interrumpido.

Concluye que la omisión de considerar adecuadamente el carácter interruptivo de la prescripción que el "hecho 8" posee respecto del curso del plazo prescriptivo de las acciones emanadas de los restantes hechos, constituye una errónea aplicación del art. 62 y una inobservancia del art. 67 del Código Penal que debe ser declarada y revocada por esa Suprema Corte, lo que así solicita.

b. *Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la particular damnificada.*

Señala la recurrente que las leyes 26.705 (B.O. 5/10/11) y 27.206, entraron en vigencia con posterioridad a la fecha de los hechos denunciados, es fundamental considerar que para la época de aquellos hechos se encontraban vigentes los principios jurídicos que dieron fundamento a la sanción de las leyes citadas, ya que el Estado argentino había adquirido el rol de Estado Parte en diferentes convenciones internacionales de rango constitucional, especialmente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) (que entró en vigencia el

03/05/95), y la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Ley Nro. 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990, y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990), sosteniendo -al igual que el Juez de Garantías N.º 1 del departamento Judicial de General San Martín, que los hechos imputados se encuentran alcanzados por la normas de la "Convención de Belém do Pará" (arts. 1 y 2).

En lo que respecta a la afirmación del *a quo* relativa a que las convenciones internacionales establecen obligaciones de adecuación para los Estados partes, pero carecen de imperatividad para modificar la legislación doméstica, sostiene que el o es erróneo y arbitrario, dado que es común en la Justicia y también en la Doctrina argentina, confundir los términos "aprobación" que hace el Congreso argentino con el término "ratificación" que únicamente compete al Poder Ejecutivo y forma parte de la etapa final de formación de un tratado. De este modo, indica que el Congreso argentino no ratifica, sino que se limita a aprobar o desechar el texto de un tratado. Esta aprobación del Congreso se hace mediante una ley, que deberá ser promulgada y publicada por el Poder Ejecutivo.

Sostiene que la ley n.º 23.849 dispuso "*Apruébese la Convención sobre los Derechos del Niño*", sancionada el 27 de septiembre 27 de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990; y la ley n.º 24.632 "*Apruébese la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará"*". Sancionada el 13 marzo de 1996 y promulgada el 1 de abril de 1996 son dos claros exponentes de esta modalidad.

En relación a ello entiende que una de las cuestiones a resolver entonces, al adoptar un sistema monista, es determinar el orden de prelación para el supuesto que surjan conflictos normativos, así en nuestro caso corresponde analizar qué orden jerárquico tienen los tratados respecto de la restante normativa estatal argentina.

Con cita en opinión doctrinaria, expresa que el derecho argentino condiciona la validez de toda norma jurídica, con su compatibilidad con los preceptos constitucionales. Establece un monismo con supremacía constitucional que se extiende también a los tratados.

Asimismo, señala que el artículo 27 de la Constitución nacional textualmente dispone: *"El gobierno Federal está obligado a afianzar las relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución..."*

Añade que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional diferencia entre los tratados (y concordatos) clásicos y los tratados que tienen jerarquía constitucional.

En relación a ello sostiene que todo tratado y concordato clásico poseen jerarquía superior a las leyes nacionales. Esto significa que ninguna norma federal (ley, decreto, resolución, etc.), provincial (constituciones provinciales, leyes, decretos, etc.) ni municipal, pueden contradecir los términos de un documento de dicha naturaleza.

Expresa que, sin embargo, por sobre estos tratados existen dos sistemas de normas que tienen prevalencia: la Constitución nacional y los tratados con jerarquía constitucional. Estos últimos, son convenciones y declaraciones internacionales, que taxativamente enumera la Constitución nacional en su artículo 75 inciso 22, a los que otorga el rango de norma constitucional, agregando que deben entenderse complementarios de la Constitución. Pero concordante con el principio del art. 27, nuestra Carta Magna dispone que estos tratados no derogan ningún artículo de la parte dogmática de la Constitución.

Entiende que con ello establece la primacía de la Constitución por sobre todo tratado o convención internacional. Con lo expuesto y según la letra de la Constitución nacional siguen prevaleciendo los principios de

la parte dogmática, esto es la primera parte de la Constitución nacional.

Señala que sobre la posibilidad que un tratado entre en conflicto con la Constitución nacional, se presume que antes de su aprobación y posterior ratificación, se llevó a cabo el control de concordancia con las normas constitucionales, dado que una vez en vigor, ningún Estado puede invocar su normativa interna para no cumplirlo (art. 27 de la Convención de Viena). Un tratado dotado de jerarquía constitucional que complementa a la Constitución, por principio lógico no puede contradecirla ni entrar en conflicto con ella.

Afirma que es conteste la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece la supremacía absoluta del derecho internacional por sobre la Constitución nacional.

En este sentido trae a colación el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Simón, Julio H y otros s/ privación ilegítima de la libertad", sentencia del 2 de noviembre de 2005, dado que, para la condena del imputado, deja de lado el art. 18 de la Constitución nacional, pese a lo normado por el art. 75 inc.22, que establece la prelación de la parte dogmática de la Constitución Nacional.

Concluye sobre este punto que el Estado argentino adopta para los tratados, un sistema de monismo con supremacía constitucional, con vigencia directa e inmediata en el derecho interno cuando la normativa internacional es de carácter operativo, vale decir que no requiere de reglamentación previa alguna. Y en cuanto a la normativa internacional consuetudinaria, en la medida que se trate de normas del *ius cogens*, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce la supremacía absoluta, aún por sobre la Constitución nacional.

En virtud de lo reseñado denuncia que deviene arbitraria la interpretación del Tribunal *a quo* por cuanto las leyes 23.849 y 24.632 - tratados con jerarquía constitucional- se encontraban vigentes con anterioridad

a cada uno de los hechos ilícitos cometidos por el procesado, tanto en el ámbito local como internacional.

Por consiguiente, entiende que el instituto de la prescripción cede frente a lo establecido por las leyes señaladas.

Aduce que la recepción por parte del legislador 10 años después del comienzo de la aplicación de la jurisprudencia de la Corte de Suprema de Justicia de la Nación plasmadas en las leyes 26.705 y 27.206, no hizo más que dar por finalizado un camino interpretativo que el Tribunal *a quo* endilga de pantanoso, y en el que evidentemente ha decidido obviar desconociendo las leyes 23.849 y 24.632.

Sostiene que en el presente caso, queda claro que la suscripta era tan solo una niña al momento de sufrir los hechos imputados, lo que le impidió tener acceso efectivo a la justicia, y en consecuencia, resolver la prescripción de la acción penal con motivo de que la reforma legislativa operada al respecto, en cumplimiento del compromiso asumido por la República Argentina varias décadas atrás, fue dispuesta con posterioridad a los hechos investigados implicaría contrariar las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la "Convención de *Belém do Pará*" para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados, y procurarle a las víctimas legislación y procedimientos eficaces a esos fines; en desconocimiento, asimismo, del Superior Interés del Niño que se vería, en definitiva, también desconocido en el presente caso, de considerarse que la acción penal incoada respecto de la grave conducta de abuso sexual a la que fue sometida siendo una niña, y que denunció habiendo alcanzado la mayoría de edad, se extinguió.

Añade a todo lo expuesto, que en los fundamentos que acompañaron al proyecto de la ley de reforma N.º 26.705, y que se mantuvieron en iguales términos en la posterior ley 27.206, los que transcribe.

Finaliza señalando que corresponde rechazar y modificar el decisorio del Sala Segunda del Tribunal de Casación toda vez que la acción

penal incoada respecto de los hechos de los que fuera víctima no se encuentran prescriptos, ya que al momento que se formuló la denuncia penal, una vez alcanzada la mayoría de edad, no ha transcurrido el plazo previsto en el artículo 62, inciso 2, del Código Penal.

III. En primer lugar, y en relación al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, lo sostengo (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP) y me remito al mismo.

Sólo he de agregar las consideraciones que efectué en el dictamen realizado en causa P. 132.967 caratulada "*Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley seguida a Boan, Héctor Enrique*" (dict. del 27 de mayo del corriente año), las que resultan -en lo pertinente- trasladables al presente caso.

En lo que respecta a la vía extraordinaria articulada por la particular damnificada -con el patrocinio de los Dres. Silveira y Stepanic-, considero que sus agravios resultan ser coincidentes con los desarrollados por el Sr. Fiscal de Casación Penal, por lo que también debe proceder este recurso.

IV. Por todo lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debe hacer lugar a los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos por el Fiscal ante el Tribunal de Casación y la particular damnificada.

La Plata, 19 de junio de 2020.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 133.697-1

**“G., R. D. s/ recurso extraordinario de nulidad causa N.º 94.216
Tribunal de Casación Penal, Sala II”, fecha: 12/06/2020**



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

"G., R. D. s/ recurso extraordinario de nulidad causa N.º 94216 Tribunal de Casación Penal, Sala II"

P 133.697-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal, el 30 de abril de 2019, rechazó el recurso de la especialidad interpuesto por la Defensora oficial en favor de nombrado G., contra la sentencia dictada por Tribunal en lo Criminal nro. 1 del Departamento Judicial Morón que condenó a R. D. G., a la pena de veintitrés (23) años de prisión, accesorias legales y costas, con más la declaración de reincidencia, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de robo calificado por el uso de arma, privación ilegal de la libertad, abuso sexual con acceso carnal, en concurso real entre sí y corrupción de menores en concurso ideal (v. fs. 120/123 vta.).

II. Frente a esa decisión la Defensora adjunta ante el revisor interpuso recurso extraordinario de nulidad, el que fue declarado admisible por el órgano intermedio (v. fs. 130/134 y 135/137, respectivamente).

Corresponde aclarar que, en el recurso extraordinario de nulidad, la defensora de casación incluyó un agravio referido a que la sentencia atacada resultaba arbitraria por omisión de tratamiento (v. fs. 133 y vta.), aspecto sobre el que nada se mencionó en el auto de admisibilidad decretado por el *a quo*. Corresponde, a mi entender, tenerlos por admitidos a los fines de no dilatar el proceso, sin perjuicio de lo que se dictamine sobre el fondo.

III. La recurrente sustenta su reclamo alegando omisión de tratamiento de cuestión esencial.

Señala que la Casación no abordó los concretos agravios

planteados por la misma defensora de casación que ahora recurre al presentar el memorial previsto en el artículo 458 del Código Procesal Penal, incurriendo de ese modo en una manifiesta transgresión al artículo 168 de la Constitución provincial al omitir el tratamiento de una cuestión que reviste el carácter de esencial.

Sostiene que, con el afán de mejorar la situación de su asistido en el marco de la específica función de la defensa, desarrolló dos agravios referidos a la violación de la ley sustantiva. Uno referido a la errónea aplicación de artículo 55 -en remisión a los arts. 142 inc. 1 y 166 inc. 2-, todos del Código Penal, en tanto que configurada la privación ilegal de la libertad de modo independiente del robo se quebraba en dos un hecho único pues la privación de la libertad fue empleada por el autor para consumir la sustracción y asegurar su impunidad, formando parte de la propia violencia del robo. Y el otro, en orden al delito de corrupción, sostuvo que la falta de demostración del elemento subjetivo que requiere el tipo penal para su configuración, torna infundada la sentencia en cuanto aplica el art. 125 del Código Penal.

Afirma que el silencio sobre dichos agravios por parte de la Casación importó la inobservancia de la regla impuesta en el artículo 168 de la Constitución provincial, que establece que los tribunales de justicia deberán resolver las cuestiones de carácter esencial que le fueren sometidas por las partes.

Esgrime que las cuestiones puestas a consideración del revisor, vinculadas a la correcta calificación legal de los sucesos, revestían una relevancia tal que, en caso de resultar exitosos los reclamos, traían como consecuencia una disminución de la pena impuesta.

Finalmente, aduce que la transgresión constitucional mencionada, además importó el dictado de una sentencia arbitraria y sostiene que una específica causal de esa doctrina es aquella dada por la existencia de omisiones de cuestiones planteadas, que se produce -por ejemplo- cuando el órgano jurisdiccional omitió pronunciarse, sin razón justificatoria, sobre una

cuestión de derecho expresamente articulada (Fallos, 306:344), lo que genera afectación de las garantías de defensa en juicio y del debido proceso, y -por ende- cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48.

Por todo lo expuesto, solicita que se declare la nulidad -de modo parcial- y reenvíen los autos a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento para que se traten las cuestiones planteadas.

IV. En mi consideración, el recurso extraordinario de nulidad deducido por la Defensa Oficial ante el Tribunal de Casación Penal a favor de R. D. G., no puede tener acogida favorable.

Cabe recordar que la defensora de instancia, al presentar el recurso de casación a favor G., se agravó del monto de penal impuesta al mismo. En ese sentido, cuestionó la falta de valoración de una pauta atenuante (la situación de droga dependiente) y calificó a la pena impuesta como excesiva (v. fs. 94/101 vta.).

Fue con la presentación del memorial que autoriza el artículo 458 Código Procesal Penal que la Defensora adjunta ante el Tribunal de Casación Penal -Dra. Biasotti- expuso los agravios vinculados con la calificación legal dada al evento juzgado y cuya omisión de tratamiento achaca ahora al revisor (v. fs. 111/113 vta.).

Bajo tal contexto, la Casación no se encontraba obligada a dar tratamiento a esos reclamos desde que los mismos no fueron expuestos al momento de presentar el recurso de casación originario, sino que fueron expuestos en una etapa posterior a esa primigenia deducción, esto es, al presentar el memorial sustitutivo de la audiencia que regula el artículo 458 Código Procesal Penal (arg. art. 451, CPP).

Esa Corte tiene dicho que "*el último párrafo del apartado cuarto del art. 451 del ritual, marca el límite temporal para expresar los motivos de casación: hasta la interposición del recurso. Una vez vencido ese término '...el recurrente no podrá invocar otros motivos distintos'. // Basta recordar que las*

posteriores ocasiones procesales -en especial, la audiencia prevista en el art. 458 del Código Procesal Penal- están contempladas para que se complete, con argumentos y citas legales, el planteo originario del recurso, sin que quepa ampliar el espectro del material sobre el cual el Tribunal de Casación debe ejercer su control de legalidad. // En consecuencia, desde el análisis efectuado, no se advierte omisión alguna del a quo en el tratamiento de la cuestión ahora traída ante esta instancia extraordinaria, cumpliéndose en el caso con el estándar fijado por los arts. 168 y 171 de la carta magna local para dotar de validez a una sentencia definitiva" (doct. en P. 125.889, S. 14-IX-2016 y P. 130.537, S. 8-V-2019, e/o).

Por otro lado, cabe destacar que la denuncia de arbitrariedad del pronunciamiento, así como las referencias a la inobservancia de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, son ajenas a la vía impugnativa intentada (conf. doct. P. 110.072, resol. de 18-IV-2011; P. 107.461, resol. de 30-V-2012; P. 122.027, resol. de 8-IV-2015; e.o.), y conduce a la improcedencia del mismo.

Concluyendo, la sentencia dictada por el Tribunal de Casación Penal cumple con las exigencias impuestas por la Constitución de la Provincia (arts. 168 y 171, Const. prov.), en tanto la misma abordó todas las cuestiones que le fueron oportunamente planteadas.

V. Por lo expuesto, considero que esa Corte debe rechazar el recurso extraordinario de nulidad deducido por la Defensora adjunta ante el Tribunal de Casación Penal a favor de R. D. G.

La Plata, 12 de junio de 2020.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 132.967-1

**“Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación
Penal s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley
seguida a B., H. E.”, fecha: 27/05/2020**



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

"Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley seguida a B., H. E."

P 132.967-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Tercera del Tribunal de Casación rechazó el recurso de la especialidad interpuesto por el Fiscal General de Lomas de Zamora contra la resolución de la Sala Primera de la Cámara de Apelación Garantías Penal departamental que revocara la del Juzgado de Garantías, declaró extinguida por prescripción la acción penal sobreseyendo a H. E. B. en relación a los hechos calificados como abuso sexual simple, abuso sexual agravado por el vínculo y abuso sexual con acceso carnal reiterados, disponiendo la inmediata libertad del nombrado (v. fs. 41/ 44 vta.).

II. Contra esa resolución el Fiscal ante el Tribunal de Casación interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 47/54 vta.) el cual fue declarado admisible por la Sala revisora del Tribunal de Casación (v. fs. 96/101).

Destaca que, en principio los fundamentos brindados por el Tribunal de Casación para rechazar el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal resultan incongruentes e inatingentes para responder los agravios planteados en la impugnación oportunamente interpuesta, lo que convierte a la resolución dictada en arbitraria por fundamentación aparente.

Expresa que, en el recurso de casación el Fiscal no solicitó -como afirma el Tribunal de Casación en su sentencia- la aplicación retroactiva de las leyes 26.705 y 27.205, ni tampoco argumentó que el caso de autos es equi-

parable al ventilado en el precedente "Bueno Alves" de la Corte I.D.H.

Aduce que, por el contrario, aquel o que solicitó el Fiscal en su recurso fue la revocación de la sentencia dictada por la Cámara de Apelación y Garantías por considerar que las acciones penales emanadas de los delitos imputados en la presente causa no se hallaban prescriptas. Ello en tanto considera que todas las obligaciones internacionales emanadas de los tratados de derechos humanos ameritan que todo obstáculo para la investigación de delitos que involucren violencia contra las mujeres -en este caso niñas- deban ser removidos.

Sostiene que el encuadre del *thema decidendum* efectuado por el Tribunal de Casación resulta incorrecto, pues este Ministerio Público Fiscal no solicitó la aplicación retroactiva de la ley 27.206, ni la extensión al caso de la doctrina "Bueno Alves", agravios que se abocó a tratar el Tribunal de Casación.

Resalta lo señalado por cuanto, de ese modo el fallo del *a quo* adolece de un vicio de incongruencia por cuanto no responde al planteo efectuado por la parte (correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado) resolviendo de ese modo *citra petita*, tornando anulable el pronunciamiento por arbitrario toda vez que se resolvió la impugnación planteada en base a fundamentos tan solo aparentes.

Esgrime el recurrente que tal como se argumentó en el recurso oportunamente interpuesto, las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino de investigar con la debida diligencia y sancionar la violencia contra las mujeres, garantizarle el acceso a procedimientos legales justos y eficaces, proteger a las niñas contra toda forma de abuso sexual, y garantizar a las víctimas la tutela judicial continua y efectiva, se hallan vigentes desde el momento en que acaecieron los hechos que en autos se investigan, al momento de la denuncia efectuada por las víctimas y se mantienen incólumes hasta la actualidad. Y tales obligaciones poseen fuente de jerarquía constitucional (CIDN y CADH) y supralegal (Convención de *Belém do Pará*).

En relación a ello aduce que una norma de inferior jerarquía cual es, en el caso, el art. 62 del Código Penal, no puede ser invocada para incumplir tales obligaciones internacionales (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Añade que en atención al principio de supremacía constitucional (art. 31 Const. nac.) y la doctrina sentada por la C.S.J.N, las normas de inferior jerarquía deben ser interpretadas de tal modo que no violenten normas de superior jerarquía. Y si de todas las interpretaciones posibles, ninguna resultara armónica con el bloque de constitucionalidad federal, entonces tal norma debería ser declarada inconstitucional (CSJN "Rizzo", Fallos 366:760).

Insiste el recurrente con el planteo efectuado por el Fiscal General en su recurso en tanto el Ministerio Público Fiscal tomó conocimiento de los hechos al realizarse la denuncia, inmediatamente después de develados los acontecimientos por parte de las víctimas.

Aduce que a partir de ese conocimiento resulta indelegable e inexcusable el cumplimiento de la obligación reforzada de investigar con la debida diligencia que fuera asumida por el Estado Argentino en los Tratados antes mencionados, deber que no puede ser dejado de lado por una regulación de inferior jerarquía, en el caso, el art. 62 del Código Penal.

Esgrime que lo contrario -es decir, hacer prevalecer la prescripción de la acción conforme el art. 62 del Código Penal por sobre la obligación de investigar con la debida diligencia y, en su caso, poder sancionar a los responsables- implicaría vulnerar el principio de supremacía constitucional y haría pasible al Estado Argentino de responder intencionalmente por tales incumplimientos.

Plantea que, en el caso de autos, no medió renuncia, desinterés ni mora en investigar por parte de quienes la ley confiere tal potestad.

En ese sentido destaca que el fundamento de la prescripción, es la pérdida de "vigencia vivencial conflictiva del hecho sometido a jurisdicción

para pasar a ser un "mero hecho histórico anecdótico En definitiva escapa a la vivencia de sus protagonistas y afectados" (CSJN "Arancibia Clavel, Fallos 327:3312).

Expresa que, en el caso nada de ello ha ocurrido en tanto la investigación no se vio abandonada ni demorada por inactividad o desinterés estatal en la persecución del delito, pues el Estado recién tomó *notitia criminis* en el año 2014 y desde entonces se han adoptado diversas medidas investigativas tendientes a cumplir con las obligaciones internacionales y constitucionales de averiguación de la verdad e identificación de los responsables de los hechos que pesan sobre este Ministerio Público.

Asimismo, señala que la demora de las víctimas en realizar la denuncia no se debe a que hayan dejado de vivenciar conflictivamente el hecho, sino precisamente a obstáculos estructurales dados por la imposibilidad de denunciar oportunamente los hechos en buena medida debido a su triple condición de vulnerabilidad: su edad, género y condición de victimización temprana (100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad).

Esgrime que ignorar esas consideraciones implicaría beneficiar con la impunidad a quien se aprovechó de los altísimos niveles de vulnerabilidad de las víctimas, tanto para cometer el delito como para asegurarse -mediante el silenciamiento de las niñas- de estar exento de una investigación cierta y oportuna.

Entiende el Fiscal recurrente que estaríamos ante el sinsentido de que el ordenamiento jurídico beneficie con mayores chances de impunidad a aquéllos que más aprovecharon la vulnerabilidad de las víctimas a quienes paradójicamente, el Estado debe garantizar mayor -y no menor- protección de sus derechos y acceso a la justicia.

Así el recurrente trae a colación las denuncias efectuadas por M. A. G., N. G. F. y G. A. P. contra H. E. B. a quien sindicaron como autor

de numerosos hechos de abuso sexual cometidos en momento en que resultaban menores de edad.

Luego de transcribir parte de dichos testimonios arguye que B. aprovechó la inocencia e inmadurez mental de las niñas para satisfacer sus deseos sexuales, abusando de ellas desde temprana edad (6, 7 y 8 años) y corrompiendo su sexualidad al exponerlas prematuramente a trato sexual no consentido con adultos. A tal punto que dicho sometimiento habría provocado que las damnificadas bloquearan mentalmente lo ocurrido, pudiendo ahora, en su etapa adulta y con ayuda terapéutica, asumir lo *prima facie* sucedido y sacarlos a la luz.

Plantea el recurrente que, en el caso de autos, la misma situación de poder de la que el imputado se valió para perpetrar los hechos es la que impidió a las niñas dar noticia temprana de los acontecimientos a las autoridades estatales.

En relación a ello remarca que por lo tanto en el presente caso ningún proceso judicial se inició al momento de los hechos de modo que el imputado no estuvo sometido a ninguna investigación.

Señala que el instituto de la prescripción es una cuestión de orden legal interno, que no viene impuesto de la Constitución Nacional y/o Tratados Internacionales, siendo que, si bien hace operativo en parte el derecho de toda persona a ser juzgado en un plazo razonable, cierto es que, en casos como el particular, el proceso se inició recientemente, con lo cual no hay afectación a ese derecho constitucional.

Esgrime que, por el contrario, existe afectación constitucional si no se le reconoce a las víctimas acceso a la justicia (art. 87 y 252 de la CADH, 18 y 75 inc. 22 de la Const. nac., ver precedentes "Otto Wald", Santillán", "Juri" de la CSJN). Vulneración que se daría de considerarse prescripta la acción en la presente causa por el mero transcurso del tiempo, en circunstancias que aquéllas no tenían al alcance de manera visible y palpable el ejercicio de ese derecho.

Afirma que la imprescriptibilidad de los delitos cometidos contra la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes por parte de los adultos responsables que debían velar por su cuidado, se sostiene del claro sentido de concebir a los primeros como sujetos de derecho, que, al no poder ejercerlo durante esa etapa, lo deben tener garantizado una vez finalizadas las circunstancias internas y externas que les impedían dar a conocer lo que desde pequeños o pequeñas les habría atormentado.

Considera el recurrente que, si no hay denuncia, no hay proceso y si no hay proceso, la idea de plazo razonable se desdibuja, ya que no hay juicio y el plazo razonable debe tenerse en consideración para tramitar el juicio; no cuando éste no está iniciado por circunstancias tenidas en vista por el propio imputado; la extrema vulnerabilidad de las niñas víctimas.

Recuerda que la acción penal emanada de los delitos denunciados resultaba ser -a la fecha de la denuncia que diera origen a estas actuaciones- dependiente de instancia privada (art. 72.1 del Cód. Penal).

En relación a ello expresa que el Ministerio Público Fiscal, en su carácter de órgano estatal, no se encontraba habilitado a investigar los hechos de oficio ni podría haber ello materialmente ocurrido al no tener noticia alguna de los mismos.

Esgrime que una vez tomada debida *notitia criminis* de los acontecimientos, este Ministerio Público tiene el deber de investigar con la debida diligencia reforzada los hechos ocurridos la resolución que ahora se impugna, impide el debido cumplimiento de ese deber, afecta el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas y de tal modo compromete la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Cita en apoyo a su planteo el fallo de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal "A., J. s/recurso de casación" (sentencia del 22 de marzo de 2016, reg. 310/16) y el fallo emanado del Superior Tribunal de la pro-

vincia de Entre Ríos en causa "ILARRAZ, Justo José s/Promoción a la corrupción agravada - Incid. de extinción por prescripción s/RECURSO DE CASACIÓN" sentencia del 18 de noviembre de 201[4], el que fuera rechazado por la Corte Federal [*rectius*: por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal] el 7 de junio de 2018.

Finaliza señalando que la decisión del Tribunal de casación Penal que impugna, al confirmar la resolución que declara extinguida la acción penal por prescripción en la presente causa, vulnera obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino al suscribir la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra las Mujeres, y lo hace en base a fundamentos aparentes, por ello solicita se declare arbitraria y se deje sin efecto la decisión que considera extinguida la acción por prescripción y se ordene la continuación de la causa.

III. Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP), y añado los siguientes:

a. En primer lugar, comparto con el recurrente que la sentencia atacada es arbitraria por brindar fundamentos aparentes e incongruentes.

En efecto, el Tribunal *a quo* sostuvo que "[s]i bien es claro el esfuerzo del Fiscal que recurre y de su par ante esta Sede para evitar la impunidad en los hechos concretos cometidos contra mujeres menores de edad, considerando los sucesos que se relatan gravísimos, los argumentos no conmueven las fundadas razones expuestas en el decisorio en pugna, pues la retroactividad de la ley penal sólo se permite en los casos en que la norma es más benigna para el imputado lo que, a simple vista, no es precisamente la circunstancia que rodea al presente caso, sino más bien todo lo contrario, llevando sin más a resolver en base a lo dispuesto en los artículos 67 del Código de Fondo según ley 25.990 (16/11/2004)

y no así en los términos de la ley 27.206 (B.O 9/11/15) -como se pretende- donde se extiende el plazo temporal que mantiene viva la acción penal contra el imputado, lo que resulta claramente perjudicial por ser obviamente más gravosa que la vigente al momento de los hechos" (fs. 42 y vta.).

Y concluyó "[t]odo lo expuesto, responde ni más ni menos, al principio de legalidad que rige en materia penal (artículo 18 de la Constitución Nacional) donde dentro de su contenido se encuentra la irretroactividad de la ley, y es por ello que no puede neutralizarse (como se pretende) con la sola invocación de los lineamientos que surgen de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Convención sobre la Eliminación de todas de las formas de Discriminación contra la Mujer, y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la vigencia de normas nacionales (como los artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), ni de iguales normas convencionales a través de las cuales el Estado también asumió compromisos internacionales frente a los que debe responder (artículos 9 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; 11.2 de la Declaración de Derechos Humanos, entre otros)" (fs. 42 vta./43).

Finalmente, sostuvo el a quo que "...ante el pedido de analizar el presente caso bajo las pautas y circunstancias establecidas en el fallo "Buenos Alves vs. Argentina" del 11 de mayo del 2007, dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, diré que los supuestos fácticos que se imputan a H. E. B. en el presente no se coinciden con los de aquél (como bien lo aclara la propia recurrente a fs. 15 vta.) ..." (fs. 43 y vta.).

De lo anterior, puede advertirse fácilmente que el tribunal casatorio optó por considerar aplicable al caso la ley 25.990 por ser más favorable al imputado, pero descartó la aplicación de los instrumentos internacionales que invocó el recurrente sin explicar por qué debía prevalecer el principio de legalidad -en su derivación irretroactividad- por sobre aquellos; a lo que se debe adunar que el Fiscal General no sólo trajo a colación los lineamientos de

la instrumentos internacionales, sino que los contrastó con las interpretaciones que ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia; circunstancias estas últimas que no fueron sopesadas.

Por todo ello, considero -al igual que el recurrente- que la sentencia es arbitraria por lo que debe anularse y remitirse al tribunal casatorio para que -con jueces hábiles- aborden correctamente los planteos del Fiscal General.

b. Por otro lado, comparto con el recurrente que los Instrumentos Internacionales -y los derechos emanados de ellos- citados anteriormente son plenamente aplicables al presente caso y deben prevalecer sobre otros derechos en pugna.

Al respecto los tratados internacionales citados por el Dr. Altuve, a saber: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 23.054 -B.O.: 27/3/1984), Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849 -B.O.: 22/10/1990-), , Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Belém do Pará- (Ley 24.632 -B.O.: 9/4/1996-); fueron incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico mediante leyes y las dos primeras recibieron *status* constitucional a partir de la reforma de 1994.

Este bloque normativo supranacional obliga al Estado Argentino a dar una protección reforzada a los niños y a las mujeres. Y es de destacar que ellos se encontraban vigentes al momento de los todos los hechos materia de investigación (Hecho I: entre los años 2001 y 2005; Hecho II: entre los años 2000 y 2009; y Hecho III: entre los años 1991 y 1996.).

En tren de vincular dicha normativa a los hechos que se le atribuyen a H. E. B., vale apuntar que se trataron de casos de abuso sexual que tuvo por víctimas a niñas, menores de edad. Por caso, a M. A., G "*...la mano seaba por debajo de las prendas, la obliga a tener sexo oral y a masturbarlo,... la despojaba de todas las prendas y le pasaba el pena encima de la vagina, besaba todo*

el cuerpo y le mostraba pornografía" (fs. 20 del cuerpo principal) -rotulado como Hecho III-; por su parte, la denunciante N. G., B. F, indicó que el imputado -abuelo materno- le *"...pedía que lo ayudara (o sea, que lo masturbara); que también me tocaba las piernas, la cola y debajo de las axilas"* (fs. 1/4 de la IPP 67130-14) -rotulado como Hecho I-, y en cuanto a la menor G. A; P denunció que el imputado *"...me acorralaba y realizaba distintos actos de abusos y tocamientos. Que no obstante ello, también me obligaba a tocarlos en sus partes íntimas"* (fs. 1/2 de la IPP 67241-14) -rotulado como hecho II-.

Ante un caso que en principio constituye violencia de género y además importa un ataque de magnitud a la integridad física y psíquica de un menor de edad, es evidente que para estar en línea con las obligaciones asumidas al ratificar las Convenciones internacionales antes citadas, no se debería limitar el esclarecimiento, castigo y erradicación de este tipo de actos, aún por vía del instituto de la prescripción sin más -tal como lo hizo el *a quo* denunciada en el punto III.a-.

En esta dirección, cabe resaltar que la Convención de Viena sobre los tratados internacionales (Ley 19.865 -B.O.: 11/1/1973-) impide invocar legislación interna para dejar de cumplir un compromiso internacional asumido, en especial en materia de derechos fundamentales.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que *"las disposiciones del artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana, tales como la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana. En estos casos las autoridades estatales deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de posibles hechos que constituyan violencia contra la mujer, incluyendo la violencia sexual. Esta obligación de investigar debe tomar en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones*

del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección" (caso 'J. vs. Perú', sent. del 27/11/2013, párr. 342).

Asimismo, ha señalado que *"el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares". La investigación debe ser "seria, imparcial [...] efectiva [...] y [estar] orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos". La obligación referida se mantiene "cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado" (caso "Castillo González y otros vs. Venezuela", Serie C N.º 256, sentencia del 27 de noviembre de 2012, párr. 151).*

c. A partir de lo anteriormente señalado, y sopesando los derechos en pugna, no cabe ninguna duda que se atiende de manera más cabal al interés superior de las niñas si se permite investigar dichos sucesos y que los mismos sean juzgados.

Así pues, en el precedente "Funes" (CSJN, F. 294. XLVII. REX, rto. 14/10/2014) -en el que la Corte falló con remisión al dictamen del Procurador- el representante de dicho Ministerio dictaminó que más allá de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contempla la aplicación excepcional de la regla de imprescriptibilidad para cualquier delito- aun cuando se ha reconocido que en sí todo delito supone una violación de cierta gravedad de los derechos humanos-, y que la prescripción en materia penal es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado (cf. caso "Albán Cornejo y otros vs. Ecuador" de la CIDH, serie C, N.º 171, sentencia del 22/11/2007), la jurisprudencia del Tribunal ha admitido de modo constante el derecho de los familiares de las víctimas a conocer completamente lo sucedido,

como así también ha declarado la obligación de los Estados de investigar los hechos y sancionar a los responsables. Ante la omisión de ello, en numerosos casos consideró que se había incumplido con el mandato contenido en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana y responsabilizó al Estado; incluso ordenó que se investigue o se informe si es posible hacerlo, aun cuando por haber prescrito la acción no puedan aplicarse sanciones penales” (cf. casos “Vera Vera y otra vs. Ecuador”, Serie C N.º 226, sentencia del 19 de mayo de 2011, párr. 123; y “Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia”, Serie C, N.º 248, sentencia del 3 de septiembre de 2012, del mismo Tribunal regional).

Precisamente, como consecuencia de aquel juego armónico entre las normas citadas, y atendiendo al interés superior del menor en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, cabe concluir en este caso, que quienes denunciaron ser víctimas de delitos contra la integridad sexual cuando eran menores de edad, en el caso están siendo impedidas de ejercer el derecho a que aquellos sucesos se investiguen judicialmente.

Cabe añadir, que la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en el caso “V.R.P., y otros vs. Nicaragua”, del 8 de marzo de 2018, ha señalado que “La Corte ha considerado que la violación sexual es una forma de violencia sexual. Tanto la Convención de Belém do Pará, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su órgano de supervisión, han reconocido el vínculo existente entre la violencia contra las mujeres y la discriminación. La Corte ya resaltó la especial vulnerabilidad de las niñas a la violencia sexual, especialmente en la esfera familiar, así como los obstáculos y factores que pueden afrontar en su búsqueda de justicia (supra párr. 156). En este caso, dicha violencia fue ejercida por un particular. No obstante, el o no exime al Estado de responsabilidad ya que se encontraba llamado a adoptar políticas integrales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, tomando particularmente en cuenta los casos en que la mujer sea menor de 18 años de edad”//“La Corte reitera que la ineficacia judicial frente

a casos individuales de violencia contra la mujer propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra la mujer puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia"// "En este sentido, como se mencionó anteriormente, el Estado debe reforzar las garantías de protección durante la investigación y proceso penal, cuando el caso se refiere a la violación sexual niñas, máxime si esta violencia sexual fue ejercida en la esfera familiar, es decir en el ambiente en el cual debieron estar protegidas. En estos supuestos las obligaciones de debida diligencia y de adopción de medidas de protección deben extremarse. Además, las investigaciones y proceso penal deben ser dirigidos por el Estado con una perspectiva de género" (párrs. 290, 291 y 292 -y sus citas-).

De lo expuesto precedentemente puede apreciarse que la resolución cuestionada omitió efectuar una consideración global de todo el cuadro normativo que regía al momento de la supuesta comisión de los hechos, y de los sucesivos documentos y fallos que aclararon la dimensión que cabe dar a los derechos de las niñas víctimas de abuso sexual.

IV. Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debería hacer lugar al recurso Fiscal en los términos solicitados.

La Plata, 27 de mayo de 2020.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 131.523-1

**"Altuve, Carlos Arturo -Agente Fiscal- s/ recurso de queja",
fecha: 12/02/2020**



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

"Altuve, Carlos Arturo -Agente
Fiscal- s/ recurso de queja"

P 131.523-1

Suprema Corte de Justicia:

I. El Tribunal en lo Criminal N.º 4 de Mercedes condenó a J. E. C. a la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo penalmente responsable de los delitos de robo agravado por su comisión con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tener por acreditada, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal, agravado por el uso de arma (v. fs. 11/51).

La defensora particular del imputado articuló recurso de casación, donde el Tribunal de Casación Penal resolvió casar el pronunciamiento antes referido y absolver al nombrado en orden a los delitos por los que fuera condenado, disponiendo la libertad del mismo (v. fs. 125/136 vta.).

II. Contra dicho pronunciamiento el Fiscal ante el Tribunal de Casación interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 142/151), el cual fue declarado inadmisibile por el *a quo* (v. fs. 152/154), ante lo cual interpuso recurso de queja ante esa Suprema Corte, el que finalmente concedió la vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley (v. fs. 241/244).

III. Denuncia el recurrente arbitrariedad y absurdo por parte del tribunal intermedio por fundamentación aparente, apartamiento de las constancias de la causa y por prescindir de evaluar prueba decisiva para la solución del pleito.

Expresa que el tribunal incurrió en una fundamentación aparente toda vez que se apartó de las constancias de la causa en base a la realización de una nueva pericia de ADN en sede casatoria y resolvió la absolución del imputado sin hacerse cargo de los argumentos que oportunamente habían brindado los jueces

de mérito para arribar con grado de certeza a la autoría de C., en el hecho.

Alega que el tribunal de mérito incorporó otras pruebas para llegar al resultado que declaró como autor responsable a C. -declaración testimonial de la víctima, pericias planimétricas y de levantamiento de rastro, pericias ginecológicas, informe psicológico del imputado, identikit por dictado de rostro, declaración de un testigo presencial, entre otras-.

Expresa que el tribunal de juicio descarto que el resultado negativo del ADN efectuado resultara hábil para derribar las conclusiones expuestas relativas a la autoría del imputado y dio fundamentos para ello entre los que expreso que del testimonio de la víctima no resultaba seguro si el abusador había eyaculado o no en su vagina; que el material secuestrado no respetó la cadena de custodia y que respecto de la muestra de sangre del imputado fue realizada en condiciones irregulares además que no se identificó al imputado con documentación alguna y que la firma plasmada difiere de la obrante en la declaración del imputado en tenor al art. 308 del CPP.

Sostiene que el tribunal de juicio en base a los argumentos antes dados consideró que no se había respetado la rigurosidad requerida para que el cotejo de ADN fuera incuestionable.

Esgrime que el tribunal intermedio incurre en arbitrariedad y absurdo en tanto que absuelve al imputado por el beneficio de la duda a partir de un nuevo resultado de ADN, pero omitiendo tratar -y consecuentemente contrarrestar- las sólidas y fundadas razones que brindo el tribunal de juicio para desautorizar la eficacia de esa prueba.

De esta manera, entiende el recurrente, que lejos de resultar una formalidad, los protocolos tienden a asegurar que el material sensible a periciar se preserve, situación que no sucedió en el presente caso ya que el sobre en papel madera recibido en la UFI no contaba con la cadena de custodia previa y posterior.

Sumado a lo anterior, expresa que no existe certeza en cuanto a la posibilidad que el imputado haya eyaculado, situación que confirmó el tribunal de juicio en base a la valoración de las declaraciones de la víctima.

Esgrime que las irregularidades tenidas en cuenta por el tribunal de origen para fundar la escasa potencialidad convictiva del resultado de ADN no se ven zanjadas por la nueva extracción de sangre al imputado, puesto que no posee fiabilidad por no haber respetado los protocolos pertinentes y porque ni siquiera puede afirmarse que el semen hallado correspondiera al agresor puesto que de los hisopados vaginales no se extrajo material periciable. Cita en su apoyo los precedentes del tribunal intermedio SCBA P 91.483 y 90.21.

En segundo lugar, el Fiscal de Casación plantea que la solución adoptada por el Tribunal de Casación violenta normas constitucionales y convencionales en tanto desconoce normas específicas de protección a colectivos particularmente vulnerables como en el caso una niña de víctima de violencia sexual (Convención de Belém Do Pará art. 7 incisos "a" y "e"; CIDN art. 19).

En este sentido cita en su apoyo precedentes de la Corte IDH ("Campo Algodonero, Miguel Castro Castro vs Perú, González y otras vs México), así como también recomendaciones hechas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Finalmente, y en caso de ser desestimado el recurso incoado, deja planteado el caso federal denunciando la violación de los arts. 16, 18, 31 y 75 inc. 22 de la CN; 1, arts. 19 y 24 de la CADH; arts. 19 y 34 de la CIDN y art. 2 incisos "a" y "c" de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

III. Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP), cuyos argumentos hago propios, y simplemente he de agregar los siguientes:

Tal como lo señaló el recurrente, el *a quo* se ha apartado de las constancias de la causa y ha prescindido de prueba decisiva para la solución del pleito; y ello es así pues la alzada sólo se ha encargado de contrarrestar los argumentos brindados por el tribunal de origen referidos a la prueba de ADN, quedando sin ningún tipo de tratamiento todo el restante causal probatorio existente en la causa.

Es que tal como lo reseñó el *a quo* y el órgano de origen, la declaración de la víctima tuvo credibilidad, verosimilitud y persistencia (v. fs. 128 vta./129). Ahora bien, el órgano revisor ha resuelto absolver al imputado en virtud de que *"la valoración de la prueba disponible en el proceso impide tener certeza sobre los extremos de la imputación"* (fs. 135), esto es, aspectos que obturan arribar a la certeza en cuanto a la autoría del encartado.

Por ello, cabe recordar el relato de la niña víctima, que de algún modo minimiza el órgano casatorio al expresar a fs. 128 que: *"...la intervención del acusado en los sucesos delictivos fue determinada. en gran medida, merced a las declaraciones de M. L. R. - víctima de la aberrante agresión sexual y damnificada, asimismo, en el ilícito contra la propiedad-, (...) y de W. R. - hermano de la anterior, y víctima, a su vez del robo perpetrado ..."* debe ser considerado como un elemento esencial en la temática de autos, además que el mismo fuera contrastado con otros elementos periféricos como el testimonio del hermano, quien fuera testigo presencial del hecho.

Que en el voto mayoritario de la Dra. Rodríguez en la sentencia de origen se dejan sentados los elementos periféricos mencionados cuando refiere: *"...tras el examen y chequeo de escritural de los dichos de ambos, acoto que el desmenuzamiento puntilloso de algunas afirmaciones no les resta credibilidad ya que, insisto, concuerdan con lo esencial. Y es que, como anticipé, no debe aceptarse un análisis parcial y estanco de cada una de las probanzas, en detrimento de la valoración integral armónica"* (fs. 38).

En este sentido, deja sentado la valoración de elementos mencionados al expresar -respecto de la identificación del sujeto activo- que: "[a]sí partiendo de la fecha de la denuncia -15 de junio de 2014- en dicha ocasión, aludió a un lunar que el sujeto activo poseía en una de sus mejillas (fs. 1 incorporada al debate). // También fue citada para el día siguiente a la oficina de la OTIP (fs. 3). Ello exhibe conexidad con los dichos vertidos, con franqueza y sin disimulo, por la nombrada en la audiencia de juicio oral. // A su vez, obra el dictado de rostro fechado el 18 de junio de 2014 el que posee un 95 % de similitud con el agresor (fs. 38 y 48, también incorporado al debate). La semejanza con el rostro del justiciable -que pudo comprobar en el debate- es asombrosa, por lo poco frecuente. // Con posterioridad a tal diligencia es que fueron exhibidas unas fotografías, conforme lo afirmado por M. L. en el debate, más ello ocurrió en la oficina de la OTIP, es decir, en la Fiscalía (fs. 3)." (v. fs. 39 vta. /40). Para más adelante agregar que: "[e]l oficial sub ayudante Diego Fernando Alanis por entonces 'jefe de calle' de la seccional instructora, en el debate efectuó un racconto de las diligencias practicadas con motivo de los hechos denunciados presuntamente cometidos en su jurisdicción laboral y coincidió con los dichos de M. L. ..." (v. fs. 40 y vta.).

Que con respectos a los tatuajes del imputado se dejó constancia que: "[l]os tatuajes que M. L. R. y W. P. R. describieron en el debate están fotografiados a fs. 112/15 y corresponden a la humanidad del aquí encausado, y se observan: una telaraña, un águila y el lunar. Este último fue mencionado en la 'notitia criminis' de fs. 1 y los restantes en el 'juicio'. // Tales dibujos están ubicados en zonas de la humanidad (tórax, brazos y miembros inferiores) que raramente podrían haber sido observadas por las víctimas en época previa a los hechos ventilados (ocurridos en el mes de junio) y las fotografías que dé dicen exhibidas contenían, según dichos de M. L., sólo el rostro." (fs. 41 vta.).

Como se advierte en el voto mayoritario del Tribunal de origen se mencionó, entre otras, la prueba referida al "dictado de rostro", el que posee una similitud con el agresor de un 95 %, destacando aquel órgano de

mérito "la asombrosa" semejanza (v. fs. citada ut supra), elementos de prueba que no recibió ningún tipo de tratamiento por parte del a quo, y del cual ahora el recurrente se queja de ello.

En vista de todos estos elementos reseñados, que reitero, no fueron abordados ni analizados, "la casación no procedió a la consideración integral y armónica de todos los elementos en juego en una totalidad hermenéutica probatoria, sino que fundó su convicción en un análisis fragmentado de las probanzas valoradas en el proceso" (cfr. causa P. 129.292, sent. del 6/11/2019)

Por otro lado, esa Suprema Corte tiene dicho que: "[u]n único testimonio, sobre todo en delitos cometidos en la intimidad buscada de agresor y víctima, si está correctamente valorado y motivada su credibilidad, tiene virtualidad procesal para debilitar la presunción de inocencia del imputado" para luego agregar también que "[t]iene dicho esta Corte que la prueba indiciaria debe valorarse en forma conjunta y no aisladamente, pues cada indicio considerado por separado puede dejar margen para la incertidumbre, lo que no sucede si se lo evalúa de modo general, a través de un análisis conjunto..." (P. 121.046 sent. 13/06/2018).

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al revocar una sentencia absolutoria por abuso sexual a un menor de edad, señaló que era arbitraria la sentencia atacada si: "...la duda acerca de la ocurrencia del hecho que esgrime el a quo carece de fundamentos suficientes, en tanto se respalda en un examen parcial e inadecuado del plexo probatorio, lo que autoriza la descalificación del pronunciamiento como acto jurisdiccional válido (Fallos: 312:1953; 316:1205; 317:1155; 322:963, entre muchos otros)", agregando que "...la invocación del principio in dubio pro reo no puede sustentarse en una pura subjetividad ya que, si bien es cierto que éste presupone un especial ánimo del juez según el cual, en este estadio procesal, está obligado a descartar la hipótesis acusatoria si es que no tiene certeza sobre los hechos materia de imputación, no lo es menos que dicho estado debe derivar racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso (Fallos: 307:1456; 312:2507; 321:2990 y 3423), circunstancia que, a la luz de los argumentos puestos de manifiesto

en los párrafos precedentes, estimo que no concurre en el pronunciamiento impugnado (Fallos: 311:948)" (del dictamen del Procurador General al que remitió la Corte Suprema en "Rodríguez, Marcelo Alejo y otros s/ querella" causa CCC 1820/2009/-TO1/2/RH2, sent. del 19/9/2017).

No puede reputarse entonces a la sentencia atacada como una derivación razonada del derecho vigente, pues su fundamentación normativa desconectada de las circunstancias concretas de la causa se torna aparente, presentando el pronunciamiento los graves defectos que lo descalifican conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, Fallos 314:791, 320:2105, 331:1784, 333:1273, 339:1635 y 339:1423, entre otros).

Se advierte que el Tribunal a quo cercena indebidamente el material probatorio sin efectuar un análisis completo de todos los elementos convictivos recolectados, lo que autoriza a dejar sin efecto la decisión recurrida con arreglo a la conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de arbitrariedad (conf. doct. CSJN Fallos: 311:1229; 315:2607; 319:1625; 322:963, e.o., citados por esa Suprema Corte en P. 123.862, sent. del 6/6/2018).

En relación a ello considero que las apreciaciones del Tribunal de Casación violan directamente la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) por ignorar el principio de prevalencia de los derechos de los niños (art. 3, CIDN), el postulado del interés superior del mismo y la fuerza conclusiva que merece el testimonio de una niña víctima de abuso sexual en el marco de un proceso judicial.

Así, la Sala Quinta del Tribunal de Casación se apartó además de las instrucciones de la normativa convencional y constitucional, la doctrina especializada y la jurisprudencia en relación a la valoración integral de la prueba rendida en casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes.

En efecto, el modo de resolver la cuestión provoca un gravamen irreparable en relación a los derechos de la niña víctima, por cuanto

arbitrariamente se ha cercenado su derecho a ser oída y a que su testimonio sea considerado válido.

Se debe tener en cuenta la particular vulnerabilidad de la víctima, que en este caso es reconocida constitucionalmente y acompañada por una mayor protección: en tanto víctima, en tanto niño o adolescente (art. 34, CIDN).

En este sentido, dada la obligación asumida por los estados de “proteger al niños contra todas las formas de explotación y abusos sexuales” y a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la O.N.U., existe un intento de invisibilización de la víctima en este caso, pese a que la niña declaró oportunamente el abuso padecido, pese a ello el Tribunal de Casación considera que su relato no es del todo creíble ello a partir de una arbitraria interpretación de la prueba obrante en la causa (fundamentalmente del reconocimiento del imputado por parte de la víctima y del testigo presencial -su hermano menor-).

Cabe destacar que la desconsideración de esas declaraciones importa, además, una efectiva violación al derecho de los menores a ser oídos (art. 12, CIDN), en la medida que la decisión atacada toma como punto de partida la ineficacia de las declaraciones prestadas para probar la existencia de hechos que ocurrieron. La necesidad de considerar seriamente, en el marco de un proceso judicial, el relato de los menores que manifiestan haber sido víctimas de abuso sexual como consecuencia del reconocimiento de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a ser oídos ha sido puesto de resalto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "VRP, VPC y otros vs. Nicaragua" sentencia del 8/3/2018, donde se señaló que: “[l]os Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del artículo 19 de la Convención Americana, medidas particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual...” (párrafo 155). “Las medidas especiales de protección que el Estado debe adoptar se basan en el hecho de que las niñas, niños y adolescentes se

consideran más vulnerables a violaciones de derechos humanos, lo que además estará determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros. El sistema de justicia adaptado a las niñas, niños y adolescentes importará que exista una justicia accesible y apropiada a cada uno de ellos, que tome en consideración no solo el principio del interés superior, sino también su derecho a la participación con base en sus capacidades en constante evolución, conforme a su edad, grado de madurez y nivel de comprensión, sin discriminación alguna” (párrafo 158). “La Corte recuerda que los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña, niño o adolescente participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso [...]. Una interpretación armónica e integral del derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes, junto con el principio de autonomía progresiva, conlleva a garantizar la asistencia jurídica de las niñas, niños y adolescentes víctimas en los procesos penales...” (párrafos 159 y 161). La violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima ‘humillada física y emocionalmente’, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas. En el caso de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, este impacto podría verse severamente agravado, por lo que podrían sufrir un trauma emocional diferenciado de los adultos, y un impacto sumamente profundo, en particular cuando el agresor mantiene un vínculo de confianza y autoridad con la víctima, como un progenitor...”(párrafo 163).“Los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña, niño o adolescente y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado en la materia, de modo que aquél se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado...” (párrafo 166).

Dado todo lo expuesto, entiendo que le asiste razón al impugnante, cuando sostiene que la duda afirmada por el revisor se asienta en

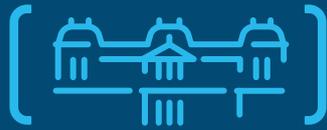
una inadecuada consideración de la declaración de la víctima de autos y una arbitraria valoración probatoria.

IV. Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debería acoger favorablemente el recurso interpuesto por el Fiscal ante el Tribunal de Casación.

La Plata, 12 de febrero de 2020.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 132.978-1

**"Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación
Penal s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley",
fecha: 05/06/2020**



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

"Altuve, Carlos Arturo -Fiscal
ante el Tribunal de Casación
Penal- s/ recurso extraordina-
rio de inaplicabilidad de ley"

P 132.978-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Segunda del Tribunal de Casación penal resolvió casar la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N.º 2 del Departamento Judicial de San Isidro que había condenado a R. A. M., a la pena de seis años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante y en consecuencia declaró extinguida por prescripción la acción penal contra el nombrado (v. fs. 45/49).

II. Contra dicha decisión el Fiscal ante el Tribunal de Casación interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad (v. fs. 53/63) el cual fue declarado admisible por la Sala revisora del *a quo* (v. fs. 93/95 vta.).

Denuncia el recurrente que la Sala Segunda del Tribunal de Casación realizó una arbitraria interpretación del artículo 2 del Código Penal -en referencia a la sucesión de leyes en el tiempo-, y en consecuencia calificó -erróneamente- los hechos como abuso deshonesto con la consiguiente declaración de prescripción de la acción penal, desvirtuando la norma aplicable en la especie -artículo 119 segundo párrafo del Cód. Penal-.

Señala que, en primera instancia, la plataforma fáctica que se tuvo por probada permitió calificar legalmente el mismo en los términos del artículo 119, 2do párrafo -en función del 4to párrafo inciso "a"- del Código Penal.

Añade que con fecha 4 de diciembre de 2013 se realizó el correspondiente juicio oral en el cual se solicitó la imposición de una pena de doce años de prisión. El mismo día, el Tribunal decidió declarar la nulidad parcial

de la acusación fiscal, la prescripción de la acción y por ende la absolución de M.

Explica que contra dicho pronunciamiento el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación. El día 21 de octubre de 2014 la Sala Segunda del Tribunal de Casación resolvió hacer lugar al recurso interpuesto, casó el fallo recurrido por haber sido erróneamente aplicado el artículo 359 del Código Procesal Penal, correspondiendo revocar la nulidad de la acusación fiscal y la declaración de prescripción de la acción penal y reenvió las actuaciones para que se dicte un nuevo veredicto y sentencia.

Luego de reeditar lo expresado por la Sala revisora en su fallo menciona que la duración que tuvo el abuso denunciado, que se prolongó por un período aproximado de dos años, ya deja al hecho a cobijo del segundo párrafo del art. 119 del Código Penal que establece agravación del abuso sexual "por su duración".

Asimismo, afirma que el tiempo transcurrido desde la fecha de comisión del hecho (año 1998 a 2000) hasta el primer llamado a declaración indagatoria (17/09/2000) no ha transcurrido el plazo que regula el art. 62 del Código Penal, de acuerdo a la escala prevista por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, que posee un máximo de diez años de prisión.

Postula que así, el órgano casatorio consideró comprobados los hechos materia de acusación con entidad suficiente como para constituir un sometimiento gravemente ultrajante en los términos del artículo 119 segundo párrafo del Código Penal, y reenvió las actuaciones a la instancia de origen para el dictado de un nuevo veredicto y sentencia.

Señala que el día 2 de diciembre de 2015 el Tribunal Oral en lo Criminal N.º 2 resolvió condenar a R. A. M., a la pena de seis años de prisión del proceso por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante.

Explica que contra dicho pronunciamiento interpuso

recurso de casación la defensora oficial del imputado al cual le hizo lugar la Sala Segunda del Tribunal de Casación por haber sido inobservado el artículo 2 del Código Penal y declaró extinguida la acción penal por prescripción en orden al delito de abuso deshonesto.

Afirma que la sentencia que cuestiona plantea la existencia de un conflicto de aplicación de la ley penal en el tiempo cuya resolución -entiende- por imperio del artículo 2 del Código Penal daría como consecuencia la aplicación del artículo 127 del Código Penal -previo Ley 25.087 (B.O 14/05/99)- y, por ende, la prescripción de la acción penal.

Plantea que la duración que tuvo el abuso denunciado -que se prolongó por un período aproximado de dos años- dejó el hecho al cobijo del segundo párrafo del artículo 119 del Código Penal que establece la agravación del abuso sexual "por su duración", lo que supone el mantenimiento de una situación típica de cierta duración -que en autos se extendió desde el año 1998 al 2000- lapso durante el cual se continuó con la realización del tipo, por lo que el delito continuó consumándose hasta que cesó la situación antijurídica.

Trae a colación el recurrente el artículo 2 del Código Penal y señala que tal como lo sostuviera la CSJN en "Jofré Teodora s/denuncia, sent. de 24-VIII-2004" del artículo 2 del C.P pueden desprenderse tres momentos: 1. el tiempo de cometerse el delito, 2. el del fallo, y 3. el lapso intermedio entre ambos.

Expresa que, de esta forma, ocurre que, en este caso, el tiempo de comisión del delito -es decir, el momento 1-, y teniendo en cuenta lo dicho respecto a la permanencia de la consumación en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración, el período se extendió desde el año 1998 hasta el año 2000, y que en dicho prolongado tiempo se promulgó la ley 25.087.

Postula que no nos encontramos en la hipótesis del artículo 2 del CP, que plantea únicamente un supuesto de un cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y el de la condena o eventualmente, el

intermedio, ni tampoco en los del artículo 9 de la C.A.D.H, ni del artículo 15.1 del P.I.D.C.P, pues en dichos instrumentos se habla del "momento de la comisión de delito"; pero nada dicen si este momento se prolonga y rigen dos leyes distintas.

Aduce que dicha situación no está expresamente contemplada en el artículo 2 del CP que establece el principio de la ley más benigna, por lo que tal garantía no está en juego en el presente caso.

Esgrime que, por el contrario, se está ante un supuesto de coexistencia de leyes teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del delito de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración. Cita en su apoyo nuevamente el precedente "Jofré" de la CSJN.

Afirma el recurrente que R. M., continuó ejecutando la conducta disvaliosa durante la vigencia de la ley 25.087, que se reputa conocida por el autor, y que siendo posterior deroga a la anterior. En efecto, los abusos se sucedieron entre el año 1998 y el 2000 y la ley 25.087 fue promulgada en el Boletín Oficial en fecha 14/05/99.

Concluye que, si en el caso de la acción continuada se modifica la ley durante la comisión del hecho, en razón que esta forma delictual debe apreciarse jurídicamente como una acción, sólo puede aplicarse la ley vigente al momento de realizarse el último acto del delito.

Añade el Fiscal que no se afecta el principio de no retroactividad de la ley más gravosa, porque la primera ley que debe tomarse en cuenta respecto de la benignidad, es la que rige en el tiempo en que se desarrolla la última parte de la conducta. Tampoco viola el principio de interpretación restrictiva de la ley penal, sino se cuenta con argumentos dogmáticos que, salvando la razonabilidad de la ley, indiquen que la correcta es la interpretación contraria a la que acá se sostiene.

Entiende que la solución propiciada resulta acorde con el principio de culpabilidad, y desde otra óptica no hiere el de igualdad, puesto que no

puede equipararse la situación de quien cesó de cometer el delito, una vez que la conminación penal se tornó más severa, con la de quien lo continuó a pesar de ello.

Finaliza sosteniendo que atento a que las conductas delictivas cesaron en el año 2000, quedando allí fijado el tiempo de comisión, estando vigente la ley 25.087, la resolución recurrida realiza una incorrecta aplicación de la ley penal.

Concluye que la calificación a los hechos de autos es la de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración, -ergo- desde el año 2000 hasta el año 2007, fecha en la cual la víctima realiza la denuncia-, no ha transcurrido el plazo legal previsto por el artículo 62 del Código Penal, de acuerdo a la escala prevista para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, que posee un máximo de diez años de prisión.

III. Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP), cuyos argumentos hago propios, y agrego los siguientes.

a. Antes de dictaminar, corresponde dar un repaso de las presentes actuaciones.

Surge que en fecha 27 de noviembre de 2007, la Sra. L. S. S., -madre de la víctima- efectuó una denuncia penal contra R. A. M. en virtud de haber tomado conocimiento de los sucesos que vivenció -por aquel entonces- la menor de edad P. L. Á. La menor víctima relató que cuando ella tenía ocho (8) años, el novio de su hermana -R. P.- abusaba sexualmente de ella, hecho sucedidos entre los años 1998 y 2000 (v. fs. 11 vta. del legajo nro. 63.816).

También luce a fs. 9/10 vta. que R. A. M., fue llamado a prestar declaración indagatoria (cfr. art. 308 del CPP) en fecha 17 de septiembre de 2009, en donde se le endilgó el hecho denunciado y que constituía el delito de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por causar un grave daño en la salud física y mental de la víctima -art. 119, párrafo 2° en función del 4° párrafo

del inc. “a” del Cód. Penal- (fs. cit.).

Por su parte, en el Tribunal en lo Criminal N.º 2 de San Isidro-integrado por los Dres. Gossn, Mirabelli y Moris-, en fecha 4 de diciembre de 2013 se desarrolló el debate oral y allí declaró la nulidad parcial de la acusación pública en virtud de que llevó al debate un hecho nuevo que no fue introducido en la requisitoria de elevación a juicio (introducción de dedos en la vagina de la menor), sin que haya requerido ampliación y generando sorpresa a ese tribunal; por tal motivo el Tribunal adelantó que veía como posible “la tipificación legal prevista por el primer párrafo del art. 119 del CP, abuso sexual simple” y advirtiendo que la acción penal estaba prescripta, sin que cobre relevancia la ley 26.705 dado que juega el art. 2 del CP (v. fs. 19 y vta.). El día 11 del mismo mes y año, el tribunal de mérito desplegó los mismos argumentos en el veredicto absolutorio (v. fs. 29/30 vta.) y concluyó que la pena máxima prevista para el delito previsto en el art. 119, primer párrafo, del Código Penal es de cuatro (4) años, se encontraba superado ampliamente el término previsto por el art. 62 inc. 2 del CP, en virtud de que los hechos denunciados sucedieron entre los años 1998 y 2000 y la denuncia penal en 2007.

El Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación agraviándose que no se había violado el principio de congruencia, ni se había impuesto un hecho o una calificante sorpresiva o sin acudir a las previsiones del art. 359 del CPP (v. fs. 35 vta./38 vta. del legajo citado).

Por su parte, la Sala II del Tribunal de Casación Penal –integrada por los Dres. Mahiques y Mancini- resolvió casar el fallo impugnado por haber aplicado erróneamente el art. 359 del Código Procesal Penal correspondiendo revocar la nulidad de la acusación fiscal y la declaración de la prescripción de la acción penal, reenviando las actuaciones para que se dicte un nuevo veredicto y sentencia (v. fs. 54/58 vta.).

Para adoptar aquel temperamento sostuvo que “...el hecho

descripto en el alegato final es en esencia el mismo que fue materia de intimación, pero que fue detallado en el alegato con mayor precisión a partir de lo que emergió comprobado por la prueba ventilada en el curso del debate, debiendo aclararse que dicha mayor precisión (en este caso, la introducción de un dedo) no refirió a particularidades que, en esta ocasión tuvieran relevancia típica ya que de la condición de gravemente ultrajante se basó en la duración temporal que la figura agravada contempla.//Además, la circunstancia vinculada con la introducción de los dedos del imputado en la vagina de la damnificada no configura un hecho diverso al intimado al imputado como tampoco constituye de por sí una agravante de la calificación legal” (fs. 55 vta./56).

Seguidamente, describió el hecho endilgado y sostuvo que los elementos probatorios obrantes en la causa (testimonios de P., Á., L. S., M. O., A. A., y M. S. P.) “...acreditan sobradamente el hecho cuya autoría se le atribuye al imputado” y que debe ser calificado como “abuso sexual gravemente ultrajante, en los términos del art. 119, segundo párrafo del Código Penal”, teniendo en cuenta la prolongación de los abusos -periodo aproximado de dos años y que dan cuenta de que fue abusa sexualmente al menor en 15 oportunidades-, la diferencia de edad entre víctima y victimario y la cercana relación que los vinculaba (fs. 57).

Por otro lado, abordó la temática de la prescripción y sostuvo que “...desde la fecha de comisión del hecho (años 1998 a 2000) hasta el primer llamado a indagatoria (17/09/2007) no ha transcurrido el plazo que regula el artículo 62 del Código Penal, de acuerdo a la escala prevista por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, que posee un máximo de diez años de prisión” (fs. 57 vta.).

Dicha sentencia fue notificada al imputado, quien manifestó su deseo de “apelar” y la defensa dejó sentada su reserva de recurrir pues no era en ese entonces sentencia definitiva. También requirió que en el caso de que no se interponga recurso de la defensa contra la sentencia que emita el tribunal de reenvío se le ponga en conocimiento a ese defensor, entre otras cuestiones (v. fs. 62 y 66/67).

Vuelta las actuaciones al Tribunal en lo Criminal N.º 2 departamental –integrado por los Dres. Andrejin, Ramírez y Tuya– en fecha 25 de noviembre de 2015, se llevó a cabo el debate oral y la defensa denunció afectación a los principios de cosa juzgada e irretroactividad de la ley penal por no aplicación de la ley más benigna. Agregó que no se pudieron precisar las 15 ocasiones en que fuera abusada impidiendo el o hacerlos concursar (fs. 1 vta./2).

En el veredicto condenatorio dictado por el órgano de instancia, los magistrados dieron repaso a la plataforma fáctica tenida por probada por el Tribunal Casatorio (fs. 5 del legajo nro. 75.881), y seguidamente expuso que “[l]a tarea a desarrollar en este ítem se circunscribe exclusivamente en determinar la existencia de probanzas que vinculen o no, al imputado con el injusto recreado” (fs. 5 y vta.). De ese modo, se dio por probada la autoría endilgada a M. Merece destacarse que, al evaluar las agravantes, el tribunal de reenvío sostuvo que “[c]abe prescindir de valorar como severizantes, la invocada cantidad de veces a que fue sometida la víctima a maniobras abusivas, pues tal premisa temporal permanece abarcada como elemento de la tipicidad agravada de los hechos que merecen reprocho” (fs. 8 vta.)

A la postre, los magistrados dictaron sentencia en fecha 2 de diciembre de 2015, entendiendo que los hechos debían ser subsumidos jurídicamente como constitutivos del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, conforme artículo 119, segundo párrafo del Código Penal –texto según ley 25.087 (B.O. 4/5/99)– del Código Penal, desde que esa es “...la significación jurídica que ha sido incuestionablemente considerada por el Tribunal de Casación”. Asimismo, señaló que “...las invocaciones defensas –en cuanto a la subsunción típica que a entender de la parte, merecen los eventos tenidos por comprobados, y de las normas aplicables al caso–, han sido ingresadas con posterioridad a la razonada y motivada decisión casatoria, de manera que carece de virtualidad para su posible consideración en la presente instancia jurisdiccional” (fs. 10 y vta.). De ese modo, condenó al nombrado a la pena de seis (6) años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 45 y 119, segundo párrafo del Cód. Penal, texto según ley 25.087 – B.O. 4/5/99–).

La defensa interpuso recurso de casación denunciado nuevamente afectación a los principios de cosa juzgada e irretroactividad de la ley penal por no aplicación de la ley más benigna y, por otro lado, alegó falta de elementos probatorios para acreditar la autoría de su asistido (v. fs. 19/23 vta.).

Señaló sobre el segundo agravio que la figura de “abuso sexual gravemente ultrajante” fue introducida por ley 25.087 (B.O. 14/5/99), de modo que si el hecho imputado comprende los años 1998 a 2000, no cabe sino aplicar la ley anterior a esta por ser más benigna -art. 120 del Cód. Penal texto anterior- lo que conduce a encuadrar el hecho como constitutivo del delito abuso sexual simple y que contiene una pena máxima de seis (6) años de prisión, por lo que la acción penal estaría prescripta -cfr. art. 63 anterior a la ley 26.705-. Agregó que para el caso de que el órgano revisor considera que estamos en presencia de un delito continuado y que pudiera presentarse un conflicto de aplicación de leyes, siempre debe aplicarse el ordenamiento más benigno (v. fs. 20 vta./21).

El Tribunal de Casación Penal, como ya lo expuso el recurrente, hizo lugar al planteo defensivo y consideró que resultaba aplicable el art. 2 del Código Penal. El o así, pues la conducta desplegada por el imputado se llevó a cabo durante los años 1998 y 2000, por lo que habiendo sucedido una modificación legislativa durante el transcurso de la acción -sucesión de leyes- y siendo la última más gravosa para el encartado (Ley 25.087) correspondía aplicar el texto anterior. De ese modo, entendieron los casacionistas que correspondía adecuar el hecho ilícito a la figura prevista en el antiguo art. 127 del Código Penal -abuso deshonesto-, delito que tenía una pena máxima de cuatro (4) años de prisión. Por otro lado, también por aplicación del art. 2 del CP, sostuvieron que resultaba aplicable el art. 67 -texto según ley 23.077-, ya que la ley 27.206 es más gravosa para el imputado. En consecuencia, declararon prescripta la acción penal en orden al delito previsto en el art. 127 del Código Penal -texto anterior-.

b. Paso a dictaminar.

1. De todo lo anteriormente señalado, corresponde destacar que los reiterados abusos sexuales que sufrió la víctima –sucedidos entre los años 1998 y 2000– fueron encuadrados como un único delito, pues no se observa de la sentencia dictada por el tribunal de casación –en su primera intervención– ni tampoco la del tribunal de origen –en su segunda intervención– que se hayan concursado de algún modo las reiteraciones manifestadas por la víctima.

Cabe recordar que, durante el primer debate oral, la víctima manifestó que los abusos los hizo “...durante dos años, lo habrá hecho 15 o 20 veces” (fs. 21 vta.), declaración que fuera incorporada por lectura en el segundo debate oral. Pero fundamentalmente, debe agregarse que la plataforma fáctica tenida por probada por el Tribunal de Casación y la sentencia condenatorio dictada por el órgano de juicio se estableció que la menor fue abusada sexualmente en al menos 15 oportunidades.

En efecto, esas reiteraciones deben ser encuadradas como un delito continuado, lo que a mi entender llega firme a esta instancia.

El delito continuado ha sido conceptualizado como aquel caso de “*pluralidad de acciones homogéneas que, a pesar de encuadrar cada una de ellas en el mismo tipo penal o en tipos penales con igual núcleo típico, una vez realizada la primera, las posteriores se aprecian como su continuación, presentando así una dependencia o vinculación en virtud de la cual se las somete a única desvaloración normativa, que las redice a unidad delictual. Se trata de una pluralidad de hechos dependientes con identidad o similitud de encuadramiento, cuya ejecución sucesiva los presenta como la continuación de un mismo delito, cuyo contenido de injusto intensifican, sin multiplicarlos*” (Carlos S. Caramuti, Código Penal de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Coordinado por Marcelo Antonio Terragni, dirigido por David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, 2º ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pág. 607).

Por su parte, esa Suprema Corte de Justicia ha sosteni-

do en varias oportunidades que para apreciar un delito continuado debe corroborarse *“la identidad de finalidad de cada uno de los actos. Es decir, ese aludido designio común, toda vez que lo que caracteriza al delito continuado -y lo diferencia del real- es la decisión única, ese dolo identificado por la doctrina como- ‘unitario’”* (causa P. 121.641, sent. del 31 de agosto de 2016, entre tantos otros).

2. Con ese piso, el Tribunal *a quo* consideró que durante la ejecución de la acción aquí enrostrada se publicó la ley 25.087 (B.O. 14/5/99) modificando el artículo 119 del Código Penal que dispuso: *“La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”*, la que no aplicó por los fundamentos anteriormente desarrollados.

De este modo, la cuestión a resolver se centra en determinar si esa modificación legislativa -más gravosa para imputado- puede ser aplicada al presente caso.

El artículo 2º, primer párrafo, del Código Penal establece que *“Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”*.

Las hipótesis que abarca esa norma comprenden un cambio legislativo desde que se *“cometió el delito”* (es decir, rigiendo en el hecho una ley) hasta el *“fallo”* o *“en el intermedio”* y que la doctrina lo ha denominado *“sucesión de leyes”*. En cambio, cuando se producen cambios legislativos durante la comisión de un hecho se los denomina *“coexistencia de leyes”* que conlleva a aplicar la última vigente al cese del hecho, aún cuando aquella resulte más gravosa, por lo que el artículo 2º del Código Penal no resulta abarcado por esas circunstancias.

El recurrente trae acertadamente el precedente *“Jofré”* de la Corte Federal, pues si para un delito permanente rigen esas reglas lo mismo sucede -o con mayor razón- con un delito continuado. Me explico.

En aquel precedente la Corte Federal –de modo mayoritario- se remitió a las consideraciones vertidas por el Procurador General –punto IV. 2 y 3-; allí sostuvo, en lo que interesa destacar, que *"si el sujeto persiste en su conducta punible, si sigue adelante con su acción pese a lo que manda la nueva disposición legal, estimamos que deberá aplicársele la ley nueva más severa, que voluntaria y deliberadamente insiste en seguir infringiendo, no pudiendo luego ampararse para mejorar su situación en la circunstancia de que un tramo de la acción delictiva desarrollada la ejecutó bajo una ley más benigna, ya que a pesar de la consecuencia más grave dispuesta por la última norma legal, siguió adelante con su conducta criminal... El autor está en condiciones de adecuar su conducta a las nuevas exigencias normativas... persiste en su acción delictiva pese a conocer la mayor gravedad de ésta, pudiendo desistir de su empeño criminal"* ("La Ley Penal y el Derecho Transitorio", Guillermo J. Fierro, página 222 y sstes. Ediciones Depalma, 1978)".

Aquel dictamen agregó que *"En este sentido, puede apreciarse cómo el artículo 63 del Código Penal argentino, prevé que, si el delito fuere continuo, la prescripción comenzará a contarse a partir del día en que cesó de cometerse, norma que está señalando la relevancia típica del momento en que se agota el hecho delictivo. Y conviene recordar que esta disposición se originó en el Proyecto de 1891, fundándose en el criterio de la buena conducta –pues sólo desde ese momento puede cumplirse tal condición- lo que nos permite argumentar, "contrario sensu", que mientras se mantenga la situación antijurídica permanente, y por lo tanto se renueve la voluntad delictiva, no corresponde aplicar la institución beneficiosa, sea la prescripción o la ley anterior más benigna, por la mera razón de que el delito no está terminado"* (CSJN Fallos 327:3279, sent. del 24/8/2004; en esa misma fecha se emitiría el fallo "Gómez" –CSJN Fallo 327:3274- donde la Corte Federal se remitió a "Jofré").

En otro orden, la Corte Federal ha tenido oportunidad de reafirmar esa postura en el fallo *in re* "Rei" –otra vez remitiéndose al dictamen del Procurador General- (CSJN Fallos 330:2434, sent. del 29 de mayo de 2007); se sostuvo –en una mayoría incuestionable- que *"la decisión en este punto se*

encuentra en armonía con lo resuelto por el Tribunal en el precedente de Fallos: 327:3279...” donde “Se concluyó entonces, con cita de autorizada doctrina, que las figuras de retención y ocultamiento de un menor de diez años integran la categoría de delitos permanentes, en los que la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse el delito, sino que perdura en el tiempo, por lo que éste continúa consumándose hasta que culmina la situación antijurídica. Frente a estos hechos, la reforma de la ley 24.410 no introduce uno de los supuestos contemplados en el artículo 2 del Código Penal (que plantea únicamente la hipótesis de un cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y de la condena o, eventualmente, el intermedio), sino que su aplicación al caso debe resolverse según la regla general del artículo 3 del Código Civil (tempus regit actum) en virtud de la cual el delito (en este caso, que aún se está cometiendo) debe regirse por las normas vigentes” (votos de los Dres. Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Maqueda).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el fallo “Bignone” (CSJN Fallos 340:549, sent. del 3 de mayo de 2017) los votos de los Dres. Highton de Nolasco y Rosenkrantz no llegaron a coincidir con el Dr. Rosatti en punto a si los delitos permanentes les resulta aplicable la regla prevista en el art. 2 del Código Penal, por lo que no hubo mayoría y en consecuencia en nada revirtió los precedentes apuntados.

Cerrando este punto, la postura actual de la Corte Federal avala que a los delitos permanentes no les resulta aplicable el art. 2 del Código Penal, y considero que tal interpretación corresponde extenderla a los delitos continuados, dado que si entre los fundamentos para arribar a aquella conclusión aparece el artículo 63 del Código Penal, con la misma razón -o mayor- debe aplicarse a la clase de delito aquí juzgado, ya que esa norma alude específicamente al delito continuado; a ello se debe sumar que entre los delitos permanentes (continua consumación) y continuados (continua dependencia de los actos) existe un denominador común referido a la prolongación en el tiempo de la ejecución de la acción en donde se renueva la voluntad delictiva. Estas

notas son las que permiten enjuiciar una analogía entre los precedentes de la Corte Federal y el caso de autos.

Por otro lado, no cabe ninguna duda que entrada en vigencia la ley nacional nro. 25.087 (B.O. 14/5/99) hasta que cesaron los hechos (año 2000), se encuentra configurado el delito que propone la parte acusadora, pues ese tiempo prolongado igualmente constituye un abuso sexual gravemente ultrajante por su duración (art. 119 segundo párrafo del Cód. Penal).

Por lo dicho, deviene aplicable los artículos 63 y 67 del Código Penal -el último, conforme ley 25.990- y de ese modo, desde que cesó la acción ilícita (año 2000) hasta que se llamó a indagatoria (17 de septiembre de 2009) no se había superado el plazo de diez años -art. 62 inc. 2 del Cód. Penal-. A ello, debe sumarse que luego se interrumpió nuevamente la acción penal con el dictado de la sentencia condenatoria (2 de diciembre de 2015), por lo que la acción penal se encuentra vigente.

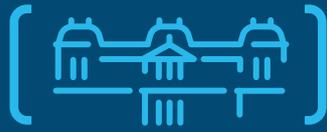
En consecuencia, corresponde revocar la sentencia impugnada y remitir las actuaciones al tribunal intermedio para que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

IV. Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debe hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal ante el Tribunal de Casación.

La Plata, 5 de junio de 2020.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 133.550-1

**“D., J. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”,
fecha: 01/06/2020**



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

"D., J. E. s/ recurso
extraordinario de
inaplicabilidad de ley"
P 133.550-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala IV del Tribunal de Casación rechazó el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N.º 3 del Departamento Judicial Morón, que condenó a J. E. D., a diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor responsable de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo y corrupción de menores agravada en concurso real entre sí (v. fs. 105/114).

II. Contra ese pronunciamiento interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación (v. fs. 123/134), el cual fue declarado parcialmente admisible por el órgano revisor (v. fs. 136/140 vta.).

Teniendo en consideración lo arriba descripto, ingresaré en el análisis del único agravio que debo tratar, relacionado con la denuncia de errónea aplicación del artículo 125 del Código Penal.

Cuestiona el recurrente el hecho de que en la sentencia se llegue a la conclusión -al igual que lo ocurrido en la instancia de origen- que D., es autor del delito de corrupción de menores. Ello por cuanto, a su juicio, no se encuentra debidamente acreditado que el sentido naturalmente sano de la sexualidad de la víctima se haya visto afectado por la conducta achacada a su defendido.

En ese sentido, entiende que el Tribunal de Casación no indicó de qué modo el accionar de D., dejó una huella moral profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo su sentido natural, biológico y sano de la sexualidad.

Agrega que no se ha producido informe pericial alguno sobre el punto, ni ningún otro tipo de prueba que permita tener por verificada la tipicidad objetiva en cuestión, consistente en que la menor haya sido depravada en su sexualidad, con lo que la violación a los arts. 210 y 373 del ritual resulta evidente.

Por otra parte, también considera que debe ceder la aplicación que del mencionado artículo del Código Penal al no estar probado el aspecto subjetivo del delito de corrupción de menores endilgado a su asistido, esencial de todo juicio de subsunción, y por lo tanto el resolutorio atacado viola el deber de debida motivación y defensa en juicio.

Realiza un análisis del delito en cuestión, afirmando que el mismo precisa la acreditación del dolo directo para tenerlo por tipificado, o sea, que el autor debe conocer y querer que la acción que ejecuta provoque o facilite el estado de corrupción- además del conocimiento de la menor edad reclamada por la figura básica o agravada- no bastando que el acto consumado sea potencialmente idóneo para producir la depravación sexual de la menor, como entendió el Tribunal de la instancia y avaló el Tribunal intermedio.

Afirma que el Tribunal de Casación no valoró elementos de juicio que permitan afirmar que el imputado haya tenido en cuenta, más allá de satisfacer su propio deseo sexual, la posibilidad de que con ello pudiera generar una práctica prematura o depravada en la víctima, conclusión que va de la mano con la entidad objetiva de su conducta.

Asimismo, destaca que la interpretación normativa que formula el órgano revisor para tener por abastecida la tipicidad subjetiva del delito de corrupción viola a las claras el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa, en tanto al establecer la configuración del delito en cuestión interpreta automáticamente que los actos de abuso consumados contra la menor resultan potencialmente idóneos para facilitar la corrupción de la misma.

Por ello, considera que al confirmarse el juicio de sub-

sunción por la mera consideración de los actos de abuso acreditados en autos, lleva inexorablemente al absurdo de sostener que todo ataque sexual cometido contra un menor de trece años configura siempre corrupción de menores.

En ese sentido sostiene que, para admitir que los actos abusivos sean alcanzados por la preceptiva del concurso de delitos sostenido por una calificación múltiple, sólo resultaría posible si se acredita efectivamente en forma independiente el componente subjetivo del tipo penal que consiste en la actitud finalista de la acción, guiada a desviar el normal desarrollo de la sexualidad de la víctima a través de prácticas aberrantes.

Finalmente, también discrepa con el criterio jurídico plasmado por el Tribunal de Casación al momento de sostener la existencia del dolo de corrupción por parte del imputado, pues considera que no explicó ni demostró de qué manera se encuentra probado el aspecto subjetivo requerido en la figura en trato, ya que la expresión "*...sabía claramente la naturaleza perversa y prematura...*" de la conducta no es más que una mera suposición del órgano revisor que de ninguna manera puede considerarse como una fundamentación y/o acreditación suficiente de tal extremo.

Culmina su discurso señalando que la corrupción en modo alguno puede fundarse a través de los datos objetivos de los hechos ilícitos, tal como se verifica en autos, ello en tanto las mismas no se muestran reveladoras de torcer el sentido natural biológico y sano de la sexualidad y, además, contrasta con los lineamientos en la materia fijados por la postura mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia.

III. El recurso no puede prosperar.

En primer lugar, cabe destacar que la doctrina de esa Suprema Corte indica que corresponde rechazar el motivo de agravio relacionado con la errónea aplicación de la ley sustantiva por parte del Tribunal de Casación si éste se refiere a cuestiones relativas a la determinación de los hechos y la valora-

ción de las pruebas, que no son propias al ámbito de conocimiento de esa Corte, salvo supuestos excepcionales que no han sido denunciados ni evidenciados en el caso, pues los planteos del impugnante suponen una pura confrontación con la valoración probatoria tenida en vista en las instancias previas (cfr. P. 112.897, sent. de 7/5/2014 y sus citas).

Asimismo, ha dicho que le está vedado a ese tribunal descender a la exposición, representación o valoración de los hechos que hubiera realizado el juzgador intermedio. Y si bien es cierto que una incorrecta apreciación de los aspectos fácticos de la sentencia puede llevar a una aplicación errónea de la ley sustantiva, en especial respecto de la exactitud de la subsunción legal salvo los casos de absurdo, no le corresponde a la Suprema Corte revisar los supuestos errores sobre los hechos alegados por la defensa (P. 92.917 sent. de 25/06/2008; en el mismo sentido: P. 75.228, sent. del 20/10/2003; P. 77.902, sent. del 30/06/2004; P. 71.509, sent. del 15/03/2006; P. 75.263 sent. del 19/12/2007, P. 126.966, sent. del 19/10/2016, e/o.).

Ello no obstante, atento los términos en que fuera concedido el remedio por el Tribunal de Casación, debo señalar que tampoco demuestra -ni denuncia- el quejoso que en el caso concurra un supuesto de arbitrariedad que permita excepcionar aquel a regla. El recurrente se limita a manifestar su disconformidad con el valor asignado a la prueba para acreditar el tipo objetivo (falta de prueba relativa al daño o perjuicio grave en la sexualidad de la menor) y subjetivo (falta de acreditación del dolo directo para corromper la sexualidad de la víctima) del delito previsto en el artículo 125 del Código de fondo, dejando sin rebatir adecuadamente la respuesta vertida en este sentido y ante el planteo que realizara esa parte, por dicho órgano jurisdiccional (v. fs. 111 vta./112).

En esa inteligencia, resulta útil destacar que el juzgador intermedio expuso, entre otras cosas, que *"... el encartado sabía claramente la naturaleza perversa y prematura de los actos sexuales practicados sobre una menor de cinco años, que perfectamente eran idóneos para torcer el normal desarrollo de su*

sexualidad .// En ese sentido, el Tribunal consideró que en el caso de L. , atento los informes psicológicos y los testimonios prestados por las profesionales las conductas desplegadas, tanto por su prematura ocurrencia como por su habitualidad, desviaron el normal desarrollo sexual de la menor logrando así la corrupción; a lo que debemos aunar los elevados conceptos y conocimientos acerca de la sexualidad evidenciados, ya que vale colacionar el modo claro y gráfico en que representaba la menor actos masturbatorios, erección y la práctica de la eyaculación .// Se trató de actos reiterados de una aberrante practica libidinosa para sus apetencias, que tuvo por resultado la angustia que los magistrados percibieron de visu y de auditu, la posibilidad cierta de anomalías inherentes a su sexualidad. //Y más aún, de acuerdo a los testimonios de A. G., y su mujer, N. F., surge que los perversos actos que D., hacía mantener a L., eran obligados a ser vistos por su hermano C., montando un verdadero espectáculo de pornografía infantil que claramente tuvo entidad para torcer la normal visión de la sexualidad de la niña" (fs. 111 vta./112).

Es claro, entonces, que la respuesta del tribunal intermedio a los planteos de la defensa no se basó en consideraciones dogmáticas y carentes de fundamentación, sino que se refiere a las concretas circunstancias de la causa, llegando a una conclusión diferente a la propuesta por la parte en punto a la inexistencia de una verdadera entidad corruptora y la intencionalidad del agente activo al que alude el recurrente.

Sobre el primer planteo, conectado a que no se encuentra probado que los actos corruptores hayan "efectivamente" desviado el desarrollo de la sexualidad de la víctima, ha de señalar que la asentada doctrina legal elaborada por esa Suprema Corte de Justicia va a contramano de lo peticionado por el defensor; además, la propuesta defensiva luce contradictoria cuando sostiene que es una interpretación correcta y coherente la esgrimida por la postura mayoritaria de los autores y la jurisprudencia la centralidad de que los actos corruptores sean "...capaz potencialmente de depravar a la víctima" (fs. 127). Media insuficiencia (art. 495, CPP).

En ese sentido, tiene dicho esa Suprema Corte de Justicia que "no teniendo el art. 125 del Código Penal por núcleo la referencia a quien corrompiera sino a quien "promoviere" o "facilitare" la corrupción, va de suyo que entonces el tipo no requiere que se produzca la concreta corrupción (esto es efectiva lesión al objeto del bien jurídico). En el sentido del texto legal, promover significa "iniciar", "comenzar", "empezar", "dar principio a una cosa", "adelantar" algo "procurando su logro", "mover", "llevar hacia adelante". De modo que para perfeccionarse este núcleo no es necesario que se concrete la corrupción, aunque se requiere que el autor inicie (comience, empiece, dé principio, mueva, lleve hacia adelante) actos idóneos tendentes a la corrupción del sujeto pasivo. Por lo demás, "facilitar" significa crear las condiciones para que algo sea posible o pueda hacerse "sin mucho trabajo" o pueda "suceder con mucha probabilidad". Y desde el plano subjetivo requiere dolo, esto es el conocimiento de los elementos referidos a nivel objetivo (conf. causa P. 126.328, sent. de 11-IV-2018; e.o.)" (causa P. 128.666, sent. del 20/3/2019, voto del Dr. Soria).

Por otro lado, sobre el planteo que trae el defensor relativo a que la figura penal requiere de un dolo directo para tenerlo por tipificado, esto es, conocer y querer que la acción provoque o facilite el estado de corrupción sin que baste que el acto consumado "...sea potencialmente idóneo para producir la depravación sexual de la menor" (fs. 125 vta.); así -indica el impugnante-, no se puede afirmar que el imputado haya tenido en cuenta la posibilidad de que con ello pudiera generar una práctica prematura o depravada en la víctima, por lo que el cuadro probatorio solo dan cuenta de abusos sexuales pero no corruptores, **llevando adelante el tribunal intermedio un interpretación que viola la máxima taxatividad legal e interpretativa -arts. 18 y 19 de la Const. nac.-.** Añadió que resulta necesario que la acción esté guiada a desviar el desarrollo de la sexualidad. A su vez, sostuvo que lo dicho por el *a quo*, en relación a su asistido "...sabía claramente la naturaleza perversa y prematura" (fs. 126 vta.), es una suposición sin ninguna fundamentación o acreditación suficiente de ese extremo, ya que no es posible fundar ese dolo a través de datos objetivos.

Dichas alegaciones no son más que una conclusión opuesta a la del sentenciante que encierra un enunciado meramente dogmático, desprovisto de toda relación con el contenido de esa figura delictiva, y sin ningún desarrollo idóneo que permita corroborar por qué los hechos -tal como fueron probados- no podían ser tipificados en el art. 125 del Código Penal" (art. 495, CPP; conf. causa P. 131.393, sent. del 14/8/2019 y causa cit. -128.666-, voto de la Dra. Kogan).

Asimismo, este tramo de la queja, más allá de la norma de fondo que el señor defensor aduce conculcada, sus planteos remiten a cuestiones de hecho y prueba cuya valoración es -por regla- facultad propia de los jueces de la causa y marginada por tanto de la competencia extraordinaria de esa Corte (doctr. art. 494, CPP), sin que la disconformidad manifestada con la valoración probatoria tenida en vista (o, por el contrario, desconsiderada) en las instancias previas -testigos de oídas y pericias psicológicas-, logre justificar la existencia de vicios lógicos graves y manifiestos que pudieran descalificar la sentencia como acto judicial válido.

IV. Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

La Plata, 1 de junio de 2020.-

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 132.012-1

**“P., J. N. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”,
fecha: 20/03/2019**



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

"P., J. N. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"

P 132.012-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso de casación interpuesto por la Defensora Oficial contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N.º 10 del Departamento Judicial Lomas de Zamora que condenó a J. N. P., a la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por su comisión mediante el uso de arma y tentativa de homicidio agravado *criminis causae* para procurar la impunidad y por ser perpetrado por un hombre hacia una mujer mediando violencia de género, ambos en concurso real (v. fs. 92/104).

II. Contra dicho pronunciamiento, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ante esta Suprema Corte de Justicia, la Defensora Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal (v. fs. 125/132).

III. En primer lugar, la impugnante denuncia la arbitrariedad del pronunciamiento dictado por el tribunal *a quo*; la errónea aplicación del art. 80 incs. 7 y 11 del Código Penal y la inobservancia del art. 89 del mismo cuerpo normativo.

Afirma que la defensa planteó en la instancia de casación que no se demostró el elemento subjetivo de los tipos penales citados, ya que la intención de P., no era la de matar a la víctima, crítica que no recibió respuesta alguna de parte del órgano intermedio.

Entiende, remitiéndose a las conclusiones de la defensora de la instancia anterior, que más allá de las afirmaciones de la víctima

y alguna conjetura -tal como que el imputado llevaba un arma blanca en su poder- no es posible afirmar con certeza la concurrencia del dolo de matar.

En definitiva, estima adecuada la calificación legal de la conducta de P., lesiones leves, en los términos del art. 89 del C.P., las que -a su criterio- quedarían absorbidas en el delito contra la integridad sexual.

En segundo término, la recurrente denuncia la revisión aparente de la pena, la arbitrariedad de la sentencia en este punto y la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P.

Cuestiona el proceder revisor del órgano intermedio, aduciendo que no se efectuó un examen integral del extremo referido a la pena, conforme los estándares fijados en el precedente "Casal" de la corte Federal y el art. 8.2.h de la C.A.D.H.

Luego, añade que la circunstancia de haberse valido de medios para la sujeción de la víctima es un aspecto comprendido en la conducta típica que se le achaca a P., pues lo contrario implica -a su criterio- una doble valoración prohibida.

Agrega que el daño psicológico que habría padecido R. G., y los padecimientos y consecuencias de la víctima luego del hecho, son la consecuencia lógica de este tipo de delitos. Culmina, señalando que no se demostró que tales circunstancias fueran buscadas por el imputado, por los que considera que deben excluirse.

III. El tribunal *a quo* declaró admisible el recurso extraordinario interpuesto (v. fs. 133/135) y se confirió traslado a esta Procuración General en los términos del art. 487 del C.P.P. (v. fs. 144).

IV. Entiendo que el recurso extraordinario oportunamente concedido debe ser rechazado.

En primer lugar, cabe señalar que la recurrente no

consigue demostrar que la sentencia atacada haya afectado la garantía de la revisión amplia, en los términos en los que lo alega la parte. Ello así pues la impugnante sólo expone una discrepancia con el resultado de la revisión efectivamente realizada por el tribunal intermedio, tanto al analizar la calificación legal, como así también la sanción impuesta al procesado.

El Tribunal de Casación Penal efectuó una revisión conforme los estándares convencionales (art. 8.2.h, CADH) y jurisprudenciales, conforme el precedente "Casal" de la Corte Federal, sin menoscabar dicha labor por tratarse de un juicio abreviado.

En efecto, contrariamente a lo manifestado por la defensa, advierto que el órgano intermedio examinó el fallo dictado en la instancia de origen, de manera exhaustiva, sin cortapisas formales, conforme los estándares fijados en el precedente "Casal" de la Corte Federal, tanto en lo que respecta al evento calificado como tentativa de homicidio doblemente calificado (v. fs. 94 vta./100), como así también el *quantum* punitivo seleccionado (v. fs. 100/103 vta.), únicos extremos que cuestionó la defensa en su presentación ante aquella sede.

Señaló el órgano revisor, luego de remitirse al fallo de primera instancia que daba cuenta de la mecánica del hecho, que el medio empleado por P., -que aplicó una puñalada en el pecho a la víctima luego de someterla físicamente y abusar sexualmente de ella- podía y debía ocasionar razonablemente el óbito de la damnificada, independientemente que ello no haya ocurrido en autos por causas ajenas a la voluntad del agresor -puntualmente, el hecho de que el cuchillo no ingresara a la cavidad torácica por haber impactado en el esternón, que operó como obstáculo-. También evaluó, en la misma línea, el comportamiento inmediato posterior del activo que ante la resistencia de G., intentó asfixiarla, lo que no pudo conseguir debido a la férrea oposición de la víctima (v. fs. 96 vta. y 97).

A continuación, el juzgador *a quo* se ocupó de manera

pormenorizada en detallar la conexión ideológica entre el delito contra la integridad sexual y la agravante que surge del homicidio para lograr la impunidad, contemplada en el inc. 7 del C.P. (v. fs. 97/98), señalando entre otras cosas que las acciones dirigidas a dar muerte a la víctima no fueron resultado de una violencia accidental, sino que lejos de ello, la conducta del imputado estuvo encaminada a lograr la impunidad por la sumatoria de circunstancias analizadas, las que permiten inferir válidamente no sólo el dolo homicida, sino también la ultrafinalidad.

También se refirió a la falta de fundamentación de los reclamos que sustentaron la queja referido a la agravante que surge por violencia de género (v. puntualmente fs. 98/100) indicando, previa formulación de consideraciones de orden teórico, cómo los agravios de la defensa deban de bruces frente al fallo de primera instancia.

Como puede apreciarse, el análisis del tribunal intermedio no se detuvo en obstáculos formales, ni desechó liminarmente la posibilidad de abordar cuestiones vinculadas a la valoración de la prueba de la calificación legal y la pena, sino que analizó la sentencia de origen, con el marco impuesto por los agravios de la parte, y confirmó la decisión allí adoptada.

La recurrente no se ocupa, en modo alguno de estos concretos fundamentos, limitándose a afirmar dogmáticamente la insuficiencia de una tarea revisora que no cuestiona en concreto.

Corresponde tener presente que la Corte I.D.H señaló, en torno a los alcances de la garantía del art. 8.2.h de la C.A.D.H., que aquel *"se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla*

con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria" (caso "Mohamed vs. Argentina", sent. de 23/11/2012, párr. 99).

En el mismo sentido había indicado la Corte federal, en el precedente "Casal" que invoca el recurrente de autos, que *"la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica..."* (consid. 28°).

Es claro, entonces, que la revisión amplia e integral de la sentencia de condena, incluso a la luz de la "teoría del máximo rendimiento", no exige una nueva consideración de la prueba en una segunda instancia, sino que puede ser satisfecha con un control adecuado de la sentencia de origen, que incluya el modo en que los jueces de la instancia de mérito aplicaron las reglas de la sana crítica y lo volcaron en la decisión sometida a revisión.

De los pasajes de la sentencia antes reseñados, surge con claridad y como se indicará que la defensora adjunta no rebate los argumentos allí desarrollados al confirmar el encasillamiento legal y la sanción penal impuesta al imputado. En verdad, la defensa reedita sus planteos no haciendo más que manifestar su disconformidad personal con el proceder

sentencial, de modo tal que no consigue demostrar la existencia de las infracciones a la normativa que rigen los arts. 80 inc. 7 y 11, 89 y 41 del C.P., como así también reglas constitucionales y convencionales que denuncia.

Advierto, además, que al propiciar un cambio de calificación legal por considerar violada la ley (arts. 80 inc. 7 y 11, CP), la defensa pretende introducir cuestiones relacionadas con los hechos y la prueba -referidas en particular a la valoración de las pruebas que permitieron tener por acreditada la existencia del dolo de matar y de la ultraintención típica-, ajenas al ámbito de conocimiento de esa Suprema Corte.

En efecto, las consideraciones referidas a cuestiones relativas a la determinación de los hechos y la valoración de las pruebas, además de no ser propias del ámbito de conocimiento de esa Corte, no pasan de ser una oposición personal -divergente a la del juzgador- que no plasma la concurrencia de la arbitrariedad que invoca (doctr. arts. 494 y 495, CPP; cfr. causa P. 127.435, sent. de 25/4/2018 y sus citas).

Tampoco puede ser atendido el agravio en el que se cuestiona la revisión del procedimiento de determinación de la pena, pues la decisión atacada evidencia, también en este punto, un completo y adecuado tratamiento de los planteos de la defensa, incompatible con la errónea revisión denunciada.

Como adelantara, el *a quo* se refirió a la determinación de la pena, descartando cualquier posibilidad de violación normativa. Así, demostró el acierto del tribunal inferior al computar "*el haberse valido de medios de sujeción para maniatar, amordazar y vendar los ojos a la víctima, para evitar el uso de sus sentidos, silenciarla e impedir que lo vea*", circunstancia de modo perfectamente computable, teniendo en cuenta que ese intenso medio de sujeción fue aplicado por un período de tiempo extenso -"*a partir de las 03:30 hs. aproximadamente y hasta al menos las 6:30 hs.*," consta en el veredicto-, de modo tal que constituye una forma de violencia particularmente grave.

También coincidió con los fundamentos del tribunal inferior, en punto a la pauta que emerge de la nocturnidad buscada por el imputado ya que le: *"...permitió sorprender a la víctima dormida. En horas en que habitualmente disminuye la circulación de personas por dedicarlas al descanso, situación que también facilita la actuación del imputado"*, criterio compatible con la doctrina de esa Suprema Corte en la materia (cfr. P. 74.208, sent. de 9/11/2005; P. 79.378, sent. de 27/6/2007; P. 110.231, sent. de 22/8/2012 y P. 113.784 sent. de 30/9/2014, entre otras).

Por último, lucen en el fallo las explicaciones acerca de la consideración de la extensión del daño padecido por la víctima como circunstancia agravante. Ello, en virtud de los terribles daños psicológicos y físicos padecidos por la víctima, descriptos por las pericias médicas y la testigo C. S., amiga de la damnificada (v. fs. 101/103). La recurrente afirma, dogmáticamente, que esos daños son la "consecuencia lógica" de un hecho como el de autos, sin tener en cuenta que si bien es cierto que no corresponde valorar nuevamente en la medición de la pena las circunstancias que ya fueron tomadas en cuenta por el legislador al determinar el alcance del tipo penal, también lo es que la forma o el modo en que se ha manifestado el hecho no resulta indiferente para determinar la mayor o menor gravedad del ilícito y, por ende, el reproche de culpabilidad que corresponde formular a su ejecutor, de modo tal que la particular extensión del daño causado -según se determinara con las pericias reveladas-, puede ser válidamente considerada como una pauta agravante en los términos del art. 41 del C.P. y corresponde a la parte demostrar -ante la evidente existencia de otras hipótesis menos gravosas comprendidas en la figura penal- la concreta configuración de una doble valoración prohibida (cfr. P. 128.070, sent. de 21/11/2018).

Solo resta agregar que la referencia de la recurrente al carácter de consecuencias "no buscadas" por el imputado es manifiestamente inatendible, pues surge sin esfuerzo de la propia descripción del evento que estas previsibles consecuencias -buscadas o no con la fuerza del propósito- no

podieron haber pasado inadvertidas al sujeto activo.

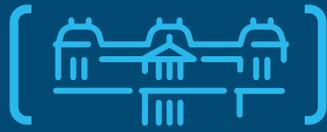
Entiendo, por todo ello, que corresponde rechazar también este segundo tramo de la queja.

V. Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte de Justicia debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley examinado (art. 496, CPP).

La Plata, 20 de marzo de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 128.344-2

**"A. A. Y. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley",
fecha: 31/08/2018**



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

"A., A. Y.

s/ recurso extraordinario
de inaplicabilidad de ley"

P 128.344-2

Suprema Corte de Justicia:

I. Contra lo resuelto por ese Superior Tribunal a fs. 678/679 vta., donde se decide declarar de oficio la prescripción de la acción penal respecto de L. N. M., por el delito de abuso sexual simple por el que había sido imputado, la particular damnificada, A.Y. A., por su propio derecho y con el patrocinio letrado de su abogado de confianza, deduce recurso extraordinario federal (v. fs. 706/725 vta.).

II. Sostiene que los fallos de las instancias jurisdiccionales recorridas incurrieron en diversas arbitrariedades, las que explicita, indicando que no fueron tenidas en cuenta al abordarse el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado.

Alega que el pronunciamiento de esa Suprema Corte resulta arbitrario, fue respondido en términos de derecho común y le causa a la parte un gravamen irreparable, al no tratarse las cuestiones federales que portaba el remedio local, donde se había denunciado que los hechos de abuso sexual investigados se dieron en el marco de una relación de dependencia jerárquica de la víctima respecto del imputado en un ámbito laboral, constituyendo tratos crueles, inhumanos o degradantes de la dignidad; que existe en autos una grave violación a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, condenable como violencia de género (arts. 18 y 75 inc. 22, CN; 1, 2.a, 3, 4.b, f y g, y 7 de la Convención de Belém do Pará; 2, 5.a y 15.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Regla N.º 19 de las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de

las Personas en Condición de Vulnerabilidad).

Asimismo, cita los precedentes "Bulacio" y "Bueno Alves" de la Corte Suprema de Justicia en apoyo de su tesis, haciendo hincapié en que en autos se produjo una grave violación a los derechos humanos (Corte Interamericana, casos "Espósito", "Derecho" y "González y otras vs. México").

De igual modo, aduce que también se quebrantaron las garantías de toda víctima de delito a una tutela judicial efectiva (arts. 1.1, 5, 8.1 y 25 de la CADH), así como también el debido proceso y el principio de congruencia, aclarando que el presente se trata de un caso de suma gravedad institucional.

Solicita, en definitiva, se revoque el fallo atacado y se ordene que esa Suprema Corte aborde en debida forma el remedio local oportunamente deducido.

III. El recurso extraordinario federal interpuesto resulta, en mi opinión, admisible.

Ello así toda vez que el mismo ha sido presentado en tiempo y forma, por parte legitimada al efecto, contra una sentencia definitiva que pone fin al pleito en sede provincial y que resultó adversa a los intereses de la recurrente, quien intenta rebatir en su presentación los fundamentos de la decisión de esa Suprema Corte (arts. 14 y 15 de la ley 48).

Además, es evidente que se ha denunciado la existencia de una cuestión federal (arts. 18 y 75 inc. 22, CN; 1, 2.a, 3, 4.b, f y g y 7 de la Convención de Belém do Pará; 2, 5.a y 15.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Regla N.º 19 de las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad; 1.1, 5, 8.1 y 25 de la CADH), denuncia que se ha vinculado con las concretas circunstancias de la causa, de modo tal que es posible establecer la existencia de una relación directa e inmediata entre la normativa federal que se denuncia inobservada y lo debatido y resuelto en la

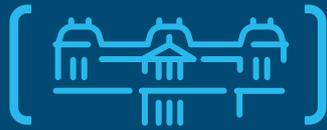
causa (cfr. art. 3 inc. e, Reglamentos para la interposición del recurso extraordinario federal, Ac. 4/2007, CSJN).

IV. En consecuencia, entiendo que esa Suprema Corte debería declarar admisible el recurso extraordinario federal deducido en autos por la particular damnificada.

La Plata, 31 de agosto de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 130.846-1

**“E., O. H. y otros s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad
de ley”, fecha: 12/02/2019**



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

“E., O. H. y otros
s/ recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley”

P 130.846-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Tercera del Tribunal de Casación de Penal rechazó los recursos de la especialidad interpuestos en favor de H. O. E., L. E. Z. y C. G. R., contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N.º 2 del Departamento Judicial de Mercedes que condenó al primero de los imputados a treinta años de prisión, por resultar autor responsable de los delitos de corrupción de menores agravada por la convivencia previa con un menor de dieciocho años, por ser encargado de la guarda y por ser padre conviviente, en concurso ideal con abuso sexual gravemente ultrajante, en la modalidad delito continuado, agravado por la convivencia con un menor de dieciocho años, por ser encargado de la guarda y por el vínculo, y por acceso carnal, cinco hechos, todos en concurso real; al segundo de los nombrados a veintisiete años de prisión, por resultar autor responsable de los delitos de corrupción de menores agravada por la convivencia previa con un menor de dieciocho años y por tratarse del encargado de la guarda, en concurso ideal con abuso sexual gravemente ultrajante, calificado por la convivencia con un menor de dieciocho años y por ser encargado de la guarda, tres hechos en concurso real y a la imputada R. a treinta años de prisión, por resultar cooperadora responsable de los delitos de corrupción de menores agravada por ser madre conviviente, en concurso ideal con abuso sexual gravemente ultrajante en concurso ideal con abuso sexual gravemente ultrajante y agravado por el vínculo, cinco hechos en concurso material (v. fs. 152/178 vta.).

II. Contra esa resolución los Defensores Oficiales Adjuntos de Casación interpusieron sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley (v. fs. 185/196 vta., 198/211 y 212/226 vta., respectivamente).

II.a. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en favor de H. O. E.

Denuncia el recurrente revisión aparente de la sentencia de condena con relación a la fundamentación del monto de pena y arbitrariedad por omisión de tratamiento de cuestiones.

Considera que el *a quo* realizó una revisión aparente del fallo condenatorio con relación al monto de pena de treinta años de prisión impuesto a su asistido E., toda vez que omitió el tratamiento de una cuestión esencial llevada a su conocimiento.

Trae a colación lo señalado por el Defensor Oficial en el remedio casatorio, en cuanto explicó que existía ausencia de fundamentación suficiente para la individualización legal de la pena, que llevó a los jueces a imponer un *quantum* que resulta excesivo. Destaca que, en primer lugar, se agravió de la sola mención de atenuantes y agravantes considerado en el fallo de origen cuestionado, entendiéndose que no habilita al sentenciante a desentenderse de las obligaciones republicanas que imponen la manda constitucional y el art. 371 del C.P.P., en punto a que el juzgador debe dar las explicaciones que permitan comprender cómo arriba a la solución pronunciada de manera tal que la sentencia tenga autosuficiencia.

Indica que, en segundo lugar, se agravió respecto al cómputo que hiciera el tribunal de mérito de atenuantes -la limitada capacidad de autodeterminación del encausado, la carencia de antecedentes penales y de una manera acotada la circunstancia de que H. O. E. es portador de H.I.V.- alegando que ello no representó una mengua de la pretensión punitiva requerida por la Fiscalía que, al culminar sus alegatos, requirió la imposición de una pena de 30 años de prisión, igual a la que finalmente se impuso, circunstancia que demostraría que las atenuantes solo fueron computadas virtualmente.

También señala que se agravió de la ponderación como

agravante del daño psicológico, sin explicar su matriz intensificante de la pena en vista de que es un parámetro ya contemplado por el legislador al establecer la severa escala punitiva del artículo 125 del C.P. y que, por último, denunció que se computó el mal concepto de H. E., sin que aparezca en el fallo una explicación de cómo pudo impresionar dicho parámetro en la elevada pena impuesta.

Aduce que el Tribunal de Casación trató los tres últimos agravios dando una respuesta concreta, pero arbitrariamente omitió el tratamiento de la cuestión esencial que integraba el agravio planteado en el recurso de casación sobre la mensuración de la pena.

Esgrime que así, sin ingresar al estudio de la inconsistencia concreta en la graduación de la pena en el caso de E., convalidó el revisor el monto punitivo de treinta años de prisión y afirma que ello resulta incompatible con la labor encomendada al Tribunal de Casación.

En definitiva, sostiene el recurrente que el *a quo* efectuó una revisión superflua e insuficiente, circunstancia que tornaría arbitraria la sentencia impugnada en este punto.

II.b. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en favor de L. E. Z.

En primer lugar, denuncia el impugnante errónea revisión de la sentencia de condena en cuanto a la intervención del imputado en el hecho señalando, destacando que para dar por acreditado tal hecho el tribunal de juicio se basó en lo plasmado por las peritos psicólogas que entrevistaron a las menores hijas del matrimonio R.-E.

Recuerda que la defensa oficial cuestionó el valor de ese elemento de prueba, resaltando que de los informes elaborados en base a tales entrevistas surgía que los autores de acciones reprochables penalmente serían el padre de las menores, la madre de éstas y su hermano B. Sólo en uno de los informes, efectuado un año después de sucedidos los hechos cuando las

menores en un Hogar, la niña L. C. E. menciona a "L".

Con ese piso de marcha, sostiene que no existe un solo testigo directo del hecho que señale a Z. como uno de los coautores del abuso sexual y de la corrupción de menores; que las víctimas no efectuaron acusación contra Z. y, finalmente, que el relato de L. C. E. del que se desprendería que aquél también abusó de ella y sus hermanas fue introducido a través de un testigo de oídas.

Entiende el impugnante que el proceder del Tribunal revisor resultó conculcatorio del derecho a la doble instancia, de la *in dubio pro reo* y del derecho de defensa en juicio.

En segundo lugar, denuncia el recurrente la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P., ausencia de fundamentación del monto de la pena, infracción a la obligación de fundar los pronunciamientos judiciales, que deriva de la razonabilidad republicana, del debido proceso legal y del derecho de defensa.

Cuestiona la valoración de determinadas circunstancias agravantes, por cuanto entendió que resultaban ajenas a la conducta reprochada a Z.

Aduce que la Defensora Oficial cuestionó que se haya tenido en cuenta en perjuicio de su defendido la situación de maltrato y el estado de abandono a los que fueron sometidos todos los hijos del matrimonio R.-E., por cuanto los hijos de éstos no se encontraban bajo su cuidado ni responsabilidad, destacando que en lo referente a las menores M. y M. Z. no se le reprochó ningún injusto; la valoración de la extensión del daño, en función de no haberse acreditado algún tipo de daño psicológico en las niñas derivado de la conducta de su defendido y que se haya valorado el comportamiento de Z. cuando salieron a la luz los hechos que damnificaran a sus hijas M. y C., ya que más allá de que efectivamente radicó la denuncia, lo cierto es que nada tiene ello que ver con los delitos que se le achacan, siendo las presuntas víctimas C., L. y A. E.

También señala que la defensa se agravió por la falta de

fundamentación del monto de pena impuesto a Z., ya que no se explicitó el razonamiento efectuado por el juzgador, mediante el cual se impuso una pena superior al mínimo previsto para la escala legal aplicable al caso, según el delito por el que fuera condenado, lo que en definitiva vuelve inmotivado el fallo en este aspecto.

Arguye que la defensa de instancia también consideró que la pena impuesta resultó totalmente irrazonable y desproporcionada con las conductas que se le achacaron a su defendido, máxime teniendo en cuenta que a su consorte E. se lo condenó por mayor cantidad de hechos (los cuales a su vez resultaron más graves y así se vio reflejado en la calificación legal) y víctimas y sólo los diferencia en el monto de pena una suma de tres años.

Esgrime que, de ese modo, el órgano de casación efectuó un examen parcial y arbitrario, al no brindar respuesta al planteo efectuado sobre la falta de fundamentación de la pena impuesta. Concluye que es claro que no es ese el ejercicio adecuado de su potestad jurisdiccional revisora, ni permite ello hablar del derecho al recurso contra un fallo condenatorio como verdadera garantía.

Sostiene que lo que debió hacer el *a quo* era adentrarse al estudio de si se verificaba o no la falta de fundamentación del monto de pena, si correspondía alejarse del mínimo legal y por qué razones, cuáles eran las circunstancias tenidas en cuenta para ese alejamiento y si ellas resultaban debidamente fundamentadas. En definitiva, verificar la ausencia o no de fundamentación de la pena calificada como excesiva, desproporcionada e infundada por parte de la defensa. Considera que, al no haberlo hecho, el *a quo* provocó la desnaturalización del derecho al recurso de su asistido, en un aspecto fundamental como lo es el monto de pena a ejecutar.

Por último, denuncia el impugnante errónea aplicación del art. 119 párrafo 4° incs. b y f del C.P. Se agravia de la sentencia intermedia al concluir que Z. poseía una convivencia preexistente con las menores víctimas y que era el encargado de la guarda de las mismas.

Expresa que el *a quo*, incurrió en la errónea aplicación de las agravantes previstas del tipo penal del art. 119 párrafo 4º del código de fondo al caso.

Señala que cuando la ponderación objetiva de la prueba obrante en la causa deja subsistente una situación de duda en relación a una figura agravada, ésta debe descartarse pues, por estricta aplicación del principio constitucional *in dubio pro reo*, esa situación de duda razonable debe jugar a favor del imputado.

Sostiene, en lo atinente a las agravantes propiamente dichas, que sobre el concepto de "encargado de la guarda" nuestra doctrina ha dicho que el fundamento de la misma reside en la infracción de los deberes particulares inherentes al cargo del autor o a las obligaciones que asumiera voluntariamente. Es decir, es la relación particular del agente con la víctima la que la ley ha tenido en cuenta para fundar la mayor punibilidad.

Esgrime que, en el presente caso, tal como lo señaló la defensa oficial en el recurso de casación, no se encuentra acreditado que Z. fuera quien detentaba tal título (ni legal ni, de hecho) sobre las menores E.

En cuanto a la convivencia preexistente, entiende que ella implica algo más que el "estar o permanecer en el mismo lugar que el autor", pues no se trata de una situación meramente material, sino de una situación que tiene como presupuesto una comunidad de intereses, afectos y de situaciones compartidas que son similares a las de una familia, que puede estar formalmente constituida o conformar simplemente una unión de hecho.

Concluye así que la sentencia intermedia aplicó erróneamente al caso de autos los incisos "b" y "f" del cuarto párrafo del art. 119 del C.P., cuando de las constancias de autos surge claramente que su asistido no convivía con las menores E. y ni siquiera se encontraba bajo la guarda de éstas.

II.c. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en favor de C. G. R.

Denuncia, en primer lugar, la recurrente arbitrariedad de la sentencia por indebida fundamentación y apartamiento de los precedentes de la Corte federal, que afectan el derecho a ser oído, el debido proceso legal, el principio de inocencia y el derecho al recurso, en virtud de una revisión aparente de la sentencia de condena.

Se refiere en primer término a la arbitrariedad denunciada frente al descarte de un estado de necesidad exculpante por la situación reductora de la autodeterminación (art. 34 inc. 2, C.P.). Señala que, se alegó en relación a ello la necesidad de efectuar una valoración contextualizada y lo más contemplativa posible en relación a la historia de vida de R., habiéndose alegado que su personalidad fue signada por el daño psicológico surgido desde su primera infancia al resultar víctima de abusos y abandono, cuadro que progresivamente determinó posiblemente la corrupción de su normal desenvolvimiento en la esfera afectiva y la adopción de conductas autodestructivas. Sostiene que todo ello culminó con el cuadro de situación ya conocido y, dada su condición endeble y sumisa, interactúa en el grupo familiar conforme a los designios de los coimputados.

Expresa que se alegó la necesidad de evaluar los sucesos desde una perspectiva de género, haciendo hincapié en la reducción de la autodeterminación en función del temor reverencial que imponía fundamentalmente el imputado E.

Aduce que, frente a los hechos denunciados por las víctimas menores de edad y la gravedad que importa la atribución de dichas conductas, la mención de la hipotética realización de una conducta alternativa a la que se pretende debidamente comprobada y a los deberes que imponen la posición de garante en función del deber de guarda son fundamentos que ignoran por completo el estado de vulnerabilidad denunciado.

Por otra parte, en cuanto a la arbitrariedad en torno a los

fundamentos vertidos relacionados con la inobservancia del art. 46 del C.P., señala que no ha sido debidamente acreditado el aporte esencial en cabeza de su asistida.

Expresa que las afirmaciones en relación al rol que detentó su asistida y el factor de atribución que se pretende asignar resultan meramente dogmáticas, dado que desconocen por completo el mentado estado de vulnerabilidad alegado. Así, se sostiene que donde se considera una conducta propia de facilitamiento o cooperación esa defensa lo traduce en resignación e impotencia.

Añade que, frente a las conductas de sus consortes de causa, la actitud asumida por R. no debe asociarse únicamente con las expectativas que se esperan conforme su posición de garante, sino que debe integrarse dicho análisis con la compleja historia de vida signada por hechos de similar envergadura que terminan por condicionar su capacidad de respuesta y rebeldía frente a los abusos de terceros.

Considera que para determinar el grado real de la cooperación que puede llegar a atribuirse a su asistida, su participación debe analizarse desde una perspectiva de género, adecuando la lectura de los sucesos al contexto de vulnerabilidad que se desprende del sometimiento a los designios de E.

En consonancia con la eximente planteada, considera que no puede acreditarse que R. haya efectuado aportes necesarios "*...sin los cuáles no habría podido cometerse*" los hechos materia de reproche, dado que la situación reductora de la autodeterminación se proyectó transversalmente sobre la participación necesaria, dejando subsistente a todo evento una posible participación secundaria para el supuesto que se descarte la situación reductora de la autodeterminación antes planteada.

Por otra parte, el impugnante se refiere a la inconstitucionalidad de la interpretación asignada al art. 133 del C.P. por violación a los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

Esgrime que, más allá de la asignación por parte del a

quo de la participación de su asistida en los términos del art. 113 del C.P., lo cierto es que al momento de resolver la forma en que atribuye dicha cooperación lo hace en el sentido dispuesto por el art. 45 del C.P., lo que lleva a considerar que el criterio sentado es la asignación de participación necesaria.

Expresa que, en la inteligencia acordada al art. 133 del C.P. en relación a la significación del término normativo "cooperación", por el cual se estima posible la remisión tanto al art. 45 como al art. 46 del C.P. es lo que genera la cuestión federal dado que ello colisiona directamente con el principio de culpabilidad.

Sostiene ello en función de producir un perjuicio claro a su defendida, y a fin de considerar su participación meramente accesorio (art. 46, C.P.) resulta imperativo para esa defensa plantear la inconstitucionalidad de la interpretación asignada a la mentada norma en función de considerar que no puede evaluarse con la misma gravedad la intervención necesaria que la accesorio.

Por último, el esmerado Defensor se refiere a la arbitrariedad en la determinación del *quatum* punitivo.

En relación a ello entiende que tanto Z. como E. han sido condenados como autores en los términos del art. 45 del C.P., es decir, sobre la base de considerar que los mismos detentaban el dominio del hecho, y en el caso en concreto, el señorío absoluto dada la concreta ejecución de tales actos -autores materiales-. Así, en definitiva, ambos imputados resultan los ejecutores directos de las figuras en trato.

Expresa que, frente a dicho grado de participación, la conducta de su asistida contiene claramente un menor grado de reproche, dado que en el supuesto en trato no tiene idéntica magnitud la cooperación en los hechos que su ejecución y, ya sea en los términos del art. 45 o art. 46 del C.P., entiende que atenta contra la lógica imponer a su asistida una pena como la impuesta a E. y con más razón una superior a la que se le atribuyera a Z.

Aduce que a E. se le atribuyen cinco abusos sexuales con acceso carnal en concurso real que no se imputan a R., lo que lleva a considerar que se ha desaplicado a su respecto la cooperación respecto a los mismos y necesariamente debe traducirse en la consideración de un menor grado de injusto.

Concluye que, frente al concurso material de abusos sexuales con acceso carnal imputado a E. y desaplicado a Z. y R., queda claro que indirectamente se le reprocha a R. la cooperación, cuando en rigor de verdad ello no forma parte de la imputación dado que sólo se le atribuye intervención en los abusos gravemente ultrajantes y en la corrupción de menores agravada por el vínculo.

III. La Sala revisora del Tribunal de Casación declaró inadmisibles los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley intentados.

Contra esa resolución, los Defensores Adjuntos ante el Tribunal de Casación interpusieron ante esa Suprema Corte las quejas correspondientes, las que fueron acogidas, concediéndose así los remedios denegados en la instancia precedente (v. fs. 348/351, 510/512 y 673/676).

IV. Considero que los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos en autos y concedidos por ese alto tribunal no pueden prosperar.

IV.a. El remedio articulado a favor de O. H. E. no puede ser acogido favorablemente en esta sede, toda vez que los motivos en que la defensa sustentó la revisión aparente del monto de pena impuesto que denuncia (arts. 1 y 18 CN; 8.2 h de la CADH y 14.5 PIDCP), carecen de asidero y no ha sido acompañados de un desarrollo argumental que permita controvertir la razonable imposición de pena impuesta al imputado en virtud de la valoración realizada respecto de cada una de las pautas consideradas, apareciendo las consideraciones vertidas por el impugnante como la manifestación de un criterio divergente sobre el *quantum* de pena seleccionado, técnica manifiestamente ineficaz para promover la revisión que pretende.

Así el órgano revisor confirmó la pena impuesta por el Tribunal de mérito señalando -en lo sustancial- que: *"...no encuentro que las penas discernidas a los encartados R., E. y Z., por la cantidad de hechos que se les imputan, la duración en el tiempo, la naturaleza de los mismos y la posición de garantes en la que todos se encontraban respecto de las víctimas menores de edad y descendientes directos de los mencionados, en función de las escalas aplicables, con fundamento en las circunstancias mensuradas en el veredicto y cuanto resulta de los indicadores de los artículos 40 y 41 del Código Penal, constituya la imposición de una pena desproporcionada como se pretende.// Por el contrario, la defensa observa falta de motivación a partir de su criterio de que el punto de partida para la composición de la pena debe ser el mínimo legal posible, lo que llevaría el tribunal a fundamentar el apartamiento el mismo, desconociendo que para su determinación no se atiende a la consideración fragmentaria y aislada de las pautas que se proponen, pues el proceso individualizador no constituye un mero cálculo matemático, atiende a la apreciación de los aspectos objetivos del hecho y a las calidades del autor (...)* La individualización de la sanción penal no importa un mero juicio aritmético sino un juicio de valor, que el magistrado debe realizar considerando en forma integral todas las particularidades del caso, atendiendo a la apreciación de los aspectos objetivos del o los hechos y las calidades del autor.// Conforme surge de la lectura del decisorio impugnado, el sentenciante fundó concretamente la graduación de la sanción en cada caso particular, explicitando las circunstancias agravantes que concurrieron para cada uno de los imputados, cómo había quedado acreditada y cuál era su incidencia sobre el juicio de culpabilidad -esto es si implican un agravamiento o una atenuación del reproche- (...) Además, es doctrina de Sala que en el marco de los artículos 40 y 41 del Código de fondo, la ausencia de agravante -y aún la concurrencia de atenuantes- no implica la obligación de fijar el mínimo de penas contempladas para el delito respectivo, ni existe -para las divisibles- un punto de ingreso a la escala..." (fs.176/177).

Surge del pasaje transcrito que la imposición del monto de pena seleccionado para cada uno de los imputados fue un aspecto expresamente abordado por el tribunal intermedio, que confirmó así el juicio realizado sobre

este punto en la instancia de origen, circunstancia que impone descartar de plano la denuncia de falta de revisión suficiente que trae la defensa de E.

El reclamo se presenta, de este modo, como la expresión de una mera disconformidad con el monto de pena impuesto, dentro del marco legal aplicable, en la instancia de mérito con posterior confirmación del revisor, planteo que no puede ser atendido en esta instancia de revisión excepcional. En este sentido ha señalado esa Suprema Corte que: *"no procede el recurso extraordinario de inaplicabilidad que tacha de arbitrariedad el pronunciamiento de la casación por falta de fundamentación del quantum de pena impuesto, desde que la crítica traída se sustenta sólo en una visión diferente sobre la manera en cómo debe efectuarse el proceso de determinación judicial de la pena, pero el criterio divergente de la parte respecto de la incidencia sobre el quantum de la pena a aplicar de las circunstancias atenuantes y agravantes computadas no implica ni significa violación legal alguna"* (P. 128.960 sent. de 15/8/2018).

Lo expuesto hasta aquí pone en evidencia, tal como lo adelantara, que el planteo de la defensa sólo reedita una opinión personal discordante con la del Tribunal revisor, mas no patentiza que éste haya incurrido en vicios lógicos e irrazonabilidad evidente de la sentencia de condena que denuncia (conf. art. 495, CPP).

IV.b. El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación en favor de L. E. Z. tampoco puede prosperar.

En efecto, no puede atenderse el planteo formulado por la defensa en torno a la prueba de la autoría responsable del imputado Z., en tanto denunció que la labor de revisión emprendida por el órgano casatorio importó un tránsito aparente por esa instancia.

Ello así, en la medida que tribunal intermedio dio respuesta a todos los reclamos efectuados por la parte en el recurso de casación, se

ocupó del cuadro fáctico y del plexo probatorio tenido en cuenta por el inferior, brindando las razones que lo llevaron a confirmar la coautoría del imputado en los sucesos ilícitos y descartar la arbitrariedad alegada en la valoración probatoria señalando en -en lo sustancial- que: *"...la perito Ramírez coadyuvó a señalar a Z. como autor de los abusos sexuales cometidos a L. C. y sus hermanas, (...) del fallo surge que acompañó a la niña para darle confianza y repitió lo que ella contara. Sobreabundando, y en relación con los planteos defensistas del imputado Z., si las víctimas sindicaron directamente a los imputados mencionándolos por sus nombres, frente al personal que las atendía y criaba en el hogar de niños, las peritos psicólogas que las entrevistaron y las hermanas mayores C. y M. Z. tal como todos lo narraron en debate y se detallara precedentemente, esto echa por tierra la afirmación de la defensa en cuanto a que se lo condenó a consecuencia de una análisis 'general' de la prueba, no existiendo afectación al derecho de defensa, visto que lejos de sustentarse el fallo en prueba de informes, se basó en las argumentaciones que de las conclusiones, dieron en el juicio los peritos que los confeccionaron. Por otro lado, la circunstancia de que Z. fuera quien efectuara la denuncia resulta de nulo interés exculpatorio, desde que fue reticente para llevarla adelante, tal como lo aseguraron los testigos I. R., C. y M. Z. La defensa también sostiene que no se pueden imputar a Z. las lesiones genitales comprobadas un año después de que ingresaran al internado, pero soslayando que surge del veredicto que dicho reconocimiento médico se realizó el día 22 de mayo de 2012, es decir dos meses después de que sus progenitores fueran detenidos. Lo expuesto echa por tierra las mendaces versiones de los imputados (...) Recordemos, puntualmente que L. E. aseguró ante las personas que la cuidaban en el hogar de menores y las profesionales que 'Z. (además de su padre), ponía el pene en la vagina de ella y de sus hermanas', afirmando que a las tres niñas les hacían esas prácticas. Su hermanita C. refirió a la licenciada Joly que su padre y Z. 'le hacían eso', 'nos pasaban el coso por ahí abajo'" (fs. 170/171-173 vta./174).*

Tal como surge del pasaje transcripto, el tribunal intermedio se ocupó de los planteos que formulara la defensa de Z., confirmando el criterio adoptado por el tribunal de origen en torno a la viabilidad de una imputación sustentada en la declaración formulada por la propia víctima, acompañada

por las precisiones formuladas por los profesionales que la asistieran. Cabe destacar aquí que, en línea con el análisis efectuado en el caso por el *a quo*, esa Suprema Corte ha dicho que: "[s]on los profesionales -peritos psicólogos-, muy particularmente en los casos de abuso sexual de víctimas menores de edad, los que se encuentran en mejores condiciones, como especialistas en la materia, para ayudar al niño o niña víctima a expresar lo sucedido, escrutar la verosimilitud de sus dichos, las eventuales secuelas en la psiquis y especiales actitudes psico-físicas y sociales que pudieran revelar signos propios de situaciones de abuso infantil, todo ello con el menor impacto respecto de su revictimización" (P. 125.564, sent. de 21/6/2018).

De tal modo, el pronunciamiento dictado abastece la exigencia establecida en los arts. 8.2 "h" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme el alcance asignado a los mismos por la Corte nacional a partir del precedente "Casal" (Fallos 328:3399) citado por el recurrente.

Así resulta insuficiente el presente agravio relacionado con el cuestionamiento de la participación del imputado Z. habida cuenta que los planteos referidos a la afectación del *in dubio pro reo*, se dirigen en rigor, a cuestionar la determinación de los hechos y el mérito de la prueba tenida en cuenta por el tribunal intermedio para ratificar el decisorio de la instancia de grado en punto a la acreditación de los extremos de la imputación, materia que excede el acotado ámbito de conocimiento de esta Corte en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en trato, pues no se ha acreditado que el *a quo*, en ese análisis haya incurrido en arbitrariedad o absurdo, o que haya desconocido hechos de la causa para fundamentar la autoría responsable del imputado. Y más allá de que la parte expresa su oposición a la actividad valorativa, no evidencia que el reproche practicado contra el imputado sea fruto de la mera voluntad de los juzgadores o se asiente en premisas falsas, indefectiblemente inconducentes o inconciliables con la lógica y la experiencia (P. 126.830, sent. de 16/8/2017, entre muchas otras).

En cuanto al segundo motivo de agravio, relacionado con

la aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P. y la fundamentación de la pena impuesta, me remito a lo expresado en el dictamen referente al coimputado E., y aduno lo señalado por el Tribunal revisor en cuanto a que correspondía mantener la consideración de la extensión del daño causado como agravante, "*...pues ha quedado debidamente comprobado el daño psicológico sufrido por las menores que, en el caso de M. Z., la llevaba a autoflagelarse e intentar quitarse la vida, y en relación con todas, el abandono de su casa por la medida de abrigo, el alejamiento del círculo familiar, y el tener que adaptarse a nuevas familias (la de la tía I. R., en el caso de las menores Z., y familias adoptivas, en el caso de las niñas E.), resultaron ser todas circunstancias que implicaron un plus de sufrimiento y mayor reproche para los imputados*" (fs. 175 vta.).

Asimismo, he de señalar que la queja del recurrente en orden al monto de la pena impuesta -y por la cual reclama la imposición de una que no supere el mínimo legal- resulta insuficiente, pues sólo representa una diferente visión sobre la manera en que debe efectuarse el proceso de determinación judicial de la pena. Si bien los arts. 40 y 41 del Código Penal regulan las circunstancias en base a las que luego deben dosificarse las penas divisibles en razón del tiempo o de la cantidad, lo cierto es que no contiene una regla o sistema que determine el modo en que debe concretarse su cuantificación dentro de las escalas legales, por lo que esa forma de recurrir se revela ineficaz para conmovir lo decidido (art. 495, CPP).

Tampoco progresa el tercer motivo de agravio, en el que se denuncia que la sentencia intermedia aplicó erróneamente al caso de autos los incisos b y f del cuarto párrafo del art. 119 del C.P., fundado en que de las constancias de autos surgiría que Z. no convivía con las menores E. y ni siquiera se encontraba bajo la guarda de éstas.

En primer lugar cabe destacar que si bien en el reclamo bajo estudio se denuncia la errónea aplicación del art. 119 inc. "b" y "f" del Código Penal, la queja en rigor se ciñe a intentar una reinterpretación de los hechos a partir de los cuales el tribunal *a quo* convalidó la decisión del inferior en

cuanto a la coautoría y calificación del evento emergente de la causa, siendo esa materia ajena al ámbito de conocimiento de esa Suprema Corte en el marco del remedio incoado, salvo la cabal acreditación del excepcional vicio de absurdo o arbitrariedad, lo que en el caso no viene argumentado (doctr. art. 494 del CPP).

En este sentido, el Tribunal revisor de manera lógica y razonada argumentó en cuanto al embate bajo estudio que: *"...si cuando arribó E. a la vivienda, convivieron todos en la misma residencia y con el tiempo la pareja E.- R., con la ayuda de Z. se construyó una casilla en los fondos del mismo predio, y los tres hijos de Z.-R., y los cinco de E.-R. entraban y salían de las viviendas, forjando una relación de cercanía tal, que las menores C., L. y A. llamaban a Z., 'Nuestro otro papá', ello permite mantener la existencia de las agravantes 'convivencia preexistente' y la de 'encargado de la guarda'. Conforme a lo expresado, la significación legal es derivación razonada del derecho vigente y de las circunstancias comprobadas en la causa"* (fs. 175).

Así he de señalar en primer lugar que la agravante fundada en la existencia de una "convivencia preexistente" es aplicable a la situación de sujetos activos que, como ocurre sin duda en el caso de Z., se aprovechan de la relación de cercanía y mayores facilidades que le otorga situaciones fácticas, como las que trajeron a colación los órganos jurisdiccionales intervinientes, en cuanto al trato de las menores víctimas y el aquí imputado.

Y en segundo lugar en cuanto al embate dirigido contra la agravante relacionada con la "guarda" , la figura del encargado de la guarda de la víctima en los términos en que ha sido receptada en el art. 119 cuarto párrafo inc. "b" del Código Penal, se refiere a quienes, aún de manera momentánea, cuidan de la persona, atendiendo a sus necesidades o ciertos aspectos de las mismas, como producto de la función que ocupan o en virtud de una situación de hecho, lo que los obliga a un especial deber de protección. De modo que, acreditada que sea la situación fáctica de la guarda, no es necesario sobreañadir a la mentada relación requisitos referidos a la calidad o permanen-

cia del vínculo para su configuración formal (P.126.731, sent. de 8/3/2017).

Considero, por lo hasta aquí expuesto, que corresponde confirmar la aplicación de la figura agravada seleccionada en origen respecto del imputado Z. y rechazar, en consecuencia, el recurso intentado también en este punto.

IV.c. Tampoco puede ser atendido favorablemente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación en favor de C. G. R.

En cuanto al primer motivo de agravio, relacionado con la arbitrariedad denunciada frente al descarte de un estado de necesidad exculpante por la situación reductora de la autodeterminación (art. 34 inc. 2, C.P.), advierto que el impugnante no logra rebatir eficazmente lo señalado por el *a quo* en cuanto a que: *"[e]l fallo recurrido no da cuenta de que la imputada no hubiera tenido la posibilidad de optar por otras conductas alternativas, de protección y resguardo de los ataques sexuales que los consortes (ex y actual pareja) efectuaban, ni más ni menos que a sus propios hijos, sino que por el contrario ella misma participaba, los avalaba y fomentaba.// De ningún modo surge de las probanzas que el grado de autodeterminación de la nombrada estuviera sesgado por el temor que le tenía a E., pues a contramano de lo que la defensa sostiene, de ningún elemento probatorio surge que la encartada se sintiera obligada a actuar como actuó, afectando bienes jurídicamente protegidos, ni que se sintiera amenazada por la posibilidad de sufrir algún mal grave.// Las licenciadas Becce y Fracchia, quienes entrevistaron a los tres imputados, concluyeron que las características e la personalidad de los nombrados de ningún modo anulaban su voluntad, sino que por el contrario, conservaban su capacidad de discernir entre el bien y el mal, manteniendo el criterio de realidad, pero utilizando mecanismos defensivos arcaicos, como la disociación, pudiendo cometer actos siniestros y mostrarse adaptados en otros ámbitos de la sociedad, con tendencia a la acción sin reflexión"* (fs. 159 y vta.).

Asimismo, ahondó el *a quo* en punto a que los informes psiquiátricos de los tres encartados ilustraron sobre su capacidad para dirigir sus acciones y discernimiento, más allá de las características de personalidad de éstos, que pudieran ser consideradas al graduar la pena.

Siguió expresado el revisor respecto al pretendido estado de necesidad exculpante de la imputada que: "*[l]a actitud que R. asumió frente a los hechos es a todas luces reprochable, pues la 'personalidad temerosa y endeble' que se alega no abastece los requisitos para configurar la causal de exclusión de la culpabilidad alegada, menos aún si la prueba analizada en el fallo permite inferir que intervení y arengaba en la comisión de los mismos.// Cabe agregar que la enjuiciada, en oportunidad de declarar durante el proceso, lejos de referir que se sintiera condicionada por la avasallante personalidad de E., acusó a sus hijas de mendaces, y a su hermana (I. R.) y a Z. de haber pergeñado todo para quedarse con la vivienda dejando así al descubierto su clara capacidad de culpabilidad.// Y aunque también se probó que en su infancia fue víctima de malos tratos y violencia sexual, circunstancia que entiendo pudo haber naturalizado estas conductas que luego repite en sus hijas, ello no le impidió conocer lo correcto y lo incorrecto, y en el caso, el mal que les provocaba a las mencionadas*" (fs. 159 vta./160).

Por último, para mayor abundamiento trae a colación el *a quo* una de las escenas narradas por una de las pequeñas víctimas, en la que E. manoseaba a las hermanas mayores y al salir la imputada R. del baño y ver el estado de excitación en el que el nombrado estaba inmerso se acercó y comenzó a mantener relaciones sexuales con éste frente a las pequeñas, lo que en opinión de los Magistrados revisores demuestra que se le podía exigir una conducta distinta a la asumida en los injustos.

Puede apreciarse así que el reclamo se funda, no obstante, la denuncia de violación a la ley sustantiva, en una nueva valoración de la prueba y en una divergencia sobre la determinación de los hechos -en este caso, sobre el ámbito de autodeterminación de la imputada-, materia ajena al acotado

ámbito de revisión que habilita el art. 494 del C.P.P.

Así resulta insuficiente el embate en que el recurrente denuncia arbitrariedad de la sentencia recurrida por indebida fundamentación, en torno al reclamo de calificar la conducta de R. en los términos del art. 34 inc. 2 del C.P. y afectación de la garantía de defensa en juicio y debido proceso (art. 18, CN), en tanto, como lo adelanté, se advierte que la defensa no rebate los argumentos expuestos por el Tribunal de Casación, sino que reedita su planteo, sin ocuparse de la discusión concretamente entablada en el caso y, en consecuencia, sin lograr evidenciar el vicio que alega.

Dicho ello también se devela insuficiente el reclamo en cuanto a la falta de esencialidad del aporte realizado por la imputada en los hechos bajo juzgamiento.

Es que, tal como lo explicó el *a quo* al descartar el estado de necesidad exculpante planteado por la defensa de R. y traer a colación las tortuosas situaciones vividas por las menores víctimas de los hechos bajo juzgamiento, corresponde tener en cuenta que la imputada no se limitó a no impedir las conductas abusivas que los coimputados despegaran sobre su hija, sino que cooperó activamente en la perpetración de los hechos, asumiendo así el carácter de complicidad necesaria, en la medida que contribuyó con un aporte esencial, casualmente indispensable e imprescindible para que los hechos ocurrieran tal como tuvieron lugar.

En ese contexto, las consideraciones vertidas por el recurrente en torno a la necesidad de considerar el especial estado de vulnerabilidad de la imputada y aplicar una perspectiva de género en la consideración del caso aparecen como afirmaciones genéricas y dogmáticas que, en modo alguno, autorizan una excepcional revisión en esta instancia de la base fáctica fijada por el tribunal de mérito para determinar el grado de participación que correspondía atribuir a R. en los hechos.

En consecuencia, el recurso resulta insuficiente también en este punto (art. 495, CPP).

Tampoco prospera el embate relacionado con la inconstitucionalidad del art. 133 del C.P.

Tal como lo señaló el órgano casatorio, el reclamo fue planteado tardíamente por la defensa de R. que, desde el inicio del debate supo que se le atribuía *"..el carácter de cooperadora de los hechos increpados, y su defensa nada dijo en punto a al repulsa constitucional que ahora enarbola, sustrayendo así la cuestión a los jueces naturales de la causa, lo que implica consentimiento con la constitucionalidad de la norma.."* (fs. 171 vta. y 172).

En el mismo sentido, ha dicho esa Suprema Corte que: *"resulta extemporáneo el planteo de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa, si no formó parte de lo llevado en el recurso de casación y recién fue formulado en la memoria (art. 451 del CPP)"* (cfr. P. 126.329 sent. 21/9/2016).

No obstante ello, coincido con lo señalado por el *a quo* -y ello tampoco fue rebatido por el impugnante- en cuanto señaló que: *"[e]l agravio tampoco se hace cargo de que la norma aplicada tiene carácter específico y no general, y que el agravamiento de la escala se vincula con los elementos normativos cuya concurrencia solo es exigida en estos supuestos, a saber, que el sujeto activo que cometa los delitos comprendidos en el Título III del C.P. sean ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, o cualquier persona que abusare de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo. Como se advierte, la gravedad surge de la posición de garante que revisten los sujetos activos en estos casos, dato fundamental que motiva la mayor culpabilidad del agente y la consecuente proporcionalidad de la escala en el caso, y que el recurrente omite considerar en sus cuestionamientos, parcializando de ese modo la crítica que ensaya"* (fs. 172 vta./173).

Por último, en cuanto al agravio dirigido contra la deter-

minación de la pena a la imputada R., me remito a lo dictaminado en la contestación del recurso del imputado E., a lo dictaminado en el ítem relacionado, en la contestación al recurso del imputado Z. y añado lo expresado por el Tribunal revisor en cuanto a que: *"...los imputados llevaron a cabo conductas cuya modalidad resultó humillante, degradante y vejatoria, al comportar maltrato, desprecio, y 'cosificación' de las víctimas; además de conllevar el ejercicio de enseñanzas y prácticas idóneas para deformar el sentido naturalmente sano de la sexualidad de las menores víctimas.// El veredicto aparece suficientemente fundado cuando, con base a las declaraciones de las víctimas y en lo dictaminado por las peritos psicólogas, se justificaron las maniobras de abuso sexual (con y sin acceso carnal), al que fueron sometidas las cinco niñas.// Que precisamente quienes las realizaban fomentaban o permitían, eran ni más ni menos que los propios progenitores de las menores, en total contradicción con sus obligaciones y responsabilidades como padres.// En otros términos, la crueldad de estos vejámenes se encuentra magnificada, pues aquellos que tenían el deber de velar por el bienestar de las niñas garantizándoles una sana crianza, eran los que las sometían a tan aberrantes prácticas"* (fs. 173 y vta.).

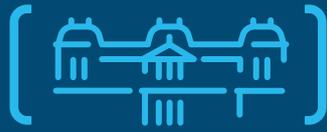
Entiendo, conforme lo expuesto, que no consigue demostrar el recurrente la arbitrariedad en la selección del *quantum* de pena que denuncia, circunstancia que impone el rechazo de la queja también en este punto.

VI. Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debería rechazar los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos por los Defensores Adjuntos de Casación en favor de H. O. E., L. E. Z. y C. G. R.

La Plata, 12 de febrero de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 132.301-1

**“D., R. D. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”,
fecha: 01/06/2020**



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

“D., R. D. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”

P 132.301-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Tercera del Tribunal de Casación rechazó el recurso de la especialidad interpuesto por la Defensa Oficial a favor de R. D. D., contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N.º 3 del Departamento Judicial La Matanza que condenó al mencionado imputado a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas del proceso por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por mantener relación de pareja conviviente y mediar violencia de género (v. fs. 110/116 vta.).

II. Contra esa decisión el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 122/130 vta.) el cual fue declarado inadmisibile por la Sala revisora del Tribunal de Casación Penal (v. fs. 131/134). Contra esa decisión el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación interpuso queja la cual fue declarada admisible por esa Suprema Corte (v. fs. 220/222).

Denuncia en primer lugar el recurrente la errónea aplicación del art. 80 inc. 11 del Código Penal, inobservancia del art. 80 *in fine* del Código Penal, vulneración del principio de culpabilidad, debido proceso, derecho de defensa y presunción de inocencia (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Const. nac.) y revisión aparente de la sentencia de condena (art. 8. 2., h, CADH y 14.5, PIDCP).

Señala que el art. 80 inc. 11º del Código Penal establece "*Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare: 11) A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género*".

Se agravia de la sentencia del Tribunal intermedio en tanto

afirmó que la violencia de género que habría esgrimido mi defendido sobre la víctima de autos fue avalada no solo por la declaración de la progenitora -incorporada por lectura- sino también por otros los elementos probatorios, como lo son las declaraciones testimoniales de la audiencia oral, la denuncia formulada por la víctima y las pericias efectuadas sobre su cuerpo sin vida.

Señala que el Tribunal revisor -en lo que refiere a la existencia de una relación teñida por la violencia de género- contempló los testimonios de C. G., M. G., C. A. A., el relato de la oficial Desiree Adrián, el suboficial Gabriel Chaile y J. C.

En base a ello entiende que el *a quo* efectuó una errónea y arbitraria valoración de la prueba al momento de confirmar la calificación enrostrada a mi defendido.

Aduce que tal como fuera expuesto en el recurso casatorio -de lo cual se pretendía un razonado y acabado tratamiento por parte del *a quo*-, lo primero que debió acreditar el Tribunal, revisor es la real existencia de los supuestos episodios por los cuales se configuraría la agravante en cuestión. Así, en el recurso interpuesto se advirtió que las supuestas situaciones de violencia no pueden tenerse por acreditadas de modo certero, ya que las mismas se desprenden únicamente de la testifical de la madre de la víctima y de lo que aquel a habría comentado a algunos efectivos policiales, pero que carece de validez procesal para destruir la presunción de inocencia que recae sobre su defendido por no haber podido ser controlado por la defensa en ninguna instancia del proceso judicial.

Esgrime que la supuesta violencia de género que ejerciera su asistido sobre la víctima aparece en escena únicamente por los dichos de la madre de la víctima, y por testimonios que repiten lo que aquel a les habría dicho.

Plantea que de la lectura del fallo casatorio se advierte que no hay elemento de prueba alguno por fuera e independiente de la testimonial de la madre que permita corroborar la existencia de una relación teñida por la violencia

de género de su asistido contra su pareja. Es más, C. G., -vecino, testimonio imparcial y desinteresado-, señaló que con anterioridad no escuchó discusión alguna. Ello no es un dato menor, al ser vecino directo para corroborar elb.

Añade que todos los testimonios que afirman que habría existido violencia de género previa lo hacen remitiendo a "rumores" y sin brindar mayores detalles, o a los dichos de la madre la que, como fuera reiterado y cuestionado en varias oportunidades, no asistió al debate para que esa parte pudiera controlar la veracidad, animosidad e intereses de la testigo en cuestión.

Entiende que de la lectura de todo lo expuesto, y del tratamiento brindado por el *a quo* al calificante contenida en el inc. 11 del art. 80 del Código Penal, se advierte fácilmente que la "respuesta" dada por el revisor a agravios llevados ante sus estrados no satisfacen los estándares mínimos de lo que se entiende una revisión amplia de una sentencia de condena (conforme los lineamientos establecidos por la CSJN en el precedente Casal y los art. 8. 2., h, CADH y 141.5, PIDCP), dejando huérfanas las garantías constitucionales que hacen al debido proceso, derecho de defensa, y presunción de inocencia de su asistido (art., 18 Const. nac.).

Indica que así, y basándose en los mismos, escasos e insuficientes elementos de prueba a los que recurriera el Tribunal de instancia casación no solo incurre en una revisión probatoria arbitraria y parcializada, sino que de ese modo también frustra la doble instancia, porque ha convertido el tránsito por esta Alzada en uno meramente aparente, carente del contenido revisor que requiere el derecho al doble conforme que exige la verificación de la imputación que cae en cabeza de su defendido.

Plantea que procediendo así, se prescinde de la garantía en cuestión. (arts. 8. 2., h, CADH y 14.5, PIDCP).

En segundo lugar, denuncia inobservancia del último párrafo del Código Penal, contenido del art. 80 inc. 1º y vulneración del principio de culpabilidad, debido proceso, derecho de defensa y presunción de inocencia (arts. 18

y 75 inc, 22 de la Const. nac.) y revisión aparente de la sentencia de condena (art. 8. 2., h, CADH y 14.5, PIDCP).

Señala que como fuera oportunamente señalado en el recurso casatorio interpuesto, la inexistencia de actos de violencia previos contra la víctima y las circunstancias que rodearon el lamentable hecho que nos convoca imponía se consideren en favor de su asistido circunstancias extraordinarias de atenuación.

Como se advierte, sin elevado esfuerzo, lo resuelto por el Tribunal de *a quo* incurre en el mismo déficit que fuera señalado en el apartado a) del presente recurso extraordinario, limitando la acreditación de la presunta violencia ejercida por su asistido en los dichos de la madre de la víctima y lo que ésta le dijera a terceras personas, sin que haya podido controlarse -inmediación mediante- la veracidad e imparcialidad de los mismos.

Entiende que la credibilidad de los testimonios de oídas puede limitarse a que sea cierto que -la madre de J. E. B., les había manifestado eso-, mas no a la veracidad del contenido de tales dichos. No habiéndose probado la violencia que habría ejercido su defendido con anterioridad contra quien fuera su pareja, y mediando circunstancias extraordinarias de atenuación vinculadas con el padecimiento de su asistido y que se tradujera en tentativas de atentados contra su vida, se imponía la atenuación pretendida.

Añade que no obstante ello el Tribunal revisor desestimó arbitraria e infundadamente los agravios de esta defensa.

Aduce que de lo expuesto en los apartados a) y b) se advierte que lo resuelto por el Tribunal revisor, en cuanto confirma la pauta agravante contenida en el art. 80 inc. 11° del Código Penal y se desentiende de los suficientes y acabados agravios expresados por esa defensa en cuanto a la incorporación de las circunstancias extraordinarias de atenuación contenidas en el art. 80 in fine del Código Penal, no puede ser tenido como una revisión de la sentencia de condena válida.

Plantea que el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires (arts. 210 y 371) establece la obligación de motivar por escrito las razones que llevan a la convicción sincera de la verdad de los hechos y la obligación de referirse en el veredicto tanto a las circunstancias que se consideren probadas como a las razones por las cuales no son atendibles las pruebas en contrario en respuesta a los planteos sustanciales de las partes.

Entiende que nada de ello se observa en el presente, y la sentencia del Tribunal de Casación no hace más que afirmar sin razonamiento válido alguno que el homicidio se cometió mediando violencia de género, violentando de este modo el deber de motivar las sentencias y obturando el adecuado derecho de defensa en juicio.

Por lo expuesto, solicita a esa Suprema Corte, declaren erróneamente aplicado el art. 80 inc. 11° del Código Penal, subsuman la conducta de si asistido en las previsiones del art. 80 inc. 1°, último párrafo, del Código Penal, reenviando los autos al Tribunal intermedio para que -previa audiencia de visu- mensure la sanción a imponer (art. 79 del Cód. Penal; art. 18 y 75 inc. 22 Const. nac.; art. 496 del CPP).

III. En mi opinión el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Adjunto de Casación en favor de R. D. D., no puede ser acogido favorablemente en esta sede.

Cabe recordar que el Tribunal en lo Criminal N.º 3 de La Matanza condenó a D., a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas del proceso por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por mantener “*relación de pareja conviviente*” y mediar “*violencia de género*” (arts. 80 incs. 1 y 11 del Código Penal).

Frente a ese pronunciamiento la defensa articuló recurso de casación y, en lo que aquí interesa destacar, se agravió de: 1. La incorporación por lectura del testimonio brindado por E., y 2. la errónea aplicación del art. 80 inc. 11 del Código Penal; fundó su petición en las características físicas -donde no

había desproporción física entre víctima y victimario-; que no había una personalidad misógena por parte del imputado; que el imputado era quien revestía una condición de inferioridad en la pareja, basándose en el testimonio de C.

En este sentido el Tribunal revisor abordó los planteos llevados por la parte y, de modo preliminar, indicó que la defensa cuestionó la incorporación por lectura de S. N. E., -madre de la víctima-, dado que el tribunal de origen fundó la condena en ese testimonio, apartándose del precedente “Benítez” de la CSJN.

Señaló que *“...el derecho de defensa no se vio menoscabado en autos, pues la declaración de la progenitora fue avalada por otros elementos probatorios, entre ellos las declaraciones testimoniales de la audiencia oral que se viene de enumerar, por lo que no corresponde desatender sus dicho.”* (fs. 112 vta./113) y agregó que *“...si bien la declaración precedente fue incorporada por lectura, lo cierto es que la misma no fue la única prueba de cargo dirimente para fundar el hecho y la participación de D. , pues existieron constancias controladas por la defensa en juicio oral y público, que permitieron establecer la veracidad de lo acontecido, no existiendo motivo alguno para descreer de los testimonios que pusieron de manifiesto el modo en que tomaron conocimiento de la relación violenta de la víctima y victimario”* (fs. 113 y vta.).

Añadieron que *“[L]a existencia de maltratos se acreditó no sólo con lo declarado por la madre de la víctima, sino también por los vecinos que escucharon gritos y discusiones, aunados a los dichos del propio imputado en cuanto reconoció los mismos, aunque según su versión exculpatoria, prevenían de la difunta. //Así, se sostuvo que la discusión del día de los hechos la inició J., quien en un momento determinado tomó el cuchillo. Afirmó que ellos nunca discutían, siendo ella la que le pegaba y ‘parecía el hombre’. //Tales dichos aparecen más bien como un justificativo de la propia violencia ejercida por el imputado, donde queda establecido que el ‘fuerte’ en la relación es el varón, conforme lo demostró en autos donde, aún en el supuesto que J. haya iniciado la discusión, el ‘poderoso’ tomó el arma y terminó con su vida”* (fs. cit./114).

Del análisis probatorio realizado por el *a quo*, señaló que la autopsia realizada *“...dejaron entrever la violencia desplegada también al momento de ejecutar el ilícito mortal”* y que del informe psicológico se determinó que el imputado *“...optaba por caminos inadecuados para la resolución de problemas, advirtiendo indicadores de hostilidad y agresividad encubierta, como así también dificultadas en el manejo y negación del componente agresivo de su personalidad”* (fs. cit.).

Concluyeron de ese modo que *“...no abrigo duda alguna en cuanto a que la prueba incorporada por lectura junto a la producida en el debate, permitió establecer la veracidad de los dichos de la madre de la víctima, máxime si se consideran los informes médicos y psicológicos que dejaron a la vista las agresiones sufridas, fruto de la violencia desplegada por su autor (...) en autos medió violencia de género quedó suficientemente acreditado no solamente por la prueba que se viene de enumerar, sino también por la denuncia efectuada previamente en el mes de julio de 2015 donde la víctima puso de manifiesto que D. era extremadamente celoso, no le permitía salir ni trabajar, ni utilizar teléfono celular, lo que motivaba discusiones en la pareja y el dese de ella de terminar con la relación. //Así, muestra clara del ciclo de la violencia, aparece la promesa de cambio por parte del imputado y las amenazas de quitarse la vida si ella dejaba el hogar de convivencia, para en otra ocasión timar un cuchillo de la cocina ante la negativa de J. de mantener relaciones sexuales. Ello motivó la denuncia de referencia conforme surge de fs. 7 y siguientes de la presente, con la consecuente medida de exclusión del hogar.”*(fs. 114 vta./115).

De lo expuesto, y en efecto, considero que el Tribunal intermedio ha dado respuesta a las objeciones que la defensa formulara, ajustando su labor revisora en los términos de los arts. 8. 2., h de la CADH y 14.5 del PIDCP y su doctrina, así como también respetando el precedente “Casal” de la Corte Federal.

En primer lugar, y tal como fuera reseñado en la síntesis de agravios, puede advertirse que el impugnante plantea cuestiones de índole procesal -solapadas bajo la denuncia de “errónea aplicación de la ley sustanti-

va"-, vinculadas con la motivación del decisorio y, en definitiva, con la valoración de la prueba y la determinación de los hechos, materia ajena -en principio- al acotado ámbito de competencia revisora de esa Suprema Corte (art. 494, CPP).

En el caso, el recurrente se limita a manifestar su disconformidad con el valor asignado a la prueba, en particular a puntuales declaraciones testimoniales, pero en modo alguno consigue demostrar la existencia de vicios lógicos graves y evidentes que descalifiquen a la sentencia atacada.

Es que la impugnación defensiva ensaya otra exégesis posible respecto del valor de convicción asignado a los testimonios que refrendaron los dichos de Espinoza, dejando sin atender la apreciación conjunta efectuada por el tribunal de juicio -y convalidada por el revisor- de los aspectos probatorios en que concordaron en lo sustancial esos testigos -sobre quienes tampoco han sido alegadas circunstancias que pusieran en jaque su credibilidad- (entre ellos, M. G., C. A. A., y los oficiales Desiree y Chaile) que sirvió para corroborar la veracidad de los testificado por la madre de la víctima, y por ende, para fundar la calificante del homicidio prevista en el art. 80 inc. 11 del Código Penal.

De tal forma el defensor *“no logra evidenciar que el razonamiento seguido por el a quo para confirmar la condena haya configurado una grosera interpretación de las pruebas del caso, al punto de llegar a establecer conclusiones insostenibles o claramente contradictorias, a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa (conf. causas P. 92.582, sent. de 9-IV-2008; P. 98.524, sent. de 11-III-2009; P. 104.426, sent. de 22-IV-2009; P. 102.106, sent. de 5-V-2010; P. 99.250, sent. de 14-IX-2011; e.o.). Tampoco que el control llevado a cabo, aunque sin el resultado buscado, no constituya respuesta suficiente a los reclamos formulados en la materia, de modo que pueda decaer lo actuado por el tribunal intermedio por afectación al derecho al recurso (art. 8.2., "h", CADH) o la doctrina elaborada al respecto (conf. el precedente "Casal", CSJN Fallo: 328:3399; P. 124.735, sent. de 5-XII-2018)”* (causa P. 129.646, sent. del 12 de junio del 2019).

b. Tampoco procede el segundo motivo de agravio, pues

al igual que lo señalado por el *a quo*, “...probada la existencia de actos de violencia previa, deviene inaplicable en el caso la atenuación de la pena bajo las circunstancias extraordinarias previstas en el último párrafo del artículo 80 del Código Penal...” (fs. 115 vta.). Es que el párrafo final del artículo 80 dispone que la circunstancia extraordinaria de atenuación “no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima” (cfr. ley 26.791, B.O. 14/12/2012), aspecto que fuera confirmado en el punto anterior, lo que me exime de mayores argumentaciones al respecto.

IV. Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor de Casación en favor de R. D. D.

La Plata, 1 de junio de 2020.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 133.242-1

**“G., M. V. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”,
fecha: 20/02/2020**



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

"G., M. V.
s/ recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley"
P 133.242-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Quinta del Tribunal de Casación rechazó el recurso de la especialidad interpuesto por el defensor de confianza de M. V. G. contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N.º 3 del Departamento Judicial de Mercedes que condenó al mencionado imputado a la pena de prisión perpetua por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo (v. fs. 97/115).

II. Contra dicha sentencia el mencionado abogado de la matrícula interpone recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (v. fs. 119/149), de los cuáles solo el de inaplicabilidad de ley resultó admisible por la Sala del Tribunal revisor (v. fs. 154/157).

Denuncia el recurrente arbitrariedad de la sentencia en tanto se condenó a su asistido en violación del principio de inocencia por cuanto no hay pruebas que permitan siquiera aproximarse al grado de certeza que exige dicho principio.

Aduce que los vacíos probatorios son de tal entidad que para rellenarlos hace falta un verdadero esfuerzo imaginativo totalmente incompatible con la presunción de inocencia y con la seriedad de un pronunciamiento judicial, agravado por las contradicciones que se detectan en el devenir de la resolución.

Señala en primer lugar, entre las contradicciones que -a su entender- adolece el pronunciamiento cuestionado, la falta de lesiones en las manos y nudillos de su asistido, ello a pesar de haber sido revisado horas después del crimen.

Esgrime en relación a ello que la médica forense a pregunta de esa parte resaltó que la víctima sufrió fuertes golpes de puño y que el agresor necesariamente tuvo que tener marcas en sus manos y nudillos.

Así también sostiene el recurrente que otro error de razonamiento de la sentencia radica en el escaso tiempo que habría tenido su asistido desde que habría ultimado a su víctima y el horario en que ya estaba trabajando.

En virtud de ello entiende que resulta impensable que se haya limpiado en su lugar de trabajo a la luz de sus compañeros y clientes del lugar. Por otro lado, sus compañeros que lo vieron llegar y saludaron, no advirtieron sangre en las manos o rostro de G.

Finaliza el punto sosteniendo que su asistido en la hipótesis sostenida en la sentencia -en cuanto a horarios y modalidad- no pudo ser el homicida de V.

Por otra parte, el recurrente sostiene en virtud de la pericia médica elaborada por la Dra. Vázquez Lagorio (en relación al horario de muerte de la víctima) que su defendido G. estaba comprobadamente en otro lugar.

Plantea que más allá del esfuerzo del *a quo* queda claro que G., no pudo ser el matador por propia mano de su mujer.

Por otra parte, el recurrente postula que el verdadero autor del hecho bajo juzgamiento es H. I. O., quien se encuentra detenido por violar y matar a una mujer a golpes, aportando el recurrente los datos donde el mencionado O. se encuentra imputado por homicidio.

Asimismo, sostiene el esmerado defensor particular que una persona psicótica, impulsiva como su asistido no podría -después de matar a golpes a su esposa- razonar fríamente y eliminar toda la evidencia.

Finaliza el recurrente expresando que los argumentos en que se basa la sentencia impugnada son meramente aparentes, en algunos

párrafos con fórmulas genéricas y abstractas sumado a las contradicciones que se han marcado habiendo quedado en evidencia el absurdo en que se ha incurrido al fallar de modo en que se hizo, pues los indicios se neutralizan entre sí.

III. En mi opinión el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el defensor de confianza de M. V. G. no puede ser atendido favorablemente en esta sede.

En efecto, el planteo se estructura desde el prisma de la violación al principio de inocencia y achaca a la sentencia impugnada de arbitraria por utilizar afirmaciones dogmáticas y concluir en argumentos contradictorios.

En primer lugar, cabe recordar que el mismo defensor, al articular el recurso de casación, diseñó su impugnación desde el absurdo en la valoración de la prueba (v. fs. 51/69), más sólo dedicó de modo genérico la conculcación al principio *in dubio pro reo* (v. fs. 69 vta.). Aun así, el *a quo* abordó dicho planteo y sostuvo que "[c]omo consecuencia de la valoración probatoria realizada la cual es correcta, la violación al principio *in dubio pro reo* que la defensa denuncia no se configura por cuanto, a partir de la reseña antes desarrollada, queda descartado que los sentenciantes hayan dictado el pronunciamiento sin certeza desde el plano subjetivo, ni surge de la ponderación objetiva de la prueba un estado de duda capaz de conmover el resolutorio impugnado" (fs. 114 y vta.).

Dicho pasaje del tribunal intermedio -y su remisión a la valoración de la prueba- no ha sido correctamente rebatido, sino que reedita puntuales agravios que también llevó a la instancia intermedia.

Cabe señalar que, en este contexto, el planteo de violación a la garantía del *in dubio pro reo*, derivada del principio de inocencia (arts. 1, CPP y 18, Const. nac.), no puede ser atendido pues la temática refiere a una cuestión de esencia procesal-vinculada a la prueba de los hechos y la intervención del imputado en los mismos- extraña a la competencia reglada en la presente instancia. Más allá de que la parte expresa una razonada oposición a la actividad

valorativa, no evidencia que el reproche practicado contra el imputado sea fruto de la mera voluntad de los juzgadores o se asiente en premisas falsas, indefectiblemente inconducentes o inconciliables con la lógica y la experiencia.

Como adelanté, lo que ataca en rigor el recurrente es la valoración probatoria efectuada por el órgano intermedio y dichos cuestionamientos no trascienden de una esquemática oposición a la solución brindada al caso, sin lograr evidenciar en lo resuelto la concurrencia de un flagrante desvío del raciocinio o la existencia de un juicio arbitrario que avalé la eventual descalificación del pronunciamiento recurrido como acto jurisdiccional válido (arg. art. 18, Const. nac.).

Más allá de la discrepancia con el fallo -tal como lo ha señalado en similares supuestos esa Suprema Corte- el recurrente no demuestra que lo sentenciado sea fruto de la mera voluntad de los juzgadores o se asiente en premisas falsas, indefectiblemente inconducentes o inconciliables con la lógica y la experiencia. De ahí que no se advierte que la decisión condenatoria cuestionada padezca de algún vicio que, bajo el prisma de la pretoriana jurisprudencia del Máximo Tribunal federal, ingrese al elenco de supuestos que se incluyen en el amplio catálogo de la arbitrariedad denunciada (cfr. P. 118.131 sent. de 30-9-2014).

Asimismo, a diferencia de lo expuesto por el apelante, estimo que el tribunal intermedio ha dado una adecuada respuesta a las objeciones que la defensa formulara en torno a la acreditación de la participación de G. en el luctuoso evento bajo juzgamiento, ajustando su labor revisora a los parámetros que establecen el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su doctrina.

Luego de traer a colación la materialidad ilícita que llegara firme a esa instancia, el *a quo* analizó la labor realizada por el juzgador originario, repasó los dichos de los testigos de cargo, desechó los cuestionamientos que hiciera la defensa concluyendo que "...que el razonamiento desarrollado por los

sentenciantes es ajustado a derecho, no evidenciándose vicio de logicidad alguno en sus fundamentos, los cuales observo sólidos y racionales" (fs. 114).

Lo expuesto hasta aquí pone en evidencia, tal como lo adelantara, que el planteo de la defensa sólo espeja una opinión personal discordante con la del sentenciante, mas no patentiza que éste haya incurrido en vicios lógicos, en irrazonabilidad evidente o en la aparente revisión de la sentencia de condena que denuncia (conf. art. 495, CPP).

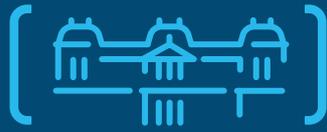
En este sentido ha señalado esa Suprema Corte que: *"Corresponde desestimar el planteo formulado por la defensa en torno a la prueba de la autoría responsable, en tanto denunció que la labor de revisión emprendida por el órgano casatorio incurrió en un tránsito aparente ante esa instancia. Ello así, en la medida que tribunal intermedio dio respuesta a todos los reclamos efectuados por la parte en el recurso de casación, se ocupó del cuadro fáctico y del plexo probatorio tenido en cuenta por el inferior, brindando las razones que lo llevaron a confirmar la coautoría del imputado en los sucesos ilícitos y descartar la arbitrariedad alegada en la valoración probatoria. De tal modo, el pronunciamiento dictado abastece la exigencia establecida en los arts. 8.2 "h" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme el alcance asignado a los mismos por la Corte nacional a partir del precedente 'Casal'" (SCJN: Fallos 328:3399) (P. 127.764, sent. de 28-3-2018).*

IV. Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a favor de M. V. G.

La Plata, 20 de febrero de 2020.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 131.131-1

“M., M. A. s/ recurso de queja”, fecha: 19/12/2019



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

“M., M. A. s/ recurso de queja”

P 131.131-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala III del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N.º 4 de La Plata, que condenó a M. A. M. a prisión perpetua, accesorias legales y costas, por resultar autor responsable de homicidio calificado por el vínculo de concubina conviviente y por haber sido perpetrado por un hombre, en contra de una mujer, habiendo mediado previa violencia de género, en concurso ideal (v. fs. 178/191).

II. Contra ese pronunciamiento interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación (v. fs. 204/215).

Denuncia la aparente revisión de la sentencia de condena, en tanto considera que el órgano revisor incumplió con el deber de revisar en forma amplia el fallo de origen, con la consecuente violación a los artículos 18 de la Constitución nacional, 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también la inobservancia de la doctrina del Máximo Tribunal nacional emergente del fallo "Casal".

En ese sentido, considera que la cuestión federal que plantea surge del dictado de la sentencia del juzgador intermedio que confirmó lo resuelto en el grado, sin estudiar si, en el caso, se había aplicado correctamente el método histórico en función de los agravios llevados por esa parte.

Luego de traer a colación la materialidad ilícita tenida por probada en la instancia de origen, sostiene que la actividad del Tribunal de Casación consistió en reiterar los elementos probatorios antes valorados, sin entrelazar el caudal probatorio con un análisis o evaluación razonada si quiera en forma mínima.

Agrega que, asimismo, se omitió incorporar y tratar argumentos primordiales introducidos por la defensa que -a su juicio- contrarrestaban desde la sana crítica el valor asignado a las pruebas producidas, violentando así la garantía a la doble instancia.

Seguidamente, y en lo sustancial, ingresa en el desarrollo puntual de los agravios arriba apuntados, resaltando -por un lado- que la repetición de la sentencia de grado no importa revisión de ninguna naturaleza, cuando no viene acompañada de un análisis sobre el contenido y valor de las pruebas traídas para tener por deconstruidos y acreditados los hechos que sustentan el delito de homicidio doblemente calificado por el vínculo y por haber sido cometido por un hombre contra una mujer, mediando previa violencia de género; sin considerarse la culpabilidad disminuida de su defendido.

En esa inteligencia, estima que recordar lo que ya se conoce y consta en el expediente nada aporta en términos de revisión y constituye una mera apariencia examinadora.

En segundo lugar, afirma el recurrente que el órgano revisor nada expresó -más allá de exponer una crítica a la técnica recursiva utilizada- sobre los argumentos defensoriales vinculados con el absurdo valorativo en el accionar del imputado y su actuación bajo amparo de una conmoción extrema.

Destaca el defensor que en el recurso casatorio se habían señalado tópicos referidos a la innecesariedad de la cercanía temporal entre la emoción y el actuar, basándose en que la noche del hecho la pareja durmió en camas separadas y en la inminencia de la pérdida de su pareja como un detonante emocional; y que la falta de angustia fue reemplazada por la autoagresión y que las conclusiones de los psiquiatras Capurro y Forte fueron el producto de la mala impresión que les generó M., lo que conllevaba a aplicar la excusabilidad de la "emoción violenta". Sobre estos aspectos, cuestiona que la sentencia casatoria insiste con las razones brindadas por el tribunal de origen.

Reitera sus quejas llevadas ante la instancia anterior y la respuesta que las mismas obtuvieran, para luego dar cuenta de un salto lógico en el razonamiento del Tribunal de Casación, en tanto concluyó que no se encontraba acreditado el actuar súbito, repentino y explosivo de su defendido, sin realizar un análisis crítico de aquéllas y sin observar la aplicación del principio *in dubio pro reo*. Cita en su apoyo jurisprudencia de esa Suprema Corte Provincial y de la Corte Suprema de la Nación en materia de revisión de sentencia (causas "P. 122.906" y "Carrera", respectivamente).

III. El recurso no puede prosperar.

a. En primer lugar, el defensor se agravia por la falta de análisis sobre la regla de la "sana crítica" en lo que respecta al planteo de "culpabilidad disminuida" -o lo que en otras palabras refiere como "emoción violenta"- . Sucintamente, como ya se dijo, cuestiona que la sentencia del órgano intermedio es una repetición de la sentencia de grado sin un acompañamiento reflexivo sobre las pruebas.

La revisión amplia e integral de la sentencia de condena, incluso a la luz de la "teoría del máximo rendimiento", no exige una renovación del debate y una nueva consideración de la prueba en una segunda instancia, sino que puede ser satisfecha con un control adecuado de la sentencia de origen, que incluya el modo en que los jueces de la instancia de mérito aplicaron las reglas de la sana crítica y lo volcaron en la decisión sometida a revisión, extremos estos que se encuentran abastecidos en la sentencia atacada.

De este modo, a diferencia de lo expuesto por la apelante, estimo que el tribunal intermedio ha dado una adecuada respuesta a las objeciones que la defensa formulara al impugnar el fallo de primera instancia, 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, tal como de seguido se desarrollará.

b. Por otro lado, cabe recordar que el Sr. Defensor oficial de instancia -Dr. Ernesto J. Ferreira- al interponer recurso de casación, se agravó -en lo que aquí interesa destacar- en la *"Inobservancia de los arts. 80 in fine y 81 inc. 1 "a" del Código Penal"* (v. fs. 143 vta./149), y donde concretamente desarrolló sus argumentos y agravios en lo relativo a emoción violenta a fs. 147 vta./149.

Adelanto que el agravio vinculado a la aparente e inadecuada revisión realizada por el Tribunal de Casación respecto de la configuración de los requisitos exigidos por el artículo 81 inciso "a" del Código Penal se relaciona estrictamente con cuestiones de hecho y prueba, que sólo de un modo indirecto se relaciona con las disposiciones internacionales que cita el recurrente (arts. 8.2.h, CADH y 14.5, PIDCP) y "*[e]s que esas normas no se refieren al acierto de las conclusiones alcanzadas en la primera instancia acerca de la veracidad de las declaraciones de los testigos, ni a la evaluación que sobre ellas haga la segunda instancia, sino a la necesidad de que esa revisión sea realizada, y que se la haga cabalmente "* (cfr. causa P. 130.089, sent. 21/8/2019).

En mi consideración, la decisión del revisor cumple con los estándares emergentes del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Casal" y de las normas nacionales y supranacionales cuya transgresión se denuncian, en tanto abordó y se expidió sobre los motivos de agravio que habían sido llevados a su conocimiento.

En ese sentido, el órgano revisor señaló: "Igual camino transita el renovado intento de la Defensa de acreditar una culpabilidad disminuida en el accionar del encartado, pues si bien pudo actuar bajo influencia emotiva, la compulsión de la prueba producida demuestra que las circunstancias de la causa, no excusan la emoción.// Como sostiene el Tribunal, el imputado ya conocía, o por lo menos sospechaba de la infidelidad de su mujer con anterioridad al hecho, motivo que había desencadenado reiteradas discusiones en la pareja..." (fs. 184 y vta.), para luego dar cuenta de los testimonios y experticias que corroboran dicha situación y agregar que: "*Lo dicho, sin perjuicio de señalar que*

el perito también explicó que en los casos de emoción violenta se produce una alteración de la memoria, pero nunca una amnesia en bloque como la descripta por el imputado" (fs. 184 vta.).

Finalmente, remarcó que: *"... si bien lleva razón la Defensa cuando argumenta que no es condición ineludible que exista inmediatez temporal entre el estímulo y la reacción violenta, sí es imprescindible que esta última emerja indubitablemente como el estallido anímico, súbito, impetuoso y explosivo frente al estímulo exterior que en el caos, por todo lo que se viene de decir, no se verifica, pues nada hay en el accionar del imputado que evidencie una disminución de sus frenos inhibitorios ni que permita considerar que la ejecución del ilícito fue desplegada en el marco de una explosión o estallido emocional irrefrenable .// Por lo demás, no puedo dejar de señalar que la pericia psicológica practicada por la licenciada Silva Acevedo da cuenta de la ausencia de resonancia afectiva del imputado, la que en el contexto delineado, se yergue como otro indicador que enerva la hipótesis de la defensa, pues como explicó oportunamente el perito Fortes, es usual que quien comete un ilícito en estado de emoción violencia, luego se exhiba consternado, no siendo éste el caso de M." (fs. 184 vta./185).*

Es que tal como lo sostiene el defensor en su recurso extraordinario, el *a quo* le dio la razón al defensor de instancia en lo relativo a que *"no es condición ineludible que exista inmediatez temporal entre el estímulo y la reacción violenta"*, pero agregó que *"sí es imprescindible que esta última emerja indubitablemente como el estallido anímico, súbito, impetuoso y explosivo frente al estímulo exterior que en el caos, por todo lo que se viene de decir, no se verifica"* (fs. cit.).

Como se observa, dicho planteo mereció el rechazo con fundamentos sobre los que no se han demostrado los vicios reprochados, en especial con relación al alcance del derecho al recurso.

Teniendo en cuenta lo señalado, la denuncia de revisión aparente que frustró el derecho al doble conforme, en realidad es una

discrepancia del recurrente en lo que respecta a la valoración probatoria para determinar la configuración de las disminuentes mencionadas y no se condice con lo resuelto por el Tribunal revisor.

Por lo demás, en lo relativo a la solicitada aplicación al caso del principio *in dubio pro reo*, en atención a su eventual raigambre federal, cabe señalar que el reclamo se encuentra desprovisto de desarrollos argumentales que le den sustento. En tal sentido, cabe destacar que esa Suprema Corte determinó en la causa P. 119.733, sent. de 2/7/2014, que "*...si bien la sentencia de condena sólo puede ser el resultado de un convencimiento que esté más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad del encausado por un hecho punible, no basta la invocación de cualquier versión contrapuesta sobre la fijación de los hechos para objetar el análisis de la prueba a tenor del principio favor rei, si no es posible poner en evidencia que el análisis razonado y detenido de toda la prueba en conjunto impide alcanzar ese grado de convencimiento, de modo de habilitar a cuestionar esa certeza subjetiva (...)* (P. 103.093, resol. 14/7/2010; P. 112.761, resol. del 19/9/2012; P. 112.573, resol. del 19/12/2012; P. 113.417, resol. del 10/4/2013; P. 115.269, resol. del 27/11/2013; e/o)".

IV. Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

La Plata, 19 de diciembre de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 132.720-1

**"G., C. G. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley",
fecha: 09/10/2019**



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

"G., C. G. s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"
P 132.720-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Primera del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso de la especialidad interpuesto por la Defensa Oficial en favor de C. G. G. contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N.º 4 del Departamento Judicial de San Isidro que condenó al encausado imputado a la pena de diecisiete años de prisión, por resultar autor de los delitos de homicidio agravado por haberse cometido sobre su cónyuge, mediando violencia de género, en grado de tentativa, homicidio simple en grado de tentativa, violación de domicilio y desobediencia, todos en concurso real entre sí (v. fs. 88/95 vta.).

II. Contra esa decisión el Defensor Adjunto interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 107/111), el cual fue declarado admisible por la Sala revisora del Tribunal de Casación (v. fs. 112/115), corriéndose traslado a esta Procuración General en los términos del art. 487 C.P.P. (v. fs. 124).

Denuncia el recurrente errónea aplicación de los artículos 42, 44 y 79 del C.P., quebrantamiento del principio *in dubio pro reo* y afectación del principio de culpabilidad por el acto a partir de la atribución de responsabilidad por la puesta en peligro de la vida.

Agravia al recurrente el modo en que el *a quo* resolvió confirmar la sentencia del Tribunal de mérito que imputó la caída de la víctima M. T. L. al imputado G., pues la interpretación adoptada revela una infracción directa al principio *in dubio pro reo* y una afectación al principio de culpabilidad.

Menciona que tanto la sentencia de mérito como la del *a quo* refieren constantemente que corresponde atribuir responsabilidad a G. por el peligro creado para la vida de la menor, indicando que la caída de la madre

(a quien efectivamente empujó el imputado) "determinó" la caída de su hija.

Postula que la falta de acreditación de la dinámica del hecho en el punto referido a la caída de M. T. L. se vislumbra con el relato de la propia víctima al exponer que el imputado empujó a su madre y que ella se resbaló durante la huida. Dicho testimonio evidencia que no se han logrado determinar con certeza las circunstancias concretas en las que se resbaló M. T. L.

Esgrime que el agravio presentado por la defensa se dirigía a cuestionar la imposibilidad de atribuir la caída de L. a G., puesto que el ataque sólo se dirigía a su madre; y, frente a dicho reclamo, la respuesta dada por el Tribunal de Casación no consistió en verificar tal circunstancia fáctica con el límite normativo que impone el principio *in dubio pro reo*. Por el contrario, sólo efectuó un análisis dogmático de la imputación objetiva.

Afirma que la decisión no verificó la concurrencia de certeza sobre la dinámica del hecho, sino que fingió dicha certidumbre indicando que la caída de la madre "determinó" la de su hija.

Considera que no sólo se destaca la falta de sustento probatorio de dicha afirmación, sino que, además, supone un razonamiento que aplica erróneamente el artículo 79 del C.P., puesto que infringe el principio de culpabilidad en tanto impone -a nivel de tipicidad- la imposibilidad de atribuir el resultado lesivo cuando no se ha podido dominar el curso causal lesivo.

Arguye que la imputación objetiva requiere como mínimo no ya una genérica previsibilidad natural del resultado, sino del desarrollo concreto del suceso, y luego, la posibilidad de atribuir el resultado típico previsible a la conducta del agente como dominabilidad o evitabilidad del resultado.

En relación a ello sostiene que dicha noción no concurre en el caso porque el obrar doloso de G. introduce un riesgo con el empujón para P. L. R. y, como tal, no evidencia un ataque directo y dominable en relación a M. T. L., sin perder de vista el vacío probatorio sobre el instante de su caída, el

resbalón y el desmoronamiento del cuerpo de la joven L. no forman parte del ámbito de dominio de su asistido.

III. En mi opinión el recurso extraordinario de inaplicabilidad interpuesto por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación en favor de C. G. G. no puede ser atendido favorablemente en esta sede.

El agravio relacionado con la acreditación de la dinámica del hecho en el que la pequeña víctima L. cayera al vacío no prospera ya que si bien el reclamo procura un reenvío para obtener luego un encaje legal más favorable, la queja en rigor se ciñe a intentar una reinterpretación de los hechos a partir de los cuales el tribunal *a quo* convalidó la decisión del inferior en cuanto a la autoría y calificación del evento emergente de la causa, siendo esa materia ajena al ámbito de conocimiento de esa Suprema Corte en el marco del remedio incoado, salvo la cabal acreditación del excepcional vicio de absurdo o arbitrariedad, lo que en el caso no viene argumentado (doctr. art. 494 del CPP).

En el mismo sentido ha señalado esa Suprema Corte que: "*[d]ebe rechazarse la impugnación que incursiona en el terreno de los hechos y su valoración probatoria, (...) pues tal embate excede el marco cognoscitivo regulado en el art. 494 del Código Procesal Penal y, por ende, (...) no puede ser fiscalizado por esta Corte en el acotado marco de su competencia revisora (doctr. art. 494, C.P.P.)*" (cfr. P. 123.706 sent. de 13/6/2018).

Cabe recordar que se tuvo por probado: "*[q]ue el día 13 de marzo de 2017., minutos después de la medianoche, en circunstancias que P. L. R. se encontraba en su domicilio ubicada en L. N.º ... de la localidad de V., partido de San Fernando, a consecuencia de una discusión previa, fue golpeada en distintas partes de su cuerpo por su cónyuge, en presencia de la hija M. T. L. de once años de edad, a la vez que empleando una maza y un martillo con pico rompía distintos objetos, tales como una mesa de vidrio, televisores, heladera, teléfonos celulares, entre otros, y las amenazaba de muerte. Acto seguido, el sindicato tomó un cuchillo tipo tramontina*

de la cocina, momento en que las víctimas decidieron escapar por la única vía disponible, a través de la puerta trasera de la finca, para luego subir a la terraza y escalar hacia el techo del vecino lindero, donde se vieron acorraladas por el agresor que las persiguió con el designio de darles muerte, determinado la caída de la menor L., contemporánea con el empujón que le propinara a su esposa R., facilitando el derribo de ambas, desde una altura aproximada de siete metros, hacia el patio de la finca emplazada en calle L. N.º ..., ocasionándoles graves heridas, tras lo cual intentó darse a la fuga, siendo aprehendido en las inmediaciones del lugar por la autoridad policial minutos después, con descarte de documentación varia" (fs. 90 y vta.).

Sucintamente, la defensa al interponer el recurso de casación se quejó de que la menor M. T. L. manifestó "haberse asomado y resbalado ella sola, sin el concurso de actividad por parte de G." (fs. 62 vta.), lo que conlleva a una falta de acción (v. fs. 63) en la imputación por el delito de tentativa de homicidio sobre su asistido. Asimismo, agregó que debe aplicarse el principio de *in dubio pro reo* también sobre esa ilicitud y que se omitió la acreditación del dolo homicida (v. fs. 63 vta.).

Frente a tales planteos, el Tribunal de Casación sostuvo que: "...la situación que destaca la defensa no se trató de un episodio desconectado del ataque emprendido por G., sino todo lo contrario, en tanto se produjo al final de la carrera de la niña, cuando intentaba huir del nombrado quien la perseguía con un cuchillo y profiriendo amenazas de muerte. La creación del riesgo de vida jurídicamente relevante resulta atribuible al acusado, pues al emprender la persecución de la joven en las particulares circunstancias anteriormente descriptas (por el techo de la casa, luego de haberle propinado reiterados golpes a su madre, destrozado numerosos objetos de la casa, y perseguirlas con un cuchillo en la mano profiriendo amenazas de muerte), desarrolló una conducta que abarcaba en forma previsible el riesgo que implicaba para la víctima correr -en horas de la noche- por un techo de siete metros de altura, con lo cual aquel "resbalón" no constituye una desviación del curso causal que impida la imputación del riesgo creado a la conducta del autor" (fs. 93 vta. y 94).

En virtud de lo resuelto por el *a quo*, considero que no lo asiste razón a la defensa cuando denuncia que la tarea revisora desarrollada se basa en meros enunciados dogmáticos sobre la teoría de la imputación objetiva, pues en rigor detalló cómo la conducta desplegada por G. generó un riesgo que previsiblemente provocó el resultado, lo que imposibilitaba concordar con el defensor en punto a que dicho actuar "*no puede ser atribuido al acusado*".

En virtud de lo señalado resulta insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto habida cuenta que los planteos referidos a la errónea aplicación de los arts. 42, 44 y 79 del C.P., en realidad, y como ya adelanté, se refieren a cuestiones de hecho y prueba, materia ajena al ámbito de esa Suprema Corte de Justicia, sin que se haya denunciado la arbitrariedad sobre esos extremos.

En relación a la denuncia de afectación al principio *in dubio pro reo*, el reclamo se encuentra desprovisto de desarrollos argumentales que le den sustento, haciendo sólo una mención genérica sobre el mismo.

A su vez, tiene dicho esta Corte que "*si bien la sentencia de condena sólo puede ser el resultado de un convencimiento que esté más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad del encausado por un hecho punible, no basta la invocación de cualquier versión contrapuesta sobre la fijación de los hechos para objetar el estudio de la prueba a tenor del principio favor rei, si no es posible poner en evidencia que el análisis razonado y detenido de toda la prueba en conjunto impide alcanzar ese grado de convencimiento, de modo de habilitar a cuestionar esa certeza subjetiva. Nada de ello el recurrente ha logrado aquí demostrar, de manera que justifique sortear el límite establecido por el art. 494 del Código Procesal Penal (causas P. 103.093, resol. de 14-VII-2010; P. 112.761, resol. de 19-IX-2012; P. 112.573, resol. de 19-XII-2012; P. 113.417, resol. de 10-IV-2013; P. 115.269, resol. de 27-XI-2013; e.o.)*" (causa P. 131.520, sent. de 14/8/2019).

En síntesis, estos tramos de la queja se presentan mera-

mente como un criterio divergente sobre la interpretación de plexo probatorio al del sentenciante que, por su insuficiencia, amerita su rechazo (doctr. art. 495, CPP).

Por otro lado, y en cuanto a los agravios relacionados con la violación al principio de culpabilidad y a la falta de dominabilidad del hecho -en relación a la menor- los mismos resultan a todas luces extemporáneo. Dichas presentaciones son novedosas, desde que no ha sido articulada en las anteriores etapas procesales y ni tampoco fueron desarrolladas por el tribunal revisor.

Ha señalado esa Suprema Corte: "[e]s extemporáneo el planteo que no fue llevado a conocimiento del Tribunal intermedio en el recurso respectivo ni en la memoria que autoriza el art. 458 del Código Procesal Penal" (P. 130.130 sent 27/02/2019). Por ello, la pretensión resulta fruto de una reflexión tardía, en la medida que no llevo a conocimiento y decisión del órgano casatorio el alcance y sentido que ahora le dio el recurrente al planteo de violación al principio de culpabilidad (doctr. art. 494, 451,458 CPP).

IV. Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación en favor de C. G. G.

La Plata, 9 de octubre de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 132.456-1

**“Altuve, Carlos Arturo s/ recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley”, fecha: 27/08/2019**



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

"Altuve, Carlos Arturo s/
recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley"

P 132.456-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala I del Tribunal de Casación casó parcialmente el fallo de primera instancia, al nivel de la calificación legal del delito que se le imputa a F. S. R., y resolvió remitir los autos a origen a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho (v. fs. 69/77).

II. A su turno, y en cumplimiento de lo arriba dispuesto, el Tribunal Oral en lo Criminal actuante condenó al nombrado R. a dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor responsable de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (cfr. surge de lo manifestado por el recurrente a fs. 129 vta.)

III. Contra ese pronunciamiento, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el Fiscal ante el Tribunal de Casación (v. fs. 129/138 vta.).

Denuncia la errónea aplicación del artículo 79 del Código Penal y la inobservancia del artículo 80 inciso 1 del mismo cuerpo legal.

Repasa lo determinado por el juzgador intermedio, para luego sostener que aquél incurrió en absurdo y arbitrariedad por fundamentación tan sólo aparente y que basó su razonamiento en afirmaciones dogmáticas que lo llevaron a una interpretación no permitida por nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido y, en primer término, alega que el Código Civil y Comercial en el que se basó el órgano revisor para mutar la califi-

cación legal no se encontraba vigente al momento de sancionarse la actual redacción del artículo 80 arriba mencionado.

Seguidamente, realiza un análisis de la figura en cuestión, haciendo especial hincapié en el término "pareja" que la misma contiene y su diferencia con la unión convivencial} contenida en el artículo 509 del Código Civil y Comercial para luego colegir que la asimilación de las mismas realizada por la Casación resulta a todas luces irrazonable.

Agrega que, además, lo inapropiado de la mentada asimilación se observa por la propia redacción del artículo 80 inciso 1 de la Ley de fondo en cuanto aclara que el tipo penal resulta aplicable mediare o no convivencia, razón por la cual no existe relación alguna con la unión convivencial a la que aludiera el Tribunal de Casación para mutar la calificación legal impuesta en el grado.

Cita un precedente jurisprudencia en apoyo de su postura -en el cual se rechaza que el mentado dispositivo legal pueda ser interpretado desde el Código Civil y Comercial- para luego afirmar que lo correcto hubiera sido que los jueces acudieran a otro mecanismo exegético que le permitiera desentrañar si la relación constatada entre el victimario y la víctima resultaba o no encuadrable en la terminología utilizada por el tipo penal analizado.

Describe que -a su juicio- en autos se encuentra acreditado en autos que aquéllos se encontraban unidos por una relación de pareja en los términos del dispositivo legal mencionado, destacando que el propio imputado reconoció en su declaración que lo unía un vínculo afectivo con la damnificada de autos, el cual contaba con una cierta estabilidad.

Agrega que, por otro lado, la relación era pública, en tanto sus allegados la conocían, para adunar luego que el lugar del hecho -la habitación del imputado- y el detalle de que la víctima se haya ausentado del colegio para estar con aquél dan cuenta del vínculo que mantenían y de la justificación de la agravante impuesta en el grado, en tanto la intimidad y la confianza

surgida de la relación de pareja proveyeron al autor del homicidio de la oportunidad y eficacia en su conducta.

Trae a colación diversos testimonios brindados en el debate oral, para luego destacar que no es tarea del Ministerio Público ni de los órganos jurisdiccionales establecer cómo deben ser las relaciones afectivas entre las personas, cómo es una verdadera pareja ni que tratos deben dispensarse quienes se encuentran vinculados interpersonalmente, sino determinar -en el caso concreto- si la víctima y el victimario se encontraban unidos en los términos que requiere el tipo penal imputado, cuestión que, como ya lo expresara, entiende se encuentra probado en autos.

Finalmente, agrega que sus agravios no constituyen una mera discrepancia o divergencia de criterio con la decisión del juzgador intermedio, sino que lo que está en juego es la correcta aplicación del derecho a las circunstancias comprobadas de la causa, a la luz del principio de razonabilidad y el cumplimiento por parte del Poder Judicial de obligaciones internacionales que emergen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Convención de Belém do Pará y del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Mujeres, pues entiende que la sentencia que cuestiona se inscribe en un contexto de prácticas institucionales reiteradas que favorecen la impunidad de delitos que involucran violencia contra las mujeres.

IV. Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP).

Considero que la decisión del órgano revisor mutó de manera arbitraria la calificación legal impuesta en el grado, en cuanto la aplicación al caso de lo normado por el artículo 80 inciso 1 del Código Penal, apareciendo la sentencia referida como un acto jurisdiccional inválido y carente de

adecuada fundamentación.

En primer lugar, el tribunal casatorio -luego de describir nuevamente materialidad ilícita en forma sucinta- entendió que correspondía inicialmente analizar la existencia efectiva de una relación de pareja entre víctima y victimario conforme las prerrogativas legales, realizando un análisis conjunto de los artículos 509 del Código Civil y Comercial y 80 inciso 1 de la Ley penal (v. fs. 73/75).

Seguidamente, destacó que de las pruebas valoradas por el tribunal de origen surgía la informalidad de la relación afectiva existente entre aquéllos, tomando como referencia puntualmente los dichos del imputado, quien hacía referencia a un vínculo con vaivenes, como así también lo testimoniado por la madre de la damnificada sobre su intención de que la relación no se formalice (v. fs. 75 yvta.).

Por ello, acabó por colegir que -más allá de los testimonios de un vecino y un amigo de ambos- de las constancias de la causa no surgía un vínculo claro sino más bien difuso, lo que le imposibilitaba afirmar que existiera entre el imputado y la víctima una relación de noviazgo o pareja, al menos en los términos que el tipo penal aludido requiere (v. fs. 75 vta.).

Tales conclusiones se contraponen con las constancias de la causa -tal como lo afirmara el recurrente- y con lo sostenido por esta Procuración General y esa Suprema Corte en el precedente "*Paniagua*", en cuanto a que la delimitación del alcance del término "relación de pareja", merced a su remisión al artículo 509 del Código Civil y Comercial de la Nación, que regula las uniones convivenciales "*no parece una hermenéutica sostenible, porque se desentiende que esa "unión" del derecho privado expresamente establece como uno de los requisitos de esa institución legal, la "convivencia" entre sus integrantes (en cuanto la define como la "unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo"); en tanto la "relación de pareja"*

que mantiene o ha mantenido el autor, a la que alude el Código Penal -y tal como se desprende de los fundamentos de la ley 26.791 que dispuso el nuevo texto del actual art. 80 inc. 1 del Código Penal- al regular la agravante en cuestión específicamente expresa que no depende de que, entre ellos "medie o haya mediado convivencia". Es evidente que el Tribunal de Casación no aporta ninguna explicación que permita superar ese matiz diferencial a efectos de limitar el alcance del texto penal al del régimen civil, en virtud de las diferentes situaciones que se pretenden legislar y proteger" (cfr. causa P. 128.437, sent. de 8/8/2018 y que en similar sentido expresó el dictamen de esta Procuración General en fecha 27/4/2017).

Por todo ello, asiste razón al recurrente cuando expresa que el juzgador intermedio incurrió en arbitrariedad y absurdo al brindar fundamentos aparentes y dogmáticos para mutar la calificación legal impuesta en el grado, pues con lo arriba expuesto alcanza por demás para tener por debidamente probada la relación de pareja exigida por el tipo penal reiteradamente mencionado.

Ello así, pues -entre otras cuestiones no menos trascendentes y tal como lo indicara el quejoso- no puede soslayarse el hecho de que el evento dañoso de autos se haya producido en la habitación del imputado y que ese encuentro se haya producido gracias a la ausencia del colegio en la que incurriera la víctima, a lo que cabe agregar que aquél mismo reconoció que las últimas palabras de la damnificada hacia su persona fueron "te amo".

Lo expuesto pone en evidencia el carácter arbitrario de la decisión del tribunal casatorio, en cuanto modificó la calificación legal impuesta en su oportunidad mediante argumentos totalmente descontextualizados de los elementos obrantes en autos y, tal como lo resaltara el recurrente, realizando una interpretación no permitida por nuestro ordenamiento jurídico.

En este contexto, las dogmáticas apreciaciones que fundan el temperamento adoptado por la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal aparecen como "*...el producto de una lectura sesgada de los elementos*

examinados, prescindente de una mirada integral y armónica de su conjunto; y ello priva de razonabilidad a la solución absolutoria propuesta para el estricto escenario fáctico y jurídico que es aquí materia de análisis" (cfr. causa P. 115.776 sent. de 9/9/2015).

El déficit de fundamentación que exhibe el fallo impugnado impide considerarlo un pronunciamiento válido y lleva a su descalificación por aplicación de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias, que exige que éstas sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos 311:948; 319:301; 321:1989; entre otros).

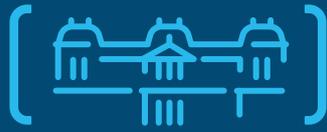
Por todo ello, estimo que la decisión atacada carece de una adecuada fundamentación y resulta, en consecuencia, arbitraria y absurda en los términos denunciados por el impugnante y solicito que esa Suprema Corte de Justicia reestablezca la calificación legal y la pena impuesta por el Tribunal en lo Criminal N.º 3 del pronunciamiento dictado en fecha 12 de julio de 2016, tal como lo manifestó el Sr. Fiscal de Casación (v. fs.136 vta.).

V. Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte debería hacer lugar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal ante el Tribunal de Casación y restablecer la calificación legal y la pena impuesta, tal como se peticionó.

La Plata, 27 de agosto de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 132.059-1

**"L., V. A. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley",
fecha: 12/04/2019**



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

"L., V. A. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"

P 132.059-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala III del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N.º 3 del Departamento Judicial Mar del Plata, que condenó a V. A. L. a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por resultar autor responsable de homicidio agravado por la relación de pareja y femicidio (v. fs. 59/66).

II. Contra ese pronunciamiento interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación (v. fs. 78/88).

Denuncia la errónea aplicación del artículo 80 inciso 1 del Código de fondo y la inobservancia del artículo 79 del mismo cuerpo legal, con la consecuente violación al principio de legalidad.

Luego de hacer referencia a lo resuelto por el tribunal casatorio, afirma que éste realizó una errónea interpretación de la figura legal arriba mencionada, pues considera que extendió el tipo penal a una situación fáctica que no se corresponde con la letra de la ley.

Realiza diversas consideraciones relacionadas con el principio de legalidad, afirmando luego que la cuestión a dilucidar por el órgano revisor resultaba ser la demostración, a través de las pruebas rendidas, de la existencia o no de una relación de pareja entre la víctima y el victimario, para luego hacer referencia a la interpretación correcta que debe hacerse del término "relación de pareja".

En esa inteligencia, considera que la brevedad en el

tiempo del noviazgo es indicador de inestabilidad del vínculo, como así también que las crisis que sufriera el mismo en diversas oportunidades se contraponen con la idea de que el mismo se mantuviera sin peligro de cambiar o desaparecer, razón por la cual entiende que las pruebas rendidas para demostrar el vínculo no resulta suficiente para el encuadre legal fijado en la instancia de origen, ratificado luego por el tribunal casatorio.

En segundo término, denuncia la errónea aplicación del artículo 80 inciso 11 del Código Penal, así como la vulneración de los principios de culpabilidad, debido proceso, derecho de defensa y presunción de inocencia.

Describe la norma penal arriba mencionada como así también lo determinado en la instancia anterior, para luego afirmar que allí se efectuó una errónea y arbitraria valoración de la prueba al momento de confirmar la calificación legal impuesta a su defendido.

En lo sustancial, reitera sus quejas llevadas en el recurso de casación vinculadas con que las supuestas situaciones de violencia a las que el victimario sometía a la víctima no pueden tenerse por acreditadas de modo certero, así también como que el supuesto control que el primero ejercía sobre su pareja tampoco pudo probarse de manera debida, para luego concluir afirmando que el órgano revisor no sólo incurrió en una errónea revisión probatoria arbitraria, parcializada y contradictoria, sino que además frustró la doble instancia trasformando el tránsito por su sede en uno meramente aparente.

III. El tribunal *a quo* declaró admisible el recurso extraordinario (v. fs. 89/92) y se confirió traslado a esta Procuración General en los términos del art. 487 del C.P.P. (v. fs. 98).

IV. Considero que el recurso extraordinario oportunamente concedido no puede prosperar.

Ello así pues advierto, en primer lugar, que la calificación legal asignada al hecho fijado en autos -que llega firme en su

configuración fáctica a esta sede- responde a una correcta interpretación y aplicación de la ley de fondo, ajustada a las exigencias del principio de legalidad que el recurrente considera transgredido.

En lo que aquí interesa destacar, el Tribunal intermedio indicó, en cuanto al primer agravio descripto, que: *"...el recurso parcializa la motivación que trae el veredicto, pues soslaya que (...) los artículos 509 y 510 del Código Civil regulan las denominadas 'uniones convivenciales', es decir, las relaciones que, sin existir matrimonio mediante acto jurídico, producen los efectos jurídicos que la propia ley determina (...) pero que en nada se asemeja a 'la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia', que exige el artículo 80 inciso 1° del Código Penal.// Vale decir, que la defensa exige una asimilación del tipo penal con un instituto determinado del derecho civil cuando, en rigor de verdad, los que pretende idénticos o de interpretación supletoria son independientes y distintos entre sí" (fs. 62 vta.).*

Afirmó también el revisor que; *"... se encuentra sobradamente acreditado que víctima y victimario mantuvieron una relación sentimental, en la que incluso convivieron (circunstancia que al no configurar una exigencia típica refuerza la afirmación referida a la existencia de la 'relación de pareja'), como asimismo, que tal relación tenía carácter público, pues dieron cuenta de ella los familiares de la occisa, con lo que doy por probado también que la relación tenía 'vocación de estabilidad', siendo que su brevedad en el tiempo y las crisis a la que alude el recurso obedecieron, precisamente, a la agresividad de L.// A mi modo de ver, lo expuesto basta para tener por debidamente aplicada la agravante contenida en el artículo 80 inciso 1° del Código Penal sino que lo expuesto viole el principio de legalidad" (v. fs. 63 vta.).*

De ese modo, el tribunal intermedio se ajustó, a la hora de confirmar la calificación legal asignada al hecho en la instancia de mérito, a los términos de la fórmula legal del artículo 80 inciso 1 del Código de fondo tal como ha sido redactada por la ley 26.791, apelando al uso habitual y corriente de la expresión "relación de pareja" allí empleada para afirmar que la vinculación

existente entre víctima y victimario podía ser encuadrada en esos términos.

El recurrente pretende asignar a esa expresión un sentido técnico que no tiene, remitiéndose a lo establecido en el Código Civil y Comercial para sostener que solo la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas, sean del mismo o de diferente sexo o género, que haya dado lugar a una convivencia no inferior a dos años, aparece como el vínculo fundante de la agravante arriba mencionada.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con otros términos que encuentran su definición, necesariamente, en aquel cuerpo de normas de derecho privado (vgr. ascendiente, descendiente, cónyuge), la norma civil no define la "relación de pareja" a la que alude la figura calificada del ordenamiento penal (cfr. Molina, Magdalena – Trotta, Federico "Delito de femicidio y nuevos homicidios agravados", en Revista Jurídica La Ley, 2013 - A, pág. 493), por lo que no corresponde fijar los alcances de esta última siguiendo parámetros establecidos para la regulación de vínculos diferentes y al único efecto del reconocimiento de los efectos jurídicos civiles en el ámbito de esa rama del derecho.

Es evidente, además, que la equiparación entre las expresiones relación de pareja y unión convivencial que propone el recurrente es incorrecta en términos sistemáticos, pues supondría asumir la existencia de una contradicción en la redacción de la norma penal que indica, expresamente, que la agravante se aplicará al que matare a una persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, "mediare o no convivencia", estableciendo así una expresa diferencia que no puede ser eludida (cfr. Figari, Rubén E. "La 'relación de pareja' del inc. 1º del art. 80 del C.P. no equivale a la 'unión convivencial' civil, sino que la excede" en Revista Jurídica Región Cuyo – Argentina – Número 2 – mayo 2017, IJ Editores).

En este sentido, ha señalado esa Suprema Corte que: "[L]a delimitación que pretende la parte del alcance del término 'relación de pareja',

merced a su remisión al art. 509 del Código Civil y Comercial de la Nación, que regula las 'uniones convivenciales', no parece una hermenéutica sostenible, porque se desentiende que esa 'unión' del derecho privado expresamente establece como uno de los requisitos de esa institución legal, la 'convivencia' entre sus integrantes (en cuanto la define como la 'unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo'); en tanto la 'relación de pareja' que mantiene o ha mantenido el autor, a la que alude el Código Penal -y tal como se desprende de los fundamentos de la ley 26.791 que dispuso el nuevo texto del actual art. 80 inc. 1 del Código Penal- al regular la agravante en cuestión específicamente expresa que no depende de que, entre ellos 'medie o haya mediado convivencia'; sin perjuicio de que aquí la hubo. Quien aquí recurre no aporta ninguna explicación que permita superar ese matiz diferencial a efectos de limitar el alcance del texto penal al del régimen civil, en virtud de las diferentes situaciones que se pretenden legislar y proteger" (cfr. causa P.128.437, sent. de 8/8/2018).

Cabe agregar a ello que es dable afirmar que la unión de dos personas, sean del mismo o diferente sexo, con cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo, con vínculos afectivos o sentimentales, que comparten espacios de tiempo en común, y ámbitos de intimidad, se caracterice como una "relación de pareja".

En esta línea se pronunció en el caso el tribunal intermedio, indicando que la relación de pareja a la que alude la norma penal en cuestión consiste en una relación que se caracterizaría como: "... el vínculo interpersonal con determinada vocación de estabilidad, que une sentimentalmente a dos individuos para el desarrollo afectivo que ellos se brindan, con mayor o menor reciprocidad, en todas las áreas del amor (...) mediar o no convivencia" (v. fs. 63), para concluir que la posibilidad de aplicar al caso la agravante mencionada quedaba corroborada en el caso.

Concuerdo, entonces, con la observación que realiza el tribunal casatorio en cuanto a que no nos encontramos frente a una de las uniones convivenciales consagradas en el artículo 509 del Código Civil y Comercial de la Nación en tanto si bien dicho artículo da algunas pautas a tener en cuenta a la hora de definir los alcances de la "pareja" objeto de tutela de la norma penal, debe entenderse a la misma como una relación signada por el afecto entre dos personas, que puede o no presuponer convivencia o vida en común, pero esa vinculación debe considerarse conteniendo las notas que distinguen a una pareja como lo es el vínculo sentimental que es común a sus integrantes y que apunta a un proyecto común, sin que ello implique algún tipo de construcción de una familia o un hogar, más sí el sostenimiento de la relación amorosa se realiza compartiendo momentos y circunstancias de la vida misma como integrante de ese conjunto de personas.

En este entendimiento, resulta claro de las probanzas colectadas que la relación entre víctima y victimario, fue duradera en el tiempo, estaba basada en una vinculación afectiva entre ambos más allá de los conflictos que fueran arriba mencionados y dio lugar a la convivencia, extremos que ameritan la aplicación de la figura calificada mencionada y permiten descartar, además, las objeciones formuladas por la defensa con base en la vaguedad de la expresión utilizada por el legislador -interpretada en los términos aquí propuestos-, pues no demuestra de qué modo podrían extenderse al caso las dificultades que la amplitud del término podría generar en casos en los que la existencia de una relación de pareja podría resultar discutible y que, como se indicara, se apartan notoriamente de las circunstancias probadas en autos.

La decisión atacada aparece, en consecuencia, como una adecuada derivación del derecho vigente a partir de las particulares circunstancias de la causa, extremo que la pone a salvo de la crítica formulada por el impugnante.

En suma, el órgano revisor se ocupó del cuadro fáctico

tenido en cuenta por el inferior, brindando las razones que lo llevaron a confirmar la postura del tribunal de grado en punto a la calificación legal del hecho, justificando la decisión que adoptó y aplicando un criterio interpretativo que coincide con la doctrina legal de esa Suprema Corte en la materia.

En ese sentido, cabe resaltar además que la imposición de la agravante requiere la constatación, en cada caso, de un efectivo aprovechamiento por parte del autor de la existencia de la relación, previa o concomitante con el hecho, de forma tal que, con base en ella, se vea facilitada la ejecución del homicidio, al dotar de un mayor grado de eficiencia al accionar disvalioso, cuestión que, considerando las constancias de autos, queda plenamente acreditada en el caso.

Frente a esa decisión, el recurrente se limita a expresar su discrepancia en torno a la interpretación de la ley, mas no consigue poner en evidencia que se haya aplicado erróneamente la ley de fondo e infringido el principio de legalidad, de modo tal que el rechazo del planteo se impone (doctr. art. 495, CPP).

En cuanto a la segunda queja reseñada, cabe destacar que el recurrente se limita a manifestar su disconformidad con el valor asignado a la prueba, pero en modo alguno consigue demostrar la existencia de vicios lógicos graves y evidentes que descalifiquen a la sentencia atacada. Cabe agregar que el tribunal revisor rechazó el planteo de errónea aplicación de la ley sustantiva formulado en el recurso de casación (fs. 63 vta./65).

En ese sentido, el tribunal casatorio afirmó que: *"...el 'odio' hacia la mujer no es una nota distintiva de dicho tipo de violencia, que puede concurrir o no concurrir en su presencia; la nota dirimente es, por el contrario, la 'cosificación' de la mujer, es decir, su degradación al carácter de mero objeto de propiedad del varón, en función de un estereotipo jerárquico sustentado en patrones socioculturales, que por cierto, se encuentran vedados por la Convención*

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (...) En función de ello, las presiones y coacciones ejercidas por L. en cuanto a su forma de vestir, el sometimiento de las salidas o el obligarla a dar cuenta del lugar donde se encontraba -debidamente acreditado con prueba testimonial- importaron un cercenamiento de su libertad de decisión y un recorte de sus derechos elementales .// Lo mismo cabe predicar respecto de la violencia física ejercida, pues no es necesaria la denuncia que parece reclamar el recurso para tenerla por probada, si los testigos resultaron unánimes en afirmar haber visto las marcas en el cuerpo de la víctima y haberla escuchado señalar a L. como el autor de las golpizas, a lo que cabe adunar la percepción auditiva directa de la que dio cuenta M. M.// La conjunción de ambas circunstancias legitiman la conclusión adoptada en origen, pues la Convención de Belém do Pará (ley 24632), que en su Prólogo reconoce como antecedente a la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer citada más arriba, considera violencia contra la mujer a 'cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico' (...) Puntualmente, acciones como las reprochadas a L. violentan 'el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación' (...) pues implica 'subordinación', además de la violencia física, imponer a la mujer códigos de vestimenta, someterla a permisos para salir, obligarla a dar cuenta de sus pasos y acciones" (v. fs. 64 y vta.).

Todo ello le permitió al órgano revisor confirmar el criterio del tribunal de origen vinculado a que el homicidio atribuido a V. A. L. se cometió mediando violencia de género, de acuerdo a los lineamientos establecidos en la Convención Interamericana de Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer -Ley 24.632-, en vista de las particulares circunstancias en las que se produjo el evento fatal sumado a las agresiones previas a ese suceso sufridas por E. M., conductas que el imputado llevó a cabo por la condición de la víctima.

En vista de todo lo expuesto, sostengo que los argumentos traídos por el recurrente se presentan como una reedición del planteo llevado a la instancia casatoria (v. fs. 24/25), lo que conlleva una insuficiencia en la técnica recursiva que impide el progreso del agravio. Más concretamente, sigue insistiendo en que no se encuentra probado el elemento normativo que exige el tipo agravado (matar en razón de su condición de mujer y por considerarla inferior), lo que demuestra que el recurrente sólo esgrime un disenso en la valoración probatoria.

Cabe agregar a lo expuesto que concurren en el caso dos agravantes del homicidio y, en consecuencia, una eventual exclusión de la figura calificada del femicidio (artículo 80 inciso 11 de la Ley de forma) no importaría mejora alguna para la situación procesal del imputado, a quien se ha impuesto la menos gravosa de las penas previstas en alternativa para el caso.

V. Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

La Plata, 12 de abril de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 132.207-1

**"C., M. F. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley",
fecha: 06/09/2018**



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

"C., M. F. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"

P 132.207-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala III del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso deducido por la defensa de M. F. C., contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N.º 3 del departamento judicial Bahía Blanca que condenó al imputado a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable de homicidio agravado por la relación de pareja y por mediar violencia de género (v. fs. 147/166).

II. Frente a ello, el defensor particular interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, nulidad e inconstitucionalidad (v. fs. 170/184).

El mismo órgano revisor declaró admisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y rechazó por inadmisibles los recursos extraordinarios de nulidad e inconstitucionalidad impetrados por la defensa (fs. 185/188 vta.), y la Suprema Corte confirió traslado a esta Procuración General a los efectos de dictaminar (v. fs. 215).

III. El recurrente denuncia la errónea aplicación de los arts. 106, 201, 202, 203, 210, 367, 375, 461 del CPP y 34 inc. 1º, 40, 41 80 inc. 11 y último párrafo del CP.

El recurrente, en primer término, se agravia del rechazo al planteo de inimputabilidad que había solicitado la defensa a favor de su asistido. Entiende sobre ese punto que el *a qua* ha valorado equivocadamente las pruebas he invertido la carga de la prueba.

Señala que del conjunto de testimoniales rendidas en el debate oral, mal puede construirse la realidad en base a "*uno de los relatos*", el que incluso fue coincidente en destacar el estado de ebriedad que portaba el imputado. De ese modo, el defensor reproduce los dichos de los testigos que expresaron que el imputado se encontraba pasando por una crisis nerviosa días antes del hecho, en la que abusaba del consumo de alcohol y pastillas, para avalar la aplicación del art. 34 inc. 1 del Código Penal.

En segundo lugar, cuestiona la calificación legal endilgada a C., en tanto del cúmulo de pruebas analizadas en su conjunto no es posible llegar a la certeza que requiere una sentencia condenatoria.

Seguidamente, sostiene que sobre la agravante "relación de pareja" existe una errónea valoración de los hechos (arts. 1, 210 y 371 del CPP), pues no se encuentra acreditada la relación de pareja entre el imputado y la víctima. Agrega que C., declaró que se trataba de una relación sexual remunerada.

Expone que el concepto "pareja" es demasiado amplio y lesiona el principio de legalidad y máxima taxatividad, al no arrojar definiciones sobre tal término, delegando en el juez tal función. Agrega que el art. 80 inc. 1 del Código Penal es una "ley penal en blanco" por lo que se debe recurrirse a otra norma para darle contenido, concretamente, al arts. 509 y 510 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El impugnante hace hincapié en que el art. 510 del CCyC exige una convivencia no menor a dos años, extremo que a su entender no se ha cumplido, y del cual no se ha hecho cargo el a quo sobre ello.

Indica que es posible que esa Suprema Corte entienda que lo anterior no es un requisito esencial, pero sí debe avocarse al estudio si la relación entre C. y B. era de carácter pública, notoria, estable y permanente; exigencias estas últimas que no se han acreditado en el debate conforme los testimonios obrantes en la causa (D' A., F., P., M. -J. y Y.-, C., J. y G.,). Cita en su apoyo

opinión doctrinaria y fallos del Tribunal de Casación Penal

Sostiene que tampoco medió violencia de género, ya que dicha agravante es imprecisa en cuanto a su alcance y que, en consecuencia, afecta el principio de legalidad y lesividad consagrados en el art. 19 de la CN.

En tercer lugar, y en subsidio, el recurrente solicita la aplicación al caso de las circunstancias excepcionales de atenuación (art. 80 in fine del CP) basándose en la situación de vida del imputado, su estado emocional antes del hecho y el exceso en el consumo de alcohol y pastillas.

El defensor, cierra su recurso entendiendo que la sentencia del tribunal intermedio resulta arbitraria, en tanto se han seleccionado únicamente las pruebas contrarias a los intereses del imputado, omitiendo de esa manera una amplia valoración probatoria. Cita en su apoyo el precedente "Casal" de la Corte Federal.

Concluye este tramo expresando que mediante fórmulas dogmáticas se ha hecho prevalecer los elementos de cargo, vulnerando el derecho de defensa en juicio, el debido proceso y aplicando un "excesivo ritual" por parte del tribunal intermedio.

IV. Considero que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que fuera concedido por el Tribunal de Casación no puede prosperar.

En relación al primer agravio, advierto que la defensa reedita textualmente los cuestionamientos llevados a la anterior instancia (v. fs. 97 vta./99 vta.), dejando sin rebatir las expresas consideraciones vertidas por el Tribunal intermedio sobre ese punto (v. fs. 152 vta./158 vta.), siendo ello un método ineficaz para conmover en modo alguno lo resuelto (arg. doct. art. 495 CPP).

Sobre el segundo planteo y parte del tercero, cabe partir diciendo que *"una incorrecta apreciación de los aspectos fácticos de la sentencia puede conllevar una aplicación errónea de la ley sustantiva, en especial,*

respecto de la exactitud de la subsunción legal, salvo supuestos de excepción, claramente alegados y demostrados, no le corresponde a la Suprema Corte revisar los supuestos errores en la apreciación de los hechos que alega la defensa (causas P.92.917, sent. de 25/6/2008; en sentido similar: P. 70.932, sent. de 12/12/2007; P.91.434, sent. de 1/10/2008; P. 81.789,016, sent. de 13/5/2009; P. 104.426, sent. de 22/4/2009)" (causa P. 121.016, sent. de 21/2/2018).

De este modo, si bien el recurrente denuncia una errónea aplicación de la ley sustantiva, indirectamente cuestiona la determinación del hecho y la valoración probatoria efectuada por el a quo, como de seguido desarrollaré.

En efecto, los tribunales de grado y de revisión dieron por acreditado que: *"...el 8 de junio de 2016, entre las 19:30 y 21:00 horas, en el interior del automóvil Peugeot 308, propiedad del acusado, el cual fue hallado estacionado dentro de una cochera ubicada en ... de Coronel Dorrego, el imputado le efectuó a corta distancia, con una pistola 9 mm, un disparo a M. L. D., B., que impactó en la sien izquierda ocasionando instantáneamente su muerte. //Acredita también que B. y C. mantuvieron una relación de pareja, y que el suceso se produjo en un contexto de insultos, amenazas y degradación, en el que el acusado hizo uso de su posición de preeminencia y superioridad de fuerza, por ser varón respecto de la condición de mujer de la víctima"(fs. 152).*

Frente a la descripción del hecho, en primer lugar, observo de una lectura dialéctica de la sentencia y el recurso bajo análisis, que la parte se limita a cuestionar la suficiencia del material probatorio reunido en la instancia de mérito para acreditar el protagonismo autorial de C. en el hecho de homicidio doblemente calificado en los términos del art. 80 incs. 1 y 11 C.P. Si bien la defensa denuncia la violación a la mentada normativa descrita en la síntesis de agravio, surge del escrito presentado a VVEE que -en verdad- el defensor cuestiona el crédito de la prueba, como ya lo he adelantado.

En efecto, al señalar que no se encuentra acredita-

da la relación de pareja, que no hay prueba que dé cuenta de la violencia de género o que el consumo de alcohol debería ser tenido en cuenta para aplicar la circunstancia extraordinaria de atenuación, en verdad reedita su disconformidad del material probatorio que dio por probada la autoría responsable y la calificación legal del hecho, de igual modo que al interponer el recurso de casación (v. fs. 99 vta./103), y sin tener en cuenta las puntuales respuestas recibidas sobre ellas a fs. 158 vta./163, recayendo el recurrente en la misma falencia señalada para el primer agravio (art. 495, CPP).

Concluyendo este tramo, esa Corte que aquellos planteas que *"suponen una pura confrontación con la valoración probatoria tenida en vista (o, por el contrario, desconsiderada) en las instancias previas (...) no resultan materia asequible al acotado ámbito de conocimiento de esta Corte en el recurso de inaplicabilidad de ley"* destacando, además, que "[e]n tal sintonía, resultan estériles los reproches contra la apreciación probatoria realizada por los órganos jurisdiccionales que intervinieron con anterioridad" (cfr. P. 100.761, sent. de 17/6/2009; entre otras).

A mayor abundamiento, esa Suprema Corte ya he fijado su doctrina en relación a que no es posible remitirse al art. 509 Código Civil y Comercial de la Nación, que regula las uniones convivenciales, para interpretar el concepto de "relación de pareja" que fija el art. 80 inc. 1 del C.P (cfr. causa P. 128.437, sent. de 8/8/2018), sin que traiga el recurrente nuevos argumentos que permitan apartarse de esos parámetros.

Por último, y en lo que se refiere a la arbitrariedad de la sentencia que ataca el defensor, ha señalado esa Suprema Corte que: *"el objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado"* (CSJN, Fallos, t. 310, p. 234).

Por ende, el mero hecho de denunciar que se ha

utilizado solo prueba "*contraria a los intereses de su asistido*" y que se ha omitido "*realizar una amplia valoración de la prueba*" impide tener por demostrada la arbitrariedad que achaca a la sentencia de la alzada. Ello sumado a que la sola mención de preceptos constitucionales -violación al derecho de defensa en juicio y debido proceso- no basta para la debida fundamentación del recurso, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional (Fallos 301:444; 305:2096; 310:2306 y sus citas).

V. En virtud de lo expuesto, estimo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a favor de M.F.C.

La Plata, 6 de septiembre de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 132.080-1

"Pedernera, Esteban Rodolfo -Fiscal- s/queja, fecha: 28/02/2020



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

"Pedernera, Esteban Rodolfo
-Fiscal- s/queja"
P 132.080-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial de Junín revocó la sentencia del Juzgado Correccional N.º 1 departamental absolviendo a J. H. S. que había sido condenado a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional y le impuso reglas de conducta por el plazo de dos años por considerarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves calificadas (v. fs. 110/125 vta.).

II. Contra esa decisión el Fiscal General departamental interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 171/178) el cual fue declarado inadmisibile por la Cámara revisora (v. fs. 201 y vta.).

Contra esa sentencia el Fiscal General subrogante interpone recurso de queja el cual es declarado admisible por esa Suprema Corte (v. fs. 214/216 vta.).

Denuncia, en primer lugar, gravedad institucional por inaplicación de ley y doctrina legal de las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina a través de la ratificación y jerarquización constitucional de ciertas normas del derecho internacional de los derechos humanos (art. 75 inc. 22, Const. nac.) que establecen la necesidad de cambios coyunturales en las leyes y la administración de justicia.

Expresa que dentro de dicha normativa se encuentra la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979).

Asimismo, trae a colación el recurrente la Convención

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de *Belém Do Pará* (1994).

Aduce que, la aplicación de una perspectiva de género en el análisis de la normativa, persigue el fin de crear un derecho verdaderamente igualitario e inclusivo -de la otra mitad de la población-, en donde los paradigmas propios de las sociedades androcéntricas sean finalmente destruidos.

Concluye sosteniendo que la cuestión debatida posee incidencia sobre una mujer que fuera víctima de violencia de género en el ámbito de su hogar conyugal, en donde debe incorporarse la "perspectiva de género" como pauta interpretativa constitucional.

Sostiene que así lo indica también la jurisprudencia interamericana en el "Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú"-, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizó, en una situación violatoria de derechos humanos que afectaba a mujeres y hombres, el impacto diferencial de género como criterio interpretativo.

Entiende respecto del particular que la Alzada departamental, esgrimió un temperamento defectuoso, el cual transgredió las obligaciones asumidas por el Estado nacional.

Arguye que la violencia padecida por la víctima V. S. P., lo es, en el contexto tematizado que el género enuncia. Lo propio queda reflejado en las oscilaciones en las que ha incurrido al relevarse sus dichos, los que lucen bajo el pigmento de esta conflictividad.

En relación a ello señala que una maniobra de tinte aislado y únicamente en cabeza del imputado, aparece luego expresada como forcejeo, en otro segmento del relato; como también se aprecia, ya más sobre el final de su crónica, el grado de agresividad demostrado en el momento por S., según reconociera la misma; y que su interés primordial, reposa en la evitación de una sanción.

En lo puntual, explica que "el síndrome de la mujer maltratada", refiere a una adaptación a la situación aversiva caracterizada por el incremento de la habilidad de la persona para afrontar los estímulos adversos y minimizar el dolor, además de presentar distorsiones cognitivas, como la minimización, negación o disociación; por el cambio en la forma de verse a sí mismas, a los demás y al mundo.

Expresa, según lo manifestado por P. que el origen del episodio encuentra un punto álgido en una confrontación que ubica a la víctima, no cediendo al interés de S., extremo por demás frecuente, en este tipo de problemática, y que incluso tiene acogida en la propia tesitura prevista por la legislación. Es que, esa génesis psicológica, trasciende al plano físico, no advirtiendo parámetros de veracidad, en lo que al golpe respecta, a poco que se piensa, en el margen de dos lesiones -una a nivel del labio y otra del pómulo- causadas accidentalmente.

Afirma que ninguna de las conductas posteriores del acusado, responden a la lógica del accidente, debiendo incluso la víctima en forma intempestiva e inmediata, naturalmente, impedir el contacto, lo que hubo de ratificar también por ante el órgano de familia.

Considera que en esa inteligencia, dar por sentados los dichos vertidos por P., sin miras a la compleja realidad que la circunda, es cuanto menos, un cabal incumplimiento de las obligaciones que le caben al Estado en materia, de prevención, erradicación y sanción de la violencia contra la mujer.

Trae a colación lo señalado por esa Suprema Corte en cuanto a que: *"...para determinar si el hecho imputado debe quedar comprendido o no en los términos de la 'Convención de Belem de Pará', debió el juzgador analizar y ponderar -necesariamente- el contexto fáctico y jurídico (...) Ello así pues teniendo en consideración las obligaciones que surgen de aquella normativa internacional, en particular la de 'actuar con la debida diligencia, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7.b de la Convención)', la administración de justicia*

no puede permanecer ajena frente al incumplimiento de sus órdenes y medidas - en el caso, se trata una desobediencia judicial- que justamente tienen como finalidad la prevención de episodios de violencia contra las mujeres, como es el caso de autos..." (SCBA, causa P. 128.468, sent. de 12/4/2017).

Aduce que por ello es que la relación desigual que se verificare en este plafón de imputación, se encuentra comprendida en el orden del decreto 1011/2010, reglamentario de la ley 26.485, que la presenta como aquellas "*...prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales..." (fs. 176).*

Por otra parte, el recurrente denuncia arbitrariedad respecto a la interpretación de la prueba en tanto luce desfigurada por no alzarse en la consideración de la perspectiva de género. Es que los dichos de P., nunca fueron tratados sobre esa perspectiva. Por ello, el manto se teje sobre el alcance la acción penal, dando lectura en grado de exégesis a lo manifestado por la damnificada.

Esgrime que allí reposa la fundamentación deficiente. A fin de cuentas, la doctrina acogida y sostenida es clara en la materia, no existiendo razón alguna para que la Cámara departamental, haya inaplicado su alcance.

Asimismo, en cuanto a lo señalado por el *a quo* respecto a la procedencia de la acción, el recurrente trae a colación doctrina de la Sala Tercera del Tribunal de Casación (causa 72.033) así como también de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal (causa N.º 1335/13 "Balanza, Eduardo Damián s/recurso de casación" y causa N.º 13.245, "Ortega, Rene Vicente s/recurso de casación").

Aduce que por ello es que se denuncia la arbitrariedad, con el manto que sobre la prueba recae, toda vez que la interpretación, luce des-

figurada por no alzarse en la consideración de la perspectiva de género.

En relación a ello sostiene que los dichos de P., nunca fueron tratados sobre esa perspectiva.

Finaliza señalando que, a fin de cuentas, la doctrina acogida, y sostenida, es clara en la materia, no existiendo razón alguna para que la Cámara departamental, haya inaplicado su alcance.

III. Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP) pues coincido, con el impugnante, que el Tribunal intermedio ha dictado sentencia incurriendo en arbitrariedad al fundar su decisión.

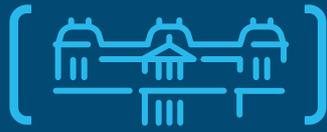
Entiendo que el recurso se encuentra correctamente fundado, por lo que esta Procuración General ha de remitirse a lo allí desarrollado por el Fiscal General subrogante del departamento judicial de Junín, proponiendo se haga lugar al remedio, se case la resolución atacada y se ordene dictar una nueva ajustada a derecho (art. 496, CPP).

IV. Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debe hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en autos por el Fiscal General subrogante del Departamento Judicial de Junín.

La Plata, 28 febrero de 2020.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 132.936-1

**“Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación-
s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”,
fecha: 19/12/2019**



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

"Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley".

P 132.936-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala V del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso interpuesto por el representante de la *vindicta* pública contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N.º 1 del Departamento Judicial Mar del Plata, en cuanto absolvió a J. M. S. en relación al delito de homicidio agravado por el vínculo y por el contexto de violencia de género, en grado de tentativa (v. fs. 156/163 vta.).

II. Contra ese pronunciamiento interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el Fiscal ante el Tribunal de Casación (v. fs. 165/175 vta.), el cual fue declarado admisible por el órgano revisor (v. fs. 182/184 vta.).

Entiende que el fallo resulta absurdo y arbitrario por contener una fundamentación aparente y deficitaria, como así también por surgir del mismo un apartamiento de las constancias de la causa.

Considera que ello se patentiza por cuanto el sentenciante realizó afirmaciones dogmáticas y omitió considerar prueba decisiva para la solución del pleito. Agrega que dicho órgano jurisdiccional no realizó un minucioso análisis de todos y cada uno de los planteos que esa parte presentara y confrontara con las constancias de la causa, limitándose a reproducir lo resuelto por el tribunal de juicio sin considerar los argumentos que el recurso fiscal formulara.

De ese modo, colige que ninguna explicación aporta el fallo para desechar los agravios interpuestos para revertir el pronunciamiento original en punto a la ocurrencia de los hechos y la participación del acusado.

Luego de traer a colación lo determinado por el Tribunal de Casación expone, en primer término, que el juzgador estimó que el estado de duda para absolver que esgrimió su inferior resultaba razonable.

Sostiene que del informe socio-ambiental realizado por las licenciadas Gago y Laportilla, del Centro de Asistencia a la Víctima, ratificado por ellas en el debate, surge que la damnificada A. M. les manifestó que tuvo varias separaciones de S. por situaciones de violencia -lo cual fue confirmado por su progenitora-, habiéndose dejado constancia que relativiza y minimiza los conflictos existentes en la familia, estando implicada en la desestimación y naturalización de las mismas, lo cual demuestra el contexto de violencia de género y la vulnerabilidad de la damnificada.

Alega que del informe de la perito psicóloga Zunino se evidencia que el acusado posee una personalidad con indicadores de agresividad, impulsividad, tendencia a las explosiones emocionales y que además tiende a ocultar la verdad, considerando el quejoso que los órganos jurisdiccionales intervinientes entendieron que ninguna de estas características parece posicionarlo en un lugar distinto a la generalidad, lo cual resulta claramente arbitrario.

Asimismo, manifiesta que el informe médico-legal llevado a cabo por la doctora Rodríguez detalla las múltiples lesiones que presentaba la víctima el mismo día del evento juzgado y que resultan compatibles con la denuncia por ella efectuada destacándose, entre otras, la importante equimosis en ambos brazos, cuello región antero-lateral, región superior del hombro izquierdo, rodillas y glúteo derecho, siendo que la del cuello es armonizable con la situación de asfixia que denunciara la damnificada. Agrega que el juzgador consideró que las marcas presentadas no fueron en su totalidad producto de las agresiones de S. sino que devinieron por el forcejeo entre los sujetos activo y pasivo, y que sólo hubo una controversia verbal, y en parte física, tal como sucedía diariamente, aduciendo el impugnante que es el propio sentenciante el que naturaliza el contexto de violencia familiar.

De igual modo, trae a colación que el órgano de mérito destacó los dichos de la licenciada Pérez, del Centro de Atención a la Mujer Maltratada, en cuanto expusiera que "existen las mujeres violentas", como si ello desvirtuara la prueba de autos que evidencia la golpiza recibida el día del hecho por la víctima, que no fue un suceso aislado, estimando que si M. tiene o no tal característica ello no resulta un fundamento conducente para arribar a una absolución.

Seguidamente, menciona el recurrente que el sentenciante ponderó los dichos de la citada en el juicio oral, donde se retractó de la primer denuncia espontánea donde detallara las agresiones sufridas por parte del imputado y se inculpó al esgrimir episodios reiterados de autoflagelación, negando la responsabilidad del acusado, relato que coincide con los dichos del mismo. Sostiene que los juzgadores no alcanzan a visualizar el estado de vulnerabilidad de la mujer, que vive en un contexto de violencia de género naturalizado por ella, añadiendo que la vecina I. declaró que el día del evento M. pedía ayuda a los gritos porque su pareja la había golpeado, lo cual era habitual, observando en varias ocasiones que la víctima tenía los ojos negros. Agrega que los magistrados dieron más valor a los dichos de la damnificada que había afirmado que eso lo había manifestado por encontrarse bajo los efectos de las drogas y que también había expuesto otras cosas.

Por otro lado, alega que los jueces ponderaron el testimonio de la oficial de policía que arribó al escenario y que declaró que la víctima le expresó que se habían peleado y golpeado con su pareja, de lo cual se extrajo el carácter mutuo de las agresiones. Aduce que tal circunstancia confirma las agresiones del procesado hacia M., que en ese momento se encontraba embarazada de siete meses.

En otro orden, sostiene que deben tenerse en cuenta las denuncias previas por violencia formuladas por la mencionada contra S., incorporadas por lectura, siendo que una fue relativizado por los sentenciantes al entender que la víctima se había retractado, "casualmente" agrega el quejoso.

Y en la otra, que fue formulada por la ex cuñada respecto de la hija del imputado, en la que se había denunciado un suceso de violencia del mismo bajo los efectos de estupefacientes.

Asimismo, entiende que la comprobada circunstancia de que M. era adicta a las drogas y al alcohol, al igual que se auto-lesionara de modo concurrente, no desmerece la situación de violencia de género acreditada en la que se encontraba, añadiendo que las retractaciones de la citada luego de formular denuncias resultan una muestra indiscutible de su extrema vulnerabilidad por su condición de mujer, cuestión de sentido común no advertida por los juzgadores.

Expresa que la sentencia carece de motivación atento a desentenderse del plexo cargoso existente y deviene arbitraria, trayendo a colación que en el recurso de casación se había señalado que la mujer víctima de violencia suele minimizar lo acontecido y apelar a la negación por la angustia que le surge, más aún si se tiene en cuenta que M. es adicta a los estupefacientes, trayendo a colación diversos tratados supranacionales al respecto (Reglas de Brasilia, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer ratificada por ley 23.179 y Convención de Belém do Pará ratificada por ley 24.632) que no fueron tenidos en cuenta por el órgano casatorio.

Expone que el fallo en crisis resulta arbitrario por haberse extraído de ciertas piezas probatorias una conclusión que no surge abiertamente de su contenido (cfr. causa P. 73.154), configurándose una de las excepciones que habilitan la competencia de esa Corte en cuestiones de hecho y prueba atento que los fundamentos en las cuales se sustentó la duda para absolver no derivan de la racional y objetiva valoración de las constancias de la causa, siendo meras afirmaciones dogmáticas que no desvirtúan los argumentos dados por la acusadora en el remedio casatorio.

En definitiva, solicita se haga lugar al recurso y se revoque la decisión cuestionada atento carecer de real motivación.

III. Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP).

A los argumentos desarrollados por el impugnante, que comparto y hago propios en este acto, simplemente añadiré lo siguiente.

Estimo que acierta el recurrente cuando denuncia la existencia de arbitrariedad en la fundamentación de la duda afirmada tanto por el juzgador de origen como por el revisor y el apartamiento de las constancias de la causa, pues obran en autos elementos de prueba relevantes que han sido desconsiderados por los órganos jurisdiccionales incurriéndose así en el vicio reprochado.

Es cierto que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre arbitrariedad de sentencias es de aplicación estrictamente excepcional y que su aplicación está reservada a aquellos supuestos en los que se demuestre un notorio desvío de las leyes aplicables o una decisiva ausencia de fundamento. Ello es así, pues esa doctrina no puede convertir a la Corte en una instancia ordinaria más, ni tiene por objeto corregir fallos equivocados; sólo procura suplir defectos realmente graves de fundamentación o razonamiento que impidan considerar a la sentencia como acto jurisdiccional válido (Fallos: 334:541, entre muchos) más, como lo adelantara, considero que el presente es uno de esos casos de excepción.

Asimismo, es doctrina de esa Suprema Corte que: "*[l]a sentencia de condena sólo puede ser el resultado de un convencimiento que esté más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad del acusado por un hecho punible, no basta la invocación de cualquier versión contrapuesta sobre la fijación de los hechos para objetar el análisis de la prueba a tenor del principio favor rei, si no es posible poner en evidencia que el análisis razonado y detenido de toda la prueba en conjunto [...] impide alcanzar ese grado de convencimiento, de modo de habilitar a cuestionar esa certeza subjetiva...*" (cfr. causa P. 130.794, sent.

de 25/9/2019).

De este modo, y a contrario, para arribar a un veredicto absolutorio, el material probatorio debe provocar en el Juez un estado de falta de certeza sobre el hecho o la autoría del imputado, ya sea porque la prueba resulta inexistente o porque frente a hipótesis fácticas contrapuestas, basadas en las constancias de la causa, debe inclinarse por la que resulte más favorable al imputado (Fallos: 329:6019 y 339:1493).

Por otro lado, debe existir un "*análisis razonado y detenido de toda la prueba en conjunto*" (conf. doctr. P. 112.623 y su cita CSJN, Fallos: 326:8, a contrario sensu-; e.o.).

Bajo esos parámetros, estimo que en el legajo existen elementos probatorios, claramente reseñados por el Fiscal de Casación en su presentación ante esta sede, que permiten generar el estado de certeza necesario para dar por acreditada la materialidad ilícita y responsabilidad respecto del aquí imputado.

A ello sumo que el órgano intermedio limitó su labor a mencionar los fundamentos del tribunal de juicio (v. fs. 159/162) sin hacerse cargo ni refutar los concretos argumentos esgrimidos por el fiscal en su recurso (v. fs. 128/140), especialmente lo expresado en lo tocante a abordar el caso desde una perspectiva de género. Sólo se advierte que el órgano casatorio expresó su propia opinión a fs. 161 cuando manifestó que: "[c]oincidió con el a quo, que este testimonio [de la agente policial que arribó al lugar en primer término] resulta indicativo de la evidente falta de urgencia para que M. fuese atendida por un médico en un hospital", y al finalizar la descripción de lo decidido por el órgano de debate al mencionar -en términos generales- que luego de haber efectuado el máximo esfuerzo de revisión posible no se advertían los defectos invalidantes que señalara el recurrente, que el juzgador otorgó una razonada explicación de la duda para absolver, que el valor convictivo asignado a los testimonios no ado-

lección de vicio alguno y que, en definitiva, la parte sólo aportaba una diferente apreciación de la prueba (v. fs. 162 *in fine* y vta.).

De tal modo, considero que la valoración concretada por el órgano intermedio resulta desprovista de un marco probatorio sustentado en las constancias arrojadas al legajo y sólo existente en la capacidad intelectual del juzgador; esta circunstancia, como lo afirma el recurrente, torna arbitrario el pronunciamiento formulado y debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido.

Bajo tal contexto, resulta aplicable lo referido por la Corte federal en punto a que: *"...se configura el vicio de arbitrariedad fáctica cuando la sentencia prescinde sin fundamentos suficientes de prueba decisiva o dirimente, vicio que se acentúa particularmente cuando en el fallo se declara expresamente la voluntad de los jueces de omitir toda valoración de prueba indicada como esencial para el caso, pues ello importa una flagrante violación a las reglas del debido proceso"* (CSJN Fallos: 314:312).

En la misma línea, ha dicho esa Suprema Corte que *"...el razonamiento esbozado por el tribunal del recurso prescindió de prueba decisiva para la solución del pleito, realizando -por ello- un análisis parcial y descontextualizado de otros medios probatorios arrojados a la causa (conf. P. 115.440, sent. del 13/VII/2013). De este modo, el déficit en el que incurrió el a quo transformó al pronunciamiento impugnado en una sentencia arbitraria, que lo descalifica como acto jurisdiccional válido (doct. art. 18, C.N.)"* (P. 115.821 sent. del 24/9/2014).

Asimismo, debo decir que los elementos del juicio analizados de manera integral y conjunta demuestran claramente que resulta imposible la contemplación del principio *in dubio pro reo* mencionado por el decisorio cuya revisión se postula y he de acompañar, en consecuencia, al Fiscal de Casación en su pretensión revisora.

De este modo, la duda confirmada por el revisor aparece como una consecuencia de un palmario apartamiento de las circunstancias de la causa, sin que se compruebe que el Ministerio Público Fiscal haya expuesto una *"discrepancia con el sentido otorgado por los jueces de mérito"*, pues lo que se denunció fue la omisión de ponderación de pruebas esenciales para dirimir el pleito.

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que era arbitraria la sentencia atacada si *"...la duda acerca de la ocurrencia del hecho que esgrime el a quo carece de fundamentos suficientes, en tanto se respalda en un examen parcial e inadecuado del plexo probatorio, lo que autoriza la descalificación del pronunciamiento como acto jurisdiccional válido (Fallos: 312:1953; 316:1205; 317:1155; 322:963, entre muchos otros)"*, agregando que *"...la invocación del principio in dubio pro reo no puede sustentarse en una pura subjetividad ya que, si bien es cierto que éste presupone un especial ánimo del juez según el cual, en este estadio procesal, está obligado a descartar la hipótesis acusatoria si es que no tiene certeza sobre los hechos materia de imputación, no lo es menos que dicho estado debe derivar racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso (Fallos: 307:1456; 312:2507; 321:2990 y 3423), circunstancia que, a la luz de los argumentos puestos de manifiesto en los párrafos precedentes, estimo que no concurre en el pronunciamiento impugnado (Fallos: 311:948)"* (del dictamen del Procurador General al que remitió la Corte Suprema en la causa "R. M. A. y otros s/ querrela", sent. de 19/9/2017).

Por otra parte, considero acertado el criterio del recurrente cuando propone que el caso sea considerado desde una perspectiva de género.

Cabe recordar que la ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, firmada por 32 naciones latinoamericanas el 6 de septiembre de 1994 en la ciudad de Belem do Pará, Brasil, a través de la ley N° 24.632, refuerza el reconocimiento a nivel nacional de la problemática de la violencia contra la mujer y profundiza la coordinación de acciones para eliminar las situaciones de violencia

que afectan a todas las mujeres.

Así, señala dicho instrumento internacional en su art. 2 que: "[s]e entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar"; y en su art. 7 establece que: "[l]os Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer".

Asimismo, la citada ley 24.632 estableció en el art. 1 que "...debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

En tanto, el art. 2 define los ámbitos en que se puede desarrollar aquella violencia, y especialmente se debe tener en cuenta aquella que tiene lugar "...dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual".

Por su parte, el art. 4 de la ley 26.485 -Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales-, estableció que *"...se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes"*.

Por aquella *"relación desigual"*, el decreto reglamentario N.º 1011/2010 de la ley 26.485 indicó en su art. 4 que se configura *"...por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales"*.

Cabe tener presente que en relación a los tipos de violencia especialmente tenidos en cuenta por la antes citada ley, se fijó en el art. 5 inc. 1 que la violencia física es la que se emplea *"...contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física"*, en tanto que en el art. 5 inc. 2 se puso de manifiesto que la violencia psicológica es aquella *"...que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación"*.

En efecto, "*...la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es 'una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres', que 'trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases'*" (caso "Favela Nova Brasilia vs. Brasil", sent. de 16/2/2017, CIDH, consid. 245).

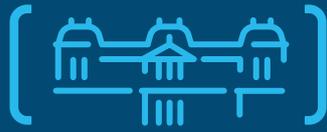
Se advierte, entonces, que el tribunal a quo cercena indebidamente el material probatorio sin efectuar un análisis completo de todos los elementos convictivos recolectados, a lo que añadido que no enfoca el conflicto desde una perspectiva de género, lo que autoriza a dejar sin efecto la decisión recurrida con arreglo a la conocida doctrina de la Corte Suprema de justicia de la Nación en materia de arbitrariedad (conf. doctr. CSJN Fallos: 311:1229; 315:2607; 319:1625; 322:963, e.o., citados por esa Suprema Corte en causa P. 123.862, sent. del 6/6/2018).

IV. Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte debería hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, casando la sentencia cuestionada y reenviando los presentes autos ante el tribunal intermedio a fin de que -con nuevos jueces habilitados- dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

La Plata, 19 de diciembre de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 128.344-1

" M., L. N. s/ abuso sexual", fecha: 17/04/2017



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

"M., L. N. s/ abuso sexual"

P 128.344-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías de Lomas de Zamora confirmó la sentencia de primera instancia que había resuelto absolver a L. N. M. en orden al delito de abuso sexual que se le atribuyera (v. fs. 587/591).

II. Frente a esa decisión, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley la particular damnificada con patrocinio letrado (v. fs. 605/632).

Luego de reseñar los antecedentes de la causa, la recurrente afirma que los hechos juzgados tenían un componente de violencia de género (abuso sexual) en el marco de una relación de dependencia jerárquica de la víctima respecto al imputado (ámbito laboral), denunciando que la alzada no tuvo en cuenta la perspectiva de género al resolver su recurso de apelación.

Seguidamente, desarrolla diversos conceptos respecto de lo antes dicho con cita de doctrina, legislación nacional (ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres), supranacional (Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará, art. 7.b), y jurisprudencia de la Corte Interamericana (casos "Penal Miguel Castro Castro c/ Perú" y "Loayza Tamayo c/ Perú") de la que surge que la perspectiva de género debe ser obligatoriamente tenida en cuenta por los tribunales con los mismos alcances que le otorga dicha Corte.

Alega que la violencia sexual hacia las mujeres en su ámbito de trabajo es una de las manifestaciones de violencia de género de mayor crecimiento en los últimos años, con cita de informes de la OIT, añadiendo que la Provincia de Buenos Aires declaró la emergencia pública en materia social por violencia de género a través de la ley 14.407.

Por otro lado, denuncia la violación al principio de congruencia, al debido proceso y a la defensa en juicio (art. 18 de la CN), transcribiendo

la respuesta genérica y abstracta dada por la alzada a sus agravios y expresando que de ella no es posible tomar conocimiento de los hechos y fundamentos empleados para decidir, lo cual dificulta la presente labor recursiva por desconocer tales razones. Cita el fallo "Casal" de la Corte Suprema en apoyo de su tesis.

Expresa que la sentencia en crisis resulta arbitraria, por falta de debido tratamiento de los siguientes embates deducidos en el recurso de apelación: la omisión del juez de primera instancia de analizar el caso desde una perspectiva de género, tal como lo establece la Convención de Belém do Pará; el arbitrario análisis de la denuncia de la víctima donde se hizo hincapié en que el tiempo transcurrido desde los hechos hasta la denuncia resultaba irrelevante dada la situación psicológica y emocional padecida por la damnificada; el sesgado cotejo de las dos declaraciones testimoniales de la víctima y de la testigo V. respecto de lo observado por la última citada; la descalificación de los dichos de la damnificada como elemento de cargo, atento el criterio del sentenciante según el cual si el suceso de abuso sexual ocurrió fuera de la vista de terceros debe quedar impune, siendo que la normativa y jurisprudencia invocada demostraba lo contrario; que no fueron tomados en cuenta diversos testimonios que constituían indicios graves, precisos y concordantes que acreditaban la habitualidad del imputado y sus familiares masculinos respecto de hechos de violencia sexual hacia las empleadas del establecimiento en el marco de un ambiente laboral hostil; y la dogmática e improcedente invocación del principio de la duda a favor del acusado, por reposar en la subjetividad y no ser una derivación razonada del derecho.

Vuelve otra vez a invocar el fallo "Casal" para afirmar que el pronunciamiento de la Cámara no satisface el estándar de revisión allí establecido, pues se remite a lo dicho por el inferior y omite examinar específicamente los cuestionamientos de la parte. Concluye afirmando que se revictimizó a la damnificada, que no se contestaron sus agravios, que se desatendieron los tratados internacionales que rigen la cuestión y que se vulneraron diversas garantías constitucionales, añadiendo que todo ello a pesar de que el propio acusado solicitó se lo condene a través de un juicio abreviado por abuso sexual, con aprobación de la defensa y con acuerdo fiscal.

Peticiona, en definitiva, que en atención al prolongado trámite de la causa y el principio de debida diligencia (conf. arts. 5 de la CEDAW y 7 de la Convención de Belém do Pará), se case el fallo en crisis y -en sintonía con la prueba obrante en autos y lo acordado por las partes en el marco del juicio

abreviado- se condene al imputado a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional, por resultar autor del delito de abuso sexual simple.

III. Estimo que el remedio deducido por la particular damnificada deberá tener acogida favorable, en los términos que a continuación se exponen.

En efecto, la alzada expresó que: "Analizados los argumentos, anticipo desde ya, que concuerdo con el Juez 'a quo' que en estos actuados ante el insuficiente plexo probatorio, no se ha acreditado la materialidad ilícita en el hecho por el que viene imputado L. N. M. (...) El cuerpo del delito en el evento que se le achaca, por las razones que expuso y comparto V.S. el Dr. Manuel Barreiro en su fallo, no pudo acreditarse certeramente, y los fundamentos recursivos dados no conmueven este concepto (...) Es que los elementos de juicio ponderados en el recurso para hacer variar el fallo en crisis, que podrían hacer presumir la acreditación de la materialidad ilícita, ni siquiera alcanzan para arribar a una duda procesal, lo que en definitiva -de haber sido así-, también debería ponderarse por imperio legal en favor del imputado (...) Cada uno de los fundamentos del escrito recursivo encuentran respuesta anticipada en el minucioso estudio realizado por el Juez 'a quo' en su fallo. El análisis que realizó, permite no dar por probada la exigencia que regla el art. 371 inc. 1º de nuestro Código de Forma, y a sus fundamentos me remito. La crítica impugnativa no alcanza -como anticipara- para poder llegar a esgrimir el principio de la duda, lo que también -como ya dijera-, hubiese sido ponderado en beneficio del encartado, y en definitiva, propondré confirmar lo resuelto (...) Los elementos que han sido valorados por los particulares damnificados en contra del fallo, han sido rebatidos de manera rotunda en el fallo en crisis, ya que el sentenciante -reitero- ha dado una amplia justificación que le ha permitido no tener por acreditado el extremo reglado en nuestro Código Procesal en el artículo e inciso antes referido" (v. fs. 588 vta./589 vta.).

A ello agregó que: "Tampoco se encuentra demostrada la arbitrariedad del fallo, ya que su contenido es expreso, claro, completo, legítimo y lógico. Y esta última de las exigencias mencionadas, es la que comprende a todas las cuestiones fundamentales planteadas, y a cada uno de los puntos decisivos que justifican cada decisión (...) Ello es así, toda vez que el juez está obligado a considerar la cuestiones esenciales que determinan el fallo, dentro de las cuales se encuentran los argumentos sustanciales para la decisión presentados por la acusación o la defensa, entendiéndose por tales cuestiones

fundamentales sometidas a su decisión (...) En lo que respecta a la valoración de la prueba producida, la C.S.J.N. afirmó que '...el examen de un proceso exige al juez valorar la concatenación de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional y atendiendo a las reglas de la lógica...' (Fallos 311:2045), lo cual ha efectuado coherentemente conforme se desprende de su fallo en crisis (...) cabe recordar que dicho Tribunal Superior, ha establecido que la aplicación de la Doctrina de la Arbitrariedad es de naturaleza excepcional, pues su objeto se ciñe a la superación de graves falencias de fundamentación o razonamiento que afecten la validez del acto jurisdiccional que se cuestiona (...) las que en orden a las consideraciones expuestas no se verifican en estas actuaciones (...) En lo que hace al planteo subsidiario de desestimar la procedencia formal del juicio abreviado implementado, y que se ordene ante ello la realización del debate oral y público contra el encartado, tampoco puede prosperar, ya que por imperio de lo establecido por el art. 398 inc. 1º del Código de Procedimiento Penal, ello es facultad del Juez de la anterior instancia, y dicho resolutorio, es inimpugnable por imperio legal" (v. fs. 589 vta./590).

Sentado lo anterior, coincido con la recurrente en cuanto expresa que la confirmación de la absolución del imputado respecto del delito juzgado se funda en consideraciones dogmáticas y desvinculadas de las concretas constancias de la causa, pues la respuesta dada no aborda debidamente los diferentes planteos deducidos por la parte en el recurso de apelación oportunamente incoado.

Específicamente, los relacionados con la omisión del juez de primera instancia de analizar el caso desde una perspectiva de género, tal como lo establece la Convención de Belém do Pará (v. fs. 556 vta./558 vta.); respecto del arbitrario análisis de la denuncia de la víctima, donde se hizo hincapié en que el tiempo transcurrido desde los hechos hasta su efectivización resultaba irrelevante dada la situación psicológica y emocional padecida por la damnificada (v. fs. 558 vta./559); en lo tocante al sesgado cotejo de las dos declaraciones testimoniales de la víctima y de la testigo V., respecto de lo observado por la última citada (v. fs. 559/560 vta.); en cuanto a la descalificación de los dichos de la damnificada como elemento de cargo, atento el criterio del sentenciante según el cual si el suceso de abuso sexual ocurrió fuera de la vista de terceros debe quedar impune, siendo que la normativa y jurisprudencia invocada demostraba lo contrario (v. fs. 561/562); en referencia a que no fueron tomados en cuenta diversos testimonios que constituían indicios graves, precisos y

concordantes que acreditaban la habitualidad del imputado y sus familiares masculinos respecto de hechos de violencia sexual hacia empleadas del establecimiento en el marco de un ambiente laboral hostil (v. fs. 562/563); y en lo que atañe a la dogmática e improcedente invocación del principio de la duda a favor del acusado, por reposar en la subjetividad del magistrado de grado y no ser una derivación razonada del derecho, con cita de jurisprudencia pertinente (v. fs. 563/564).

Aclaro que en el recurso de apelación también se peticionó se desestime la procedencia formal del juicio abreviado y se ordene la realización de un juicio oral (v. fs. 564/565), lo cual observo que no fue materia de agravio en la presente instancia extraordinaria.

En definitiva, estimo que la decisión de la alzada sólo alude mínimamente a algunos de los razonamientos del juez de primera instancia para luego remitirse a ellos, sin efectuar un análisis propio respecto de los temas antes señalados. Entonces, las afirmaciones de la Cámara resultan dogmáticas al estar desprovistas de toda referencia a las constancias obrantes en autos, además de prescindir de evaluar prueba decisiva para la resolución del caso tal como la que la particular damnificada esgrimiera en el recurso de apelación.

Por ende, la sentencia recurrida resulta, a mi juicio, viciada de arbitrariedad conforme el sentido que a esa expresión ha conferido la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No puede reputarse entonces a la sentencia atacada como una derivación razonada del derecho vigente, pues su fundamentación normativa desconectada de las circunstancias concretas de la causa se torna aparente, presentando el pronunciamiento los graves defectos que lo descalifican conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, Fallos 314:791, 320:2105, 331:1784, 333:1273, 339:1635 y 339:1423, entre otros).

En similar sentido se ha pronunciado esa Suprema Corte en las causas P. 88.382 y P. 91.483, sents. del 8/10/2008; y P. 125.632, sent. del 4/05/2016, entre muchas. En esa misma línea, ha sostenido esta Procuración General que la arbitrariedad queda configurada cuando se advierte la inexistencia de calidades mínimas para que el caso impugnado constituya una sentencia judicial (op. en causas P. 85.319 del 6/03/2003; P. 69.173 del 21/10/2003; P. 89.939 del 24/06/2004; P. 102.122 del 6/07/2009; y P. 123.326 del 6/02/17), entre otras circunstancias que, como ya lo señalara, aparecen evidenciadas en el presente legajo.

Asimismo estimo que deberán los nuevos magistrados tener en cuenta que la conducta investigada se dio en un contexto de violencia de género, tal como fuera catalogado por el sentenciante de primera instancia en la oportunidad contemplada en el art. 338 del Código Procesal Penal al estimar que el abuso sexual bajo juzgamiento fue cometido contra la víctima en el lugar de trabajo y aprovechando la relación de dependencia existente con el acusado (v. fs. 298 y vta.), considerando la legislación nacional e internacional al respecto y los antecedentes del caso.

En ese orden de ideas, debo traer a colación que la Cámara de Diputados de la Nación otorgó jerarquía constitucional a la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer", firmada por 32 naciones latinoamericanas el 6 de septiembre de 1994 en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, la cual fuera ratificada por la República Argentina a través de la ley N.º 24.632.

Con la incorporación de esta Convención al rango constitucional, el país refuerza el reconocimiento a nivel nacional de la problemática de la violencia contra la mujer y profundiza la coordinación de acciones para eliminar las situaciones de violencia que afectan a todas las mujeres.

Así, señala dicho instrumento internacional en su art. 2 que: "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar"; y en su art. 7 establece que: "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer".

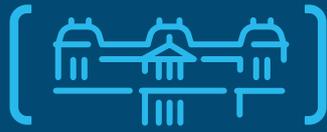
IV. En virtud de lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería hacer lugar al recurso extraordinario deducido en los términos señalados, anular el pronunciamiento en crisis y, sin abrir juicio sobre el fondo de la causa, reenviar el expediente a origen a fin de que -por quien corresponda- se analice el recurso de apelación de la particular damnificada y se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 17 de abril de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 127.628-1

**"P., O. A. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley",
fecha: 13/09/2017**



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

"P., O. A. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"

P 127.628-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Martín revocó la sentencia de primera instancia que había condenado a O. A. P. a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de explotación económica del ejercicio de la prostitución, absolviendo libremente al imputado (fs. 462/465).

II. Contra dicho pronunciamiento el Fiscal General departamental interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 3/8 vta., del presente legajo).

El recurrente denuncia la arbitrariedad del fallo dictado por la Cámara.

El fiscal entiende que el pronunciamiento que revoca la condena de primera instancia y absuelve -por el beneficio de la duda- al imputado se edificó a partir de la absurda apreciación de la prueba. Ello, en violación a lo establecido en los arts. 210 y 373 del C.P.P.; y 127, párr. 1 del C.P. Agrega que se transgredieron las leyes de la lógica, la psicología y la experiencia común.

El impugnante afirma que el imputado fue absuelto en base a dos aseveraciones que resultan contradictorias entre sí. Por un lado, que "estos hechos deben investigarse extremando los recaudos dada la probable falsedad sobre la identidad de los sujetos involucrados, tanto de las víctimas como de los autores y a su vez la reticencia de las primeras a revelar los datos que conocen sobre la actividad, y por otro que no se convocó a las víctimas a una rueda de reconocimiento en fila de personas, que sin lugar a dudas hubiera resultado sumamente esclarecedora en orden a la identificación del mencionado O."

Por otro lado, el fiscal denuncia la responsabilidad internacional en razón de la materia, respecto el Estado Nacional asumió diversos compromisos internacionales entre los cuales menciona la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Cita la Convención de Belém do Para.

III. La Cámara de Apelación y Garantías concedió la impugnación presentada por el Fiscal (fs. 11), pronunciamiento que fue anulado por la Suprema Corte, por carecer de una debida motivación que lo sustente como acto jurisdiccional válido (v. fs. 25/26 vta.).

Remitidas las actuaciones a la Cámara departamental, se dictó una nueva resolución en la que se declaró admisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 28/30) y se confirió traslado a esta Procuración General (v. fs. 51).

IV. Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8, ley 14.442; art. 487, CPP).

El magistrado a cargo del Juzgado Correccional N.º 2 de San Martín encontró debidamente acreditado en autos que: *"al menos desde el 14 de noviembre de 2013 y hasta el 27 de febrero de 2014, el aquí imputado O. A. P. junto a otra persona del sexo femenino administraron y regentearon el prostíbulo sito en ... N.º... de la localidad y partido de San Martín, provincia de Buenos Aires, explotando económicamente el ejercicio de la prostitución de diversas personas que trabajaban allí -entre ellas L. L. C. M. y F. C. D.-, organizando la actividad y cobrando el 50% del dinero que producían las víctimas"* (v. fs. 421 vta./422 del expediente principal).

La materialidad ilícita y el protagonismo autoral del imputado se tuvieron por acreditados con la prueba incorporada por lectura y las testimoniales rendidas en el debate. En definitiva, a partir de numerosos indicios el juez de primera instancia arribó, sin margen de duda, a la condena de O. A. P.

La defensa impugnó el fallo condenatorio y la Cámara de Apelación y Garantías absolvió al imputado por el beneficio de la duda.

Entiendo, al igual que el impugnante, que la decisión del tribunal intermedio es arbitraria, pues para concluir en la falta de acreditación de la autoría del acusado fragmenta y parcializa los elementos probatorios cuya valoración en conjunto permitió al juzgador de origen llegar a un veredicto contrario, circunstancia que ha derivado en la inobservancia de lo dispuesto por los arts. 106, 210 y 373 del C.P.P. y 127 inc. 1 del Código Penal.

Comparto, en particular, las objeciones planteadas respecto de la valoración de la prueba que permitiera al juez de mérito tener por probada la autoría del encausado. La certeza del protagonismo autoral de O. P. surge a partir de las constancias incorporadas por lectura al debate y las declaraciones de testigos que pudieron verificar -con certeza- que dos personas, una mujer y un hombre a los cuales las mujeres que ejercían la prostitución llamaban "B." o "M." y "O.", respectivamente, eran quienes organizaban la actividad del lugar y las explotaban económicamente llevándose la mitad del dinero que recaudaban por la actividad, el que era retirado alternativamente por esas dos personas.

También se tuvo por probado que el imputado Posadas era el sujeto masculino mencionado. Además de los testimonios de las mujeres que aluden a un sujeto con el nombre de pila del procesado, surgen otras pruebas a tener en cuenta para descartar cualquier estado de duda que merezca la absolución del imputado.

En efecto, en primer lugar, contamos con el contrato de alquiler incorporado por lectura, del cual surge que la locataria del inmueble era M. L. D., concubina del imputado (actualmente rebelde) y que la garante de dicho contrato era justamente la madre del imputado P., lo que -tal cual lo indica el fiscal- es un fuerte indicio de que ambos concubinos tenían la posesión del inmueble.

Luego, conforme emerge del acta de entrega de las

llaves obrante a fs. 98, surge que P. fue quien hizo entrega del inmueble a la propietaria, tras el allanamiento efectuado al mismo. En consecuencia, si P. tenía las llaves, claramente era quien detentaba la tenencia del inmueble.

Por otra parte, los dichos de M. y P. son contestes en señalar a P. como el inquilino del inmueble.

Además, debe tenerse en consideración la circunstancia de que quienes compartían el mismo techo (P. y D.) en calidad de concubinos y con un hijo en común, no podían desconocer la actividad que allí se llevaba a cabo.

Advierto, tal como lo señala el impugnante, que el razonamiento esbozado por la Cámara de Apelación y Garantías es arbitrario, pues se desecha pruebas de alto valor incriminante, sin fundamento alguno y se le otorga valor a otros elementos, tales como la impresión de una testigo acerca de una actitud del imputado a quien no conocía previamente y la falta de un reconocimiento en rueda de personas, que en modo alguno desmerecen el valor inequívoco de los indicios antes mencionados.

El *a qua* descontextualiza el proceso de revisión de la sentencia rechazando, mediante la errónea y caprichosa apreciación de la prueba, el material probatorio obrante en autos por el cual se da cuenta, sin margen de duda, que O. A. P. fue el autor del hecho.

La hipótesis absolutoria del imputado, a partir de supuestas falencias en la etapa instructora, tal como la falta del reconocimiento en rueda de personas, que la Cámara consideró de vital importancia para definir el protagonismo autoral del imputado, se da de bruces con todo el material probatorio reunido y descripto en la presente causa.

Entiendo, a diferencia del tribunal *a quo*, que incluso si tal diligencia se hubiese realizado y el resultado favorecido al imputado, tal circunstancia no alcanzaría -teniendo en cuenta la natural reticencia de las víctimas y testigos para individualizar al quien explotaba la prostitución ajena, a

la que alude el propio tribunal- para desvirtuar todo el caudal probatorio incriminante, que resulta categórico a los efectos de demostrar la autoría responsable de O. P. en el hecho.

En ese contexto, puede afirmarse que la duda invocada en la decisión atacada no responde más que a una incorrecta valoración de la prueba, con manifiesto apartamiento de las reglas de la sana crítica.

Así, entiendo que las objeciones que plantea el Fiscal dan cuenta de la arbitrariedad de la decisión, pues no constituyen una mera discrepancia del apelante con la apreciación crítica de los hechos o la interpretación de las pruebas efectuadas por el *a quo*, sino que por el contrario ponen en evidencia que el razonamiento que sustenta la sentencia atacada se aparta de las reglas de la sana crítica de tal modo que consagra una solución manifiestamente contraria a las reglas de la lógica y la experiencia que rigen el correcto entendimiento judicial (cfr. Fallos: 289:495; 308:1825; 316:1877 y 335:729, entre otros).

La alzada departamental realizó una lectura fragmentada del fallo del órgano de juicio, restando injustificadamente valor a un conjunto de indicios que no podía conducir a otra conclusión que la de la activa intervención de P. en los hechos. De tal modo, que el órgano intermedio no brindó razones críticas y objetivas para apartarse, como lo hizo, de la valoración integral realizada en la sentencia de origen y tal déficit descalifica el acto jurisdiccional (cfr. P. 117.594, sent. de 28/9/2016).

Por otra parte, estimo acertado el criterio del recurrente cuando propone que el caso sea considerado desde la perspectiva de género.

La ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, firmada por 32 naciones latinoamericanas el 6 de septiembre de 1994 en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, a través de la Ley N.º 24.632, refuerza el reconocimiento a nivel nacional de la problemática de la violencia contra la mujer y profundiza la coordinación de acciones para eliminar las situaciones de violencia que afectan a todas las mujeres.

Dicho instrumento internacional establece, en su art. 2, que: "[s]e entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica" y en su art. 7 establece que "los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer".

Esta fuera de discusión, en el caso, que el hecho bajo juzgamiento se dio en un contexto de violencia de género, puntualmente en el marco de una explotación sexual de mujeres. Sin embargo, ninguna relevancia se asignó a este dato a la hora de descartar, con un razonamiento muy escueto y pobre, el protagonismo autoral del imputado.

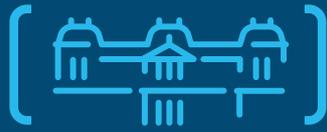
Esa forma de proceder implica, además de una manifiesta arbitrariedad, la exposición a un riesgo de incurrir en responsabilidad internacional que compete a los jueces evitar, como autoridades del Estado Argentino, circunstancia que estimo corresponde considerar en esta sede.

V. Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debe hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley examinado.

La Plata, 13 de septiembre de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 129.292-1

**"Altuve, Carlos Arturo -Fiscal- s/ recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley", fecha: 15/08/2017**



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

"Altuve, Carlos Arturo -Fiscal-
s/ recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley"

P 129.292-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala VI del Tribunal de Casación hizo lugar -parcialmente- al recurso presentado por la defensa particular de S. M. Q. contra el pronunciamiento dictado por el Tribunal Criminal N.º 1 del Departamento Judicial San Isidro, que había condenado al imputado como autor responsable de tentativa de homicidio agravado por el empleo de un arma de fuego.

En consecuencia, el órgano revisor casó el fallo de primera instancia y condenó al imputado como autor responsable del delito de lesiones graves calificadas por el empleo de un arma de fuego, fijando la pena en tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas (fs. 155/161).

II. Contra dicho pronunciamiento el Fiscal ante el Tribunal de Casación interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 163/173 vta.)

El recurrente denuncia la arbitrariedad de la sentencia en virtud de que el juzgador *a quo* aisló los elementos de cargo, recelando individualmente su eficacia probatoria y sin efectuar un estudio global de los mismos.

Además, sostiene que no se ha tratado adecuadamente el beneficio de la duda por el que se pronunció el tribunal revisor para cambiar la calificación legal, teniendo en consideración las concretas constancias de la causa. Añade que el *a quo* se remitió a la doctrina del precedente "Guzmán" de la sala revisora, sin explicar por qué resulta aplicable, lo que demuestra fundamentación aparente.

Afirma que se modificó la subsunción jurídica del hecho sin dar razón de los datos objetivos que surgen de los elementos de cargo colectados, a partir de los cuales los jueces de mérito demostraron razonablemente la existencia del dolo de matar. Resalta, a su vez, que para llegar a su conclusión el tribunal de la instancia valoró los dichos de M. S. P. y A. V. L., sin dejar de remarcar la circunstancia de que la víctima se autoincriminara en el debate, demostrando el grado de vulnerabilidad y sometimiento en el que se encontraba inmersa.

Tras destacar el resultado de la pericia con la que se acreditó que Q. resultó ser el autor del disparo, afirma que el inculpado procuró provocar la muerte de su concubina mediante la producción de un disparo dirigido hacia su humanidad, a corta distancia y hacia una zona del cuerpo humano -su abdomen- que alberga gran cantidad de órganos vitales, cuya afectación conlleva un serio compromiso para la sobrevivencia.

Expresa que el contexto en que se desarrolló el suceso -una disputa previa entre la pareja-, sumado a la selección del elemento utilizado para el ataque -un arma de fuego-, revelan el indubitable designio homicida del imputado.

Por otra parte, cuestiona que fuera valorada para descartar el dolo la ausencia de repetición de los disparos, indicando que sólo constituye una circunstancia conjetural. Afirma que el órgano casatorio se desentendió de la prueba presuncional con la que el tribunal de origen demostró la animosidad de matar del procesado.

En definitiva, afirma que el tipo penal del art. 79 del C.P. admite cualquier clase de dolo, razón por la cual la ley penal ha sido erróneamente aplicada en el caso, solicitando se condene a Q. en los términos de los arts. 41 bis, 42 y 79 del C.P.

Por último, el recurrente despliega una serie de argumentaciones para denunciar que el caso bajo análisis se encuentra enmarcado

en la problemática de la violencia de género, indicando la eventual responsabilidad que podría derivarse para el Estado Argentino. Invoca la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, así como la ley nacional N.º 26.485 -destinada a la protección integral de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres-, y la ley provincial N.º 12.569 de protección contra la violencia familiar.

III. El Tribunal de Casación declaró admisible el recurso extraordinario deducido (fs. 194/196), remitiéndose las actuaciones en vista a esta Procuración General.

IV. Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8, ley 14.442; art. 487, CPP).

Ello pues coincido con el impugnante en que la decisión del tribunal intermedio es arbitraria, circunstancia que ha derivado en la inobservancia de lo dispuesto por los arts. 42, 41 bis y 79 del Código Penal.

Comparto, en particular, las objeciones planteadas respecto de la valoración de la prueba indiciaria realizada en esa instancia de revisión respecto de la acreditación del dolo homicida. Cabe recordar que, salvo en los casos en los que exista una sincera manifestación del agente, el elemento subjetivo debe medirse por las circunstancias y el resultado de la acción, pues tratándose de la acreditación de un "hecho subjetivo", esto es aquellos que por su naturaleza no son perceptibles u observables en forma directa e inmediata, la proposición que afirma su existencia constituye un "juicio de inferencia" que se deduce de datos externos y objetivos (Luzón Cuesta, José M. El recurso de casación penal. pág. 55).

En el caso, es evidente que la decisión atacada se aparta del más elemental sentido común al considerar -tras haber descartado la hipótesis del intento de suicidio introducida por la defensa- que la realización intencional de un disparo con un arma de fuego, a corta distancia y dirigido hacia zonas vitales

del cuerpo de la víctima, no permite inferir la existencia de una voluntad homicida. Las reglas de la experiencia general indican que, salvo que concurra alguna excepcional circunstancia, ese comportamiento externo responde a la intención de causar la muerte del sujeto pasivo o, en todo caso, a la de lesionarlo seriamente asumiendo con indiferencia la producción del resultado muerte.

Por ello, y en la medida que cualquiera de esas alternativas abastece las exigencias típicas del art. 79 del C.P., que admite tanto el dolo directo como el eventual (conf. P. 112.567, sent. del 3/5/2012 y P. 112.321, sent. del 29/10/2014, entre otras) , el cambio de calificación operado en el caso no responde a un recto razonamiento y supone desconocer el valor de los relevantes elementos de prueba que permiten tener por satisfechas las exigencias subjetivas de la tentativa de homicidio (arts. 42 y 79, CP).

Ese vicio no puede ser subsanado con la referencia a la ausencia de repetición -cuando es sabido que ella no es requerida para conseguir el resultado, evitado en el caso por la oportuna y adecuada asistencia médica-; a la inexistencia de manifestaciones verbales indicativas de una voluntad homicida -que no concurren en la gran mayoría de los casos y que pueden ser suplidas por la inequívoca dirección de los hechos objetivos probados- o a la actitud tendiente a procurar la asistencia médica de la víctima -que puede responder, normalmente, a un intento de minimizar o atenuar las consecuencias de una actuación que el agente reconoce como ilícita y punible-.

En ese contexto, puede afirmarse que la duda invocada en la decisión atacada no responde más que a una incorrecta valoración de la prueba, con manifiesto apartamiento de las reglas de la sana crítica.

Así, entiendo que las objeciones que plantea el Fiscal impugnante dan cuenta de la arbitrariedad de la decisión, pues no constituyen una mera discrepancia del apelante con la apreciación crítica de los hechos o la interpretación de las pruebas efectuadas por el *a quo*, sino que ponen en eviden-

cia que el razonamiento que sustenta la sentencia atacada se aparta de las reglas de la sana crítica de tal modo que consagra una solución manifiestamente contraria a las reglas de la lógica y la experiencia que rigen el correcto entendimiento judicial (cfr. CSJN Fallos: 289:495; 308:1825; 316:1877 y 335:729, entre otros).

Por otra parte, considero acertado el criterio del recurrente cuando propone que el caso sea considerado desde la perspectiva de género.

La ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, firmada por 32 naciones latinoamericanas el 6 de septiembre de 1994 en la ciudad de Belem do Pará, Brasil, a través de la Ley N.º 24.632, refuerza el reconocimiento a nivel nacional de la problemática de la violencia contra la mujer y profundiza la coordinación de acciones para eliminar las situaciones de violencia que afectan a todas las mujeres.

Dicho instrumento internacional establece, en su art. 2, que: "[s]e entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; y en su art. 7 Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer".

Esta fuera de discusión, en el caso, que el hecho bajo juzgamiento se dio en un contexto de violencia de género, puntualmente en el

marco de una relación de pareja. Sin embargo, ninguna relevancia se asignó a este dato a la hora de descartar, con un razonamiento escueto y -a mi entender- viciado, la existencia del dolo homicida y delimitar, de ese modo, los alcances de la respuesta punitiva en la especie.

Esa forma de proceder implica, además de una manifiesta arbitrariedad, la exposición a un riesgo de incurrir en responsabilidad internacional que compete a los jueces evitar, como autoridades del Estado Argentino, circunstancia que estimo corresponde considerar en esta sede.

V. Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debe hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley examinado.

La Plata, 15 de agosto de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 129.642-1

**“Altuve, Carlos Arturo -Fiscal- s/ recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley”, fecha: 11/10/2017**



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

"ALTUVE, Carlos Arturo -Fiscal-
s/ recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley"

P 129.642-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal rechazó la queja interpuesta por la Fiscal Adjunta ante el Tribunal de Casación, contra la decisión de la Cámara de Apelación y Garantía que denegó el recurso de casación interpuesto por el Fiscal General departamental, efectuado contra la decisión de esa misma Cámara que confirmó la resolución dictada por el Juzgado en lo Correccional N.º 3 departamental, en cuanto dispuso hacer lugar a la solicitud de suspensión de juicio a prueba efectuada en favor de P. M. N. (v. fs. 33/36 vta.).

II. Contra esa resolución el Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 39/47).

Denuncia, en primer lugar, arbitrariedad por falta de fundamentación y tránsito aparente ante el Tribunal de Casación.

Señala el recurrente que en el presente caso, el órgano casatorio al declarar inadmisibile el remedio intentado lo hizo sobre la base de fórmulas dogmáticas y genéricas y, por lo tanto, en violación a las reglas del debido proceso legal, pues luego de postular que en el resolutorio cuestionado se había sido abastecido el derecho al recurso por la interposición del respectivo recurso de apelación, sostuvo que no se habían acreditado cuestiones federales que habiliten la apertura de la sede casatoria, justificándose la misma sólo en caso de arbitrariedad manifiesta.

Destaca que la dogmática expresión encarada por el Tribunal de Casación, al descartar la eventual concurrencia de supuestos excepcionales que justificaran habilitar la instancia, no abastece el *standard* de moti-

vación requerido en asuntos como el planteado en este caso.

Señala que, de ese modo, el control respecto de la fundamentación de la concesión de la *probation*, mediante argumentos que sólo exhiben un formalismo huero han vulnerado el debido proceso (art. 18, CN).

Aduce que contra lo sostenido por el Tribunal de Casación el Fiscal General denunció la existencia de una sentencia arbitraria.

Sostiene que, efectuando una interpretación sistematizada y global de la normativa nacional y de los documentos internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional, se demuestra el notorio interés de parte del Estado por perseguir y sancionar los delitos denominados legalmente como "violencia de género" y "violencia intrafamiliar" y la improcedencia, por tanto, de las salidas alternativas a la finalización de los procesos en debates orales y públicos, especialmente, en el caso del instituto de la *probation*.

Señala el recurrente que el Fiscal General fundó su reclamo expresando que la oposición que formulara a la concesión del instituto de la *probation* encontraba debido sustento en el hecho de tratarse de un caso de violencia de género, por lo que conceder la suspensión de juicio a prueba implicaba una palmaria violación de la legislación de jerarquía constitucional, pues constituiría una infracción a los deberes del Estado asumidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Esgrime que el Fiscal General hizo hincapié en el precedente "Góngora" de la C.S.J.N., en donde se estableció que la *probation* no será más una alternativa para evitar el juicio oral en lo que respecta a casos de violencia de género por ser incompatible con la mencionada Convención.

Expresa que cuando se requirió la elevación a juicio de la presente causa se indicó que con fecha 20 de mayo del 2015 siendo las 9:30 horas en la calle de Junín, P. M. N. -a pesar de tener pleno conocimiento de

que existía una prohibición de acercamiento respecto de M. D. D., dictada por el Juzgado de Familia, desobedeció la orden judicial acercándose a la nombrada insultándola y agrediendo físicamente (v. informe médico de fs. 27). Alertado el personal policial se presentó en el lugar, logrando la aprehensión del imputado.

Sostiene que basta con realizar una simple lectura del dictamen presentado por el Agente Fiscal, para concluir que las afirmaciones de los magistrados de casación referentes a que la oposición fiscal sería infundada y que la conducta del imputado no podría subsumirse dentro de un supuesto de violencia de género se apartan notoriamente de las constancias de la causa y que, por lo tanto, tornan a la sentencia en absurda y arbitraria.

Por otra parte, denuncia arbitrariedad por apartamiento de la doctrina legal aplicable e inobservancia de lo resuelto por la C.S.J.N. en el caso "Góngora" y violación al art. 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

Postula que no resulta irrelevante que el delito de desobediencia imputado a N. -por el que se ordenó que se conceda la suspensión de juicio a prueba- refiere al incumplimiento de una medida de protección dictada en el marco de la ley 12.569, ámbito al que trasciende e ingresa en el campo de la violencia de género. Entiende, en consecuencia, que se encuentra enmarcado en el compromiso asumido por el Estado argentino al firmar la Convención de *Belém do Pará*.

Añade que el mencionado art. 7 exige que las medidas no sólo sean dictadas sino que el Estado procure por todos los medios su cumplimiento, como modo de proteger a las mujeres. Esto no ocurre cuando la desobediencia de una orden de restricción de acercamiento dictado por un juez competente es tolerada por el Estado, adjudicando al imputado de incumplirla, una modalidad procesal alternativa al juicio oral, como ocurre con la suspensión de juicio a prueba.

Señala que sin olvidar el bien jurídico protegido por el

delito de desobediencia, en los casos de desobediencia a las órdenes de restricción de contacto dispuestas por el órgano judicial en el marco de la Ley de Violencia Familiar la situación es distinta, en tanto, al estar en juego el cumplimiento de una obligación emanada de una Convención internacional, no puede invocarse una norma de carácter interno (en éste caso, el título del C.P. en el cual se encuentra inserta la norma) para justificar el incumplimiento de la primera (art. 27 de la Conv. de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Esgrime que es preciso analizar la desobediencia denunciada bajo una perspectiva de género. En el caso, es indudable pensar que el imputado, más que pretender eludir la disposición judicial, ha pretendido mantener el contacto vedado, para lo cual ignoró la orden. La víctima que, por la imposibilidad de protegerse por sus propios medios, había solicitado protección, no pudo obtenerla ante la imposibilidad del aparato judicial de imponer su designio.

Expresa que de la propia descripción del hecho surge evidente que el mismo puede encuadrarse en el concepto de violencia de género. Además del contexto previo de la relación interpersonal entre el imputado y la víctima, el hecho descrito da cuenta de la violencia física, verbal, psicológica y simbólica ejercida sobre la víctima (art. 5, ley 26.485).

Señala que interpretar que el hecho narrado no constituye violencia de género, bajo el único argumento del título en el cual se inserta la figura, es un razonamiento arbitrario por descontextualizar el sentido de la norma prevista para el caso en el contexto de violencia de género que subyace en *sub lite*.

Por último, cita el precedente "Berio" de la Cámara Nacional de Casación Penal en apoyo a su planteo y solicita la interpretación correcta del art. 76 bis del Código Penal en armonía con el art. 7 de la Convención de *Belém do Pará*.

III. Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21

inc. 8, ley 14.442; 487, CPP) y a los amplios y fundados argumentos desarrollados por el recurrente, que comparto y hago propios, sumaré los siguientes.

El Tribunal *a quo* sostuvo que *"...la imputación efectuada a N. resulta ser la del delito de desobediencia, cuyo bien jurídico protegido es el normal y legal desenvolvimiento de la Administración Pública, no observándose en su descripción fáctica, más allá del origen del presente proceso con basamento en la supuestamente orden judicial violentada, que la conducta desarrollada pueda subsumirse dentro de un supuesto de violencia de género, no revistiendo las críticas efectuadas por la fiscalía entidad suficiente para revertir lo decidido"* (fs. 35 vta.).

Este es el punto central del agravio que trae el recurrente, pues lo que se pone en tela de juicio es si el hecho investigado encuadra en un situación de "violencia de género", en tanto plataforma fáctica no fue cuestionada.

Esa Suprema Corte de Justicia ha dicho, en un caso análogo al de autos, que *"[s]e advierte así que el órgano intermedio recortó la conducta de desobediencia atribuida, desconectándola arbitrariamente del objeto de la causa en la que se había dictado la restricción aludida. Y, en consecuencia, la finalidad que perseguía dicha restricción. Es claro entonces que para determinar si el hecho imputado debe quedar comprendido o no en los términos de la 'Convención de Belém do Pará', debió el juzgador analizar y ponderar -necesariamente- el contexto fáctico y jurídico, esto es, circunstancias anteriores y concomitantes, que dio motivo al dictado de la medida restrictiva. Ello así pues teniendo en consideración las obligaciones que surgen de aquella normativa internacional, en particular la de 'actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer' (art. 7.b de la Convención), la administración de justicia no puede permanecer ajena frente al incumplimiento de sus órdenes y medidas -en el caso, se trata de una desobediencia judicial- que justamente tienen como finalidad la prevención de episodios de violencia contra las mujeres, como es el caso de autos. Cabe señalar lo afirmado en ese sentido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto advirtió que 'la ineficacia judicial frente a casos individuales*

de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir'. Y ello, añadió la Corte, 'favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia' (Caso González y otras 'Campo Algodonero' vs. México, sentencia de 16-XI-2009)" (P. 128.468, sent. de 12/4/2017).

Dado ello, entiendo que el *a quo* ha realizado un incorrecto análisis jurídico de aquel, lo que provocó la errónea aplicación de la ley sustantiva.

La ley 24.632 aprobó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer que estableció en el art. 1 que *"debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"*.

En tanto, el art. 2 define los ámbitos en que se puede desarrollar aquella violencia, y especialmente se debe tener en cuenta aquella que tiene lugar *"dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual"*.

Por su parte, el art. 4 de la ley 26.485 -ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales-, estableció que *"[s]e entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad"*

personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes".

Por relación desigual, el decreto reglamentario 1011/2010 de la ley 26.485 indicó que se configura *"por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales."*

Cabe tener presente que en relación a los tipos de violencia especialmente tenidos en cuenta por esa ley, se fijó en el art. 5 inc. 2 que la violencia psicológica es aquella *"que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación"*.

En vista del plexo normativo citado entiendo que los actos llevados adelante por N., quien desobedeció la orden judicial acercándose a M. D. D. a quien insultó y agredió físicamente, encuadran perfectamente dentro de los parámetros establecidos al efecto por la normativa nacional e internacional como para encuadrar dicha situación dentro de un contexto de violencia de género.

La realización de un juicio, al margen de que su objetivo principal sea determinar la culpabilidad o no del autor, tiene en estos casos una especial consideración, tal como lo establece el art. 5 inc. "f" de la referida convención, donde se impuso como obligación al Estado la de *"establecer proced-*

imientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos".

Aquel juicio "oportuno", según la Corte Federal, "resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal" y "... la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de hechos que *prima facie* han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle" (cfe. fallo "Góngora, Gabriel Arnaldo", consid. 7°).

En efecto, "la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es "una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres", que "trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases" (caso "Favela Nova Brasilia vs. Brasil", sent. de 16/2/2017, Corte I.D.H., consid. 245).

De ese modo, entiendo que el tránsito de la pretensión fiscal por ante el Tribunal de Casación resultó aparente pues el mismo, sin atender a las particularidades del reclamo y dejando a un lado las cuestiones federales en juego, declinó entender en el asunto (conf. doctrina en causas P. 111.095, del 27/11/2013 y P. 108.993, del 2/3/2011, entre otras).

Por ende, la sentencia recurrida resulta, a mi juicio, viciada de arbitrariedad conforme el sentido que a esa expresión ha conferido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin que pueda reputarse la misma como una derivación razonada del derecho vigente, pues su fundamentación normativa, desconectada del derecho y la doctrina legal aplicable, se torna aparente

(CSJN Fallos 298:317, 306:626), presentando el pronunciamiento los graves defectos que lo descalifican conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN Fallos 314:791 y 320:2105, entre otros).

En esa misma línea, ha sostenido esta Procuración General que la arbitrariedad queda configurada cuando se advierte la inexistencia de calidades mínimas para que el caso impugnado constituya una sentencia judicial (op. en causas P. 85.319 del 6/3/2003; P. 69.173 del 21/10/2003; P. 89.939 de 24/6/2004 y P. 102.122 del 6/7/2009), entre otras circunstancias que, como ya lo señalara, aparecen evidenciadas en el presente legajo.

IV. Por todo lo expuesto, considero que VVEE deberían hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado por el señor Fiscal por ante el Tribunal de Casación, revocando la sentencia emitida por el Tribunal de Casación Penal y reenviando las actuaciones al órgano de juicio para que siga tramitando el proceso.

La Plata, 11 octubre de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 129.219-1

**“Altuve, Carlos Arturo -Fiscal- s/ recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley”, fecha: 13/09/2017**



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

"Altuve, Carlos Arturo -Fiscal-
s/ recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley"

P 129.219-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires resolvió casar la resolución impugnada y mantener la suspensión del juicio a prueba a favor de J. A. H. reenviando las actuaciones al juzgado de origen para que determine los términos y demás condiciones de implementación, debiendo considerar, de ser necesario, la imposición de la realización, por parte del encausado, de un tratamiento psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia (fs. 57/66).

II. Contra dicho pronunciamiento, el Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 79/89).

En primer lugar, señala que existe cuestión federal, por violación al art. 7 inc. "f" de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres -"Convención de Belém do Pará"- y tacha de arbitraria la sentencia atacada por fundamentación aparente y apartamiento de la doctrina legal aplicable -CSJN fallo "Góngora"-.

En tal sentido, sostiene que la resolución que ataca resulta contraria a las normas constitucionales y convencionales, a la par que desconoce, arbitraria e injustificadamente, la doctrina legal aplicable a los casos en que se ventile la posibilidad de otorgar la suspensión del juicio a prueba al imputado de un delito que constituye violencia contra las mujeres, como ocurre en los presentes hechos.

Señala que el recurso es procedente, desde que: a. la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado fallo "Góngora", estableció

que no resulta aplicable la suspensión del juicio a prueba respecto de imputados por delitos que involucren violencia contra las mujeres, pues resulta contraria a las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país a través de la "Convención de Belém do Pará"; b. el artículo 7° de la citada Convención; c. el Estado se ha obligado a tomar medidas de protección a las víctimas de violencia contra las mujeres y hacerlas cumplir, reseñando para ello el voto disidente del Dr. Maidana, d. el delito de amenaza imputado a H. ingresa en lo que se conoce como "violencia de género"; y e. la doctrina de la Cr.I.D.H y de la C.S.J.N establece que todas las esferas estatales se encuentran obligadas a adecuar sus prácticas a los estándares que surgen de los tratados de derechos humanos.

Por otro lado, expone que la interpretación realizada por el *a quo*, en torno a que el hecho imputado a H. no puede enmarcarse en una situación de violencia de género, resulta errada.

Considera que los arts. 4 y 5 de la ley 26.485 incluyen dentro de los hechos como violencia de género el aquí imputado, sin que se requiera que la conducta sea "reiterada" o que entre el "agresor/agredido" exista una situación persistente de violencia, como sí parece exigir el fallo impugnado. Añade que un sólo hecho -acción u omisión- constituye violencia de género, por lo que el argumento utilizado fue antojadizo y arbitrario.

Agrega que en el informe ambiental de fs. 4/5, citado en la requisitoria de elevación a juicio, surgen los actos de violencia, tanto físicos como psíquicos y emocionales, que tenían frecuencia diaria y se habían incrementado en los últimos meses.

Señala que resulta ineficaz otro argumento utilizado por el Tribunal intermedio, vinculado a que la víctima expresó que con posterioridad al hecho denunciado no existieron inconvenientes. El recurrente sostiene que tal circunstancia no quita en absoluto entidad al hecho de violencia que la tuviera como protagonista y que el propio sentenciante reconoció.

En otro andarivel, considera incoherente que se aliente a las mujeres a denunciar hechos de violencia de género, para luego exigir circunstancias no requeridas por la ley, tales como la "reiteración" o "persistencia de la situación de violencia".

Arguye que la interpretación efectuada por el *a quo* desatiende las obligaciones que surgen del art. 7 de la Convención de Belém do Pará, vinculadas a la adopción de medidas tendientes a evitar que las mujeres víctimas de violencia sean hostigadas, intimidadas, dañadas y puestas en peligro su vida, como también a protegerlas.

Destaca que un sólo hecho de violencia contra la mujer debe ser investigado y juzgado de conformidad a la normativa vigente, sin que ello ocurra cuando la amenaza e insultos proferidos contra ella son tolerados por el Estado, otorgándose alternativas al juicio oral, como lo es la suspensión de juicio a prueba. Cita el caso "González Herrera y Ramos vs. México", conocido como "Campo Algodonero" de la CIDH.

Concluye que la sentencia del Tribunal de alzada incurrió en un desplazamiento de la doctrina de la Corte Federal, como también se inclinó por una interpretación de la norma de fondo (art. 76 bis) que viola las obligaciones internacionales por el Estado Argentino. Añade que el cuestionado pronunciamiento desconoció el dictamen presentado por el Agente Fiscal, el que reunía los requisitos de motivación, razonabilidad y coherencia, el que debe ser tenido como vinculante, sin que la conformidad prestada por la víctima pueda erigirse como excepción a los compromisos asumidos estatalmente.

Por todo lo expuesto, requiere que se haga lugar al recurso interpuesto y se case la sentencia impugnada.

III. Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8, ley 14.442; 487, CPP). A los fundados argumentos desarrollados por el

recurrente, que comparto y hago propios, ampliaré los siguientes.

En primer lugar, cabe tener presente el hecho aquí investigado, el que según la requisitoria de elevación a juicio tuvo por probado el Ministerio Público Fiscal que "*...el día 06 de octubre de 2013, siendo aproximadamente las 09:30 hs., en circunstancias en que se encontraba en el interior del domicilio sito en calle ... nro. ... de este medio, [profirió] términos amenazantes, a M. F. C., al referirle: '...que se cuidara cuando saliera afuera, tendría una soga para ella...'; asimismo le refirió por intermedio de la madre de ésta: '...tu hija es una p... te voy a matar, me tiene re podrido, quiero la tarjeta y me voy, quiero la tarjeta y me voy...'* luego continuó con todo tipo de agresiones verbales al mismo tiempo que sostenía con ambos brazos una silla intentando agredirla sin lesionarla" (fs. 54 y vta.). Tales extremos, evidentemente fueron confirmados por el Juez de Garantías N.º 1 del Departamento Judicial Bahía Blanca, desde que la audiencia prevista en el art. 338 del C.P.P. se realizó ante el órgano de juicio.

En aquella audiencia, desarrollada ante el Juzgado Correccional departamental en fecha 19 de noviembre de 2015, la defensa requirió la suspensión del juicio a prueba por el plazo de dos años, cumplimiento de reglas básicas y en concepto de reparación, las disculpas del caso. Agregó esa parte que su asistido carece de antecedentes penales y que la denunciante y el denunciado tienen actualmente buena relación, añadiendo finalmente que el Fiscal Dr. Eduardo Zarategui propuso como mecanismo alternativo al juicio oral la suspensión de juicio a prueba (v. fs. 2).

Por su parte, la víctima manifestó que estaba de acuerdo con la suspensión de juicio a prueba, que no fue presionada a tomar esa decisión, pues no hubo inconvenientes posteriores, y que tiene un hijo en común. En tanto, el Ministerio Público Fiscal se opuso a la concesión de la suspensión de juicio, pues el hecho encuadra como "violencia de género". Agregó que la acción penal es "pública" y que la opinión de la víctima no "determinante", amén de los compromisos internacionales para prevenir, sancionar y erradicar

los delitos de violencia contra la mujer., citando la Convención de Belém do Pará y el fallo "Góngora" de la C.S.J.N.

A partir de allí, el Juzgado Correccional concedió la suspensión de juicio a prueba, la que fuera revocada por la Cámara de Apelación y Garantías; y finalmente el Tribunal de Casación Penal revocó la decisión de la Cámara, por lo que mantuvo la suspensión de juicio y reenvió las actuaciones al órgano de juicio para que determine las condiciones para implementarla.

El Tribunal *a quo* sostuvo que lo acontecido "no permite sin más incluir el hecho materia de reproche en un hipotética situación de violencia contra la mujer en razón de su género, vale decir aquella violencia ejercida por su condición de mujer, sino una situación encuadrable en el supuesto de 'violencia' contra una mujer, que no obstante tratarse de una de las formas que son proscriptas por la legislación nacional debe medirse con un distinto alcance de restricción.// Tampoco abastecen ese cometido las razones esgrimidas por el fiscal en el marco de la audiencia citada, donde explicitó que el imputado habría amenazado a su ex mujer, acompañado de agresión física e insultos denigrantes (...) Tal criterio, luego acogido por la resolución que se impugna, no argumentó de manera suficiente, tanto en atención a una eventual reiteración, ni a supuestos que permitan identificar como suficientemente comprobada una relación de 'violencia' que caracterizara a la relación marital o que más allá del hecho materia de reproche, se estuviera frente a una situación persistente de violencia; en cualquier caso por su condición de mujer por el contrario en el contexto de lo concretamente acontecido, no percibo que la situación de violencia acaecida responda a una cuadro donde haya primado esa forma relacional, todo parece indicar que se trató de un episodio aislado, y observado desde una perspectiva de género no alcanza a ingresar bajo la exigencia de su acaecimiento en razón de su condición de mujer ni en función de una posición prevalente del sujeto activo que considere a la misma como una suerte de objeto de su propiedad" (fs. 60/61).

Este es el punto central del agravio que trae el recurrente, pues lo que se pone en tela de juicio es si el hecho investigado encuadra en un situ-

ación de "violencia de género", pues la plataforma fáctica no fue cuestionada.

En primer lugar, tiene dicho esa Suprema Corte de Justicia que *"para determinar si el hecho imputado debe quedar comprendido o no en los términos de la 'Convención de Belém do Pará', debió el juzgador analizar y ponderar -necesariamente- el contexto fáctico y jurídico.... Ello así pues teniendo en consideración las obligaciones que surgen de aquélla normativa internacional, en particular la de "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer" (art. 7.b de la Convención), la administración de justicia no puede permanecer ajena frente al incumplimiento de sus órdenes y medidas -en el caso, se trata de una desobediencia judicial- que justamente tienen como finalidad la prevención de episodios de violencia contra las mujeres, como es el caso de autos." (causa P. 128.468, sent. de 12/04/2017).*

Entiendo que el *a quo* analizó correctamente el contexto fáctico; pero el problema que advierte el recurrente, y que acompaña esta Procuración General, es que hizo un incorrecto análisis jurídico de aquel, lo que provocó la errónea aplicación de la ley sustantiva.

La ley 24.632 aprobó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención de "Belém do Pará"-, estableció en el art. 1 que *"debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"*.

En tanto, el art. 2 define los ámbitos en que se puede desarrollar aquella violencia, y especialmente se debe tener en cuenta aquella que tiene lugar *"dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual"*.

Por su parte, el art. 4 de la ley 26.485 -Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los

ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales-, estableció que "[s]e entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes".

Por aquella "relación desigual", el decreto reglamentario N.º 1011/2010 de la ley 26.485 indicó que se configura "por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales."

Cabe tener presente que en relación a los tipos de violencia especialmente tenidos en cuenta por esa ley, se fijó en el art. 5 inc. 2 que la violencia psicológica es aquella "que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación".

En vista de este plexo normativo citado entiendo, al igual que el recurrente, que no existe exigencia alguna vinculada a la "reiteración" de actos violentos, ni tampoco que la "violencia" tenga por naturaleza una "situación de persistencia". En efecto, una situación "aislada" -como sostuvo el *a quo*-, ya configura *per se* una situación de violencia.

Por otro lado, la inexistencia de inconvenientes posteriores y la manifestación de la víctima conectada a su consentimiento válido de concederse la suspensión de juicio a prueba, no anula aquel episodio aislado "violento", pues lo que pretende el marco normativo ya referido es, entre otras finales, "erradicar" las prácticas "socioculturales" que ejerzan violencia contra la mujer. A todo evento, esas circunstancias podrán ser tenidas en cuenta al momento de individualizar la pena (cfe. art. 41 del C.P.), si fuera condenado.

Señaló también el *a quo* que *"la continuación del proceso penal, en este caso particular y en función de las circunstancias anotadas, no creo que contribuya a una adecuada respuesta desde el Estado para la pacificación del conflicto. Por el contrario, la imposición de una pena breve de prisión -bajo cualquiera de sus dos modalidades de cumplimiento- como la calculable en base a la escala penal del ilícito imputado, no parece adecuarse a los parámetros preventivos especiales receptados en el artículo 1 de la ley de ejecución penal, para el hipotético caso de ser condenado"* (fs. 61 vta./62).

Sobre ello cabe decir que es prematuro afirmar tales consideraciones desde que todavía es posible que exista una veredicto absolutorio.

La realización de un "juicio", al margen de que su objetivo principal que es determinar la culpabilidad o no del autor, tiene en estos casos una especial consideración, tal como lo establece el art. 5 inc. "f" de la referida convención, donde se impuso como obligación al Estado la de *"establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos"*.

Aquel juicio "oportuno", según la Corte Federal, *"resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal"* y *"... la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio*

procesal la existencia de hechos que *prima facie* han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle" (cfe. fallo "Góngora, Gabriel Arnaldo", consid. 7°).

Es evidente que la obligación impuesta por una Convención Internacional al Estado Argentino (realizar un juicio oportuno), no puede ser desatendida por considerar a la pena prisión como "no adecuada" conforme los parámetro de la ley de ejecución penal.

Ese argumento, en primer término y como ya se dijo, es un adelantamiento de lo que puede ocurrir y está desprovisto de desarrollo argumental, desde que no explica por qué una pena de prisión, aún breve, no se adecúa a los fines preventivos especiales

Cabe considerar, en el hipotético caso de resultar una "sentencia condenatoria", que la escala penal prevista para el delito de amenaza tiene una pena prevista de seis (6) meses a dos (2) años de prisión (art. 149 bis, CP), y en vista de que el encartado no tiene antecedentes penales, permite la procedencia del instituto previsto en el art. 26 del C.P. (en donde se podrán fijar reglas de conducta vinculada a la materia en trato, tales como realizar "cursos de perspectivas de género"), desvirtúa aún más aquel argumento.

En segundo término, el *a quo* se excedió en sus funciones jurisdiccionales, pues con el simple argumento de que "*en la solución que propugno hay una intervención del Estado que, en mi parecer, resulta -en el particular- con aristas más constructivas que apelar sin más a una solución punitiva*" (fs. 62), se aparta claramente de las soluciones normativas internacionales y nacionales, como también de la interpretación de la Corte Federal, que se brindan a este tipo de casos.

En efecto, "*la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es "una ofensa a la dignidad*

humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases” (caso "Favela Nova Brasilia vs. Brasil", sent. de 16/2/2017, Cr.I.D.H, consid. 245).

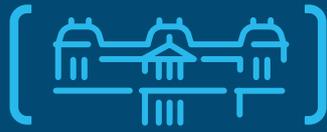
Finalmente, cabe decir que el hecho materia de investigación, y con la provisoriedad que amerita el caso, cuadra en los perfiles de una violencia de género, desde que la conducta imputada a H. se encuentra inserta en una "relación interpersonal" que produjo "sufrimiento psicológico" basado en una "relación desigual de poder" producto de "prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones".

IV. Por todo lo expuesto, considero que VVEE deberían hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado por el señor Fiscal por ante el Tribunal de Casación, revocando la sentencia emitida por el Tribunal de Casación Penal y reenviar las actuaciones al órgano de juicio para siga tramitando el proceso.

La Plata, 13 septiembre de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 128.468-1

**“Altuve, Carlos Arturo -Fiscal- s/ recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley”, fecha: 24/02/2017**



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

"Altuve, Carlos Arturo – Fiscal-
recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley"

P 128.468-1

Suprema Corte de Justicia:

I. El Titular del Juzgado en lo Correccional N.º 1 del Departamento Judicial Bahía Blanca no hizo lugar a la suspensión del proceso a prueba solicitada por J. C. B. (ver fojas 16/18).

Por su parte, la Sala Primera de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del mismo Distrito Judicial no hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la Defensa Oficial y confirmó la resolución recurrida (ver fojas 30/34).

Frente a esa decisión, la Defensa Pública presentó recurso de casación, acogido por la Sala Quinta del órgano intermedio que casó la resolución dictada, por haberse aplicado erróneamente los artículos 76 bis del Código Penal y 1º de la Convención de Belém do Pará, reenviando las actuaciones para que se dicte un nuevo pronunciamiento (ver fojas 66/70).

Ante ello, el señor Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que fue declarado admisible por el revisor (ver fojas 75/81 y 86/89).

II. El impugnante aduce violación del artículo 7 inc. "f" de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (Convención de Belém do Pará). Asimismo, afirma la existencia de arbitrariedad por fundamentación aparente, apartamiento de la doctrina legal aplicable e inobservancia de lo resuelto por la Corte Federal en "Góngora".

Dando contenido a su reclamo refiere que el fallo dado

por la Casación resulta contrario a normas constitucionales y convencionales, desconociendo arbitraria e injustificadamente la doctrina legal aplicable a los casos en los que se ventile la posibilidad de otorgar la suspensión del proceso a prueba a imputados de un delito que constituya violencia contra las mujeres.

Destaca que en “Góngora” el Máximo Tribunal de la Nación estableció que no resulta posible la aplicación del instituto mencionado respecto de imputados por delitos que involucran violencia contra las mujeres, declarando que en esos casos la aplicación del art. 76 bis CP resulta contraria a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino.

Agrega que, en el caso, no resulta irrelevante que el delito de desobediencia imputado a B. se refiera al incumplimiento de una medida de protección dictada en el marco de la ley de violencia familiar (ley 12.569) y trascienda a la misma e ingrese en lo que se conoce como violencia de género y, por ende, se encuentre enmarcada en el compromiso asumido por el Estado al firmar la Convención de Belém do Pará.

Subraya que a la luz del contenido del art. 7 de la Convención mencionada no es válida la interpretación efectuada por los casacionistas, al desentenderse de las obligaciones allí fijadas en punto a adoptar todas las medidas de protección para evitar que las mujeres víctimas de violencia sean *hostigadas, intimidadas, amenazadas, dañadas y puesto en peligro su vida*.

Agrega que la mencionada norma exige que las medidas no sólo sean dictadas, sino que el Estado debe procurar por todos los medios su cumplimiento, como modo de proteger a las mujeres, y eso no ocurre cuando la desobediencia de una orden de restricción de acercamiento dictada por un juez competente, es tolerada por el Estado, adjudicando al imputado de incumplirla, una modalidad procesal alternativa al juicio oral, como ocurre con la suspensión del proceso a prueba.

Prosiguiendo con su alegato, el recurrente cita el fallo

“Campo Algodonero” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto estableció que las prácticas judiciales que favorecen la impunidad de los casos de violencia contra las mujeres, contribuyen a crear una sensación de impunidad respecto de estos delitos, que crea el marco habilitante para que la violencia se siga cometiendo e incluso incrementado.

Afirma que esa es la consecuencia que se deriva del fallo dictado por la Casación pues, si quien desobedece una orden de restricción dictada por violencia contra las mujeres no es sometido a juicio oral y eventualmente condenado, sino que es beneficiado con una suspensión del proceso a prueba que eventualmente extinguirá la acción sin que queden antecedentes en su contra, es evidente que se crea el mencionado marco de impunidad que la Corte Interamericana sancionó.

Destaca que la Casación desconoció por completo el contenido del dictamen presentado oportunamente y los sólidos fundamentos vertidos en el por el Agente Fiscal interviniente para oponerse a la viabilidad de la suspensión del proceso a prueba. Agrega que el fallo se apartó de las constancias del legajo para afirmar que la conducta desplegada por B. no podía subsumirse dentro de un supuesto de violencia de género y que en todo caso esa subsunción no había sido debidamente fundada por el Fiscal.

Para rebatir esa postura, el impugnante reedita el hecho descripto en la requisitoria de elevación a juicio y los fundamentos expuestos en la misma; tras ello expresa que basta la simple lectura de ese dictamen para verificar el apartamiento en que incurrió el juzgador para determinar que la oposición fiscal sería infundada y que la conducta imputada no puede encuadrarse dentro de un supuesto de violencia de género, revistiendo de tal manera a lo decidido de arbitrario.

Subraya que no desconoce el bien jurídico tutelado por el tipo penal de desobediencia, pero que en los casos en que esa desobediencia

se vincula a las restricciones de contacto dispuestas por el órgano judicial en el marco de la ley de violencia familiar, la situación es diferente y merece otra respuesta que al estar en juego el cumplimiento de una obligación emanada de una Convención internacional, no puede invocarse una norma de carácter interno (art. 76 bis CP) para justificar el incumplimiento de la primera (art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Agrega que resulta necesario analizar la desobediencia en cuestión bajo una perspectiva de género; así, es indispensable pensar que el imputado, más que pretender eludir la disposición judicial, pretendió mantener el contacto vedado, para lo cual ignoró la orden. De ese modo, la víctima que había solicitado protección (por la imposibilidad de protegerse por sus propios medios), no pudo obtenerla ante la imposibilidad del aparato judicial de imponer su designio.

Refiere que de la propia descripción del hecho surge evidente que el mismo puede encuadrarse en el concepto de violencia de género, además del contexto previo de la relación interpersonal entre el imputado y la víctima, la frase *“pará hija de puta, seguro que tenés otro, no voy a parar hasta que vuelvas conmigo”* da cuenta de la violencia verbal, psicológica y simbólica ejercida sobre la víctima.

De ese modo, dice, interpretar que el hecho narrado no constituye violencia de género, sólo bajo el argumento del título en el cual se inserta la figura penal, es un razonamiento arbitrario por descontextualizar el sentido de la norma prevista para el caso en el contexto de violencia de género que subyace al sub lite.

Concluye su relato destacando que la interpretación correcta del art. 76 bis del CP en armonía con el art. 7 de la Convención de Belém do Pará, prohíbe la aplicación de mecanismos alternativos al juicio oral en todo delito que involucre violencia contra las mujeres, incluidos los que hacen al cumplimiento de medidas de protección.

III. Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal (arts. 487 segundo párrafo del CPP, art. 21 incs. 7 y 8 de la ley 14.442).

A los argumentos desarrollados por el impugnante, que comparto y hago propios en este acto, simplemente añadiré lo siguiente.

Tal como lo resaltara el apelante en su remedio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó en el fallo "Góngora, Gabriel Arnaldo" que la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estado procesal la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle, sin poder obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el "acceso efectivo" al proceso al que hace referencia el artículo 7 inciso f) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria, cuestión que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba.

Por otra parte, en relación al contenido del artículo 76 bis del Código Penal, en cuanto exige el consentimiento fiscal en su cuarto párrafo, esa Corte ha aclarado los alcances del mismo al pronunciarse en P. 125.430, S. 07.09.2016) indicando que: *"..., el propósito que ha animado a la disposición legal en examen, en cuyo trámite parlamentario se expresó que no basta el cumplimiento de condiciones objetivas para ser merecedor de tal beneficio, sino que se requiere además una valoración subjetiva que deberá hacer el Agente Fiscal sin cuya aprobación no podrá concederse la suspensión del juicio a prueba (ver Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, 8ª reunión,*

del 16 de junio de 1993, Inserción solicitada por el señor Diputado Sodero Nievas ya citada, pág. 1448).”

Asimismo, expresó que: “*En los delitos de acción pública el recaudo en cuestión tiene su razón de ser; por más que deban ser los jueces quienes decidan otorgar o no el beneficio, sin que quepa privilegiar la decisión de las partes por sobre la de los tribunales. // Pero la atribución de controlar la motivación y la razonabilidad de la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal no autoriza al juez a sustituirla por la suya, tal como ocurrió en el **sub lite** al omitir analizar y demostrar que la oposición en el caso hubiese sido irrazonable o infundada.*” (conf. doctrina en P. 125430, cit.).

En el presente caso, como lo expuso el recurrente, el Agente Fiscal interviniente puso de resalto la razonabilidad de su disconformidad con la suspensión del juicio a prueba respecto de B. con sustento en razones de política criminal vinculadas con que el hecho atribuido debe enmarcarse dentro de los parámetros de violencia de género, vinculándola adecuadamente con el encuadre legal dado a ese evento, y consecuentemente en los términos de la Convención de Belém do Pará.

De ese modo, estimo que el Tribunal de Casación dispuso dar andamio a la suspensión del juicio sin demostrar que la oposición del Fiscal careciera de motivación, ignorando además los argumentos que dieron pábulo para negar su consentimiento, según el contenido del acta de la audiencia del art. 404 CPP celebrada; sustituyendo claramente la opinión diversa del Fiscal para posibilitar el avance en la pretensión del aquí imputado.

Todo ello, evidencia un claro y severo apartamiento de las constancias comprobadas de la causa, que tornan arbitrario el pronunciamiento dado, conforme la doctrina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene elaborada al respecto (Fallos: 301:978; 311:948 y 2547; 313:559; 315:29 y 321:1909).

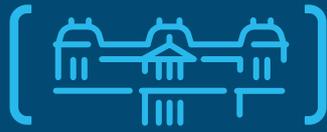
IV. Por lo expuesto, aconsejo a esa Corte acoger el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley presentado por el señor Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal y dejar sin efecto el pronunciamiento dado por ese órgano intermedio.

Así dictamino.

La Plata, febrero 24 de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 128.556-1

**"G., G. Particular Damnificada s/ recurso de queja",
fecha: 01/11/2017**



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

"G., G. -Particular Damnificada- s/ recurso de queja"

P 128.556-1

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires rechazó por improcedente la queja interpuesta por G. G., en su carácter de Particular Damnificada y en representación de su hija menor de edad C. C., y entendió bien denegado el recurso de casación interpuesto por esa parte. Además, rechazó, por inadmisibile, el recurso de casación presentado por la Asesora de Incapaces, Dra. Ida Ariana Sherman (v. fs. 87/95 vta.).

II. Contra esa decisión interponen sendos recurso extraordinarios de inaplicabilidad de ley la particular damnificada (v. fs. 101/114) y la Asesora de Incapaces (v. fs. 117/147 vta.)

a) Recurso extraordinario de inaplicabilidad interpuesto por G. G.

Denuncia, en primer lugar, errónea aplicación de la ley, arbitrariedad por fundamentación aparente y violación de la doctrina legal vigente.

Critica que el órgano *a quo* haya entendido que no se corroboró la existencia de los requisitos de impugnabilidad objetiva en el marco del art. 450 del Código Procesal Penal. Ello por cuanto plantea que el derecho a recurrir no solo es un derecho del imputado sino también de la víctima.

Luego plantea que es erróneo el argumento que postula que como el representante del Ministerio Pupilar no fue parte al momento en que se dictó la resolución atacada, no puede ser parte en el recurso, pues justamente la Asesora de Menores planteó la nulidad de las actuaciones por la ausencia de intervención en el proceso, a partir de lo que surgiría del art. 59 del Código

Civil vigente en el momento de radicar la denuncia.

La norma citada establecía que *"los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial... en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación"*. En virtud de la misma, se entendía que la actuación de dicho Ministerio era de control y asistencia simultánea a la de otros representantes legales.

Transcribe, luego, el voto mayoritario dictado en una reciente sentencia de esa Corte. En lo que interesa destacar afirma que el rol del Asesor de Menores desde la incorporación a nuestra Constitución Nacional de ciertos Tratados de Derechos Humanos ha adquirido cierta preponderancia en pos de asegurar el pleno ejercicio del acceso a la justicia en razón de la edad, distinguiendo a los infantes como un grupo separado de los adultos. Además el Código Civil y Comercial vigente posiciona de mejor modo a la tarea del Asesor de Menores en relación al Código Civil derogado dado que la califica de principal cuando los derechos de los representados estén comprometidos y exista inacción de los representantes.

Señala que, en el caso, la participación de la Asesora de Incapaces deviene necesaria y, en consecuencia, su falta de intervención provoca lo nulidad de lo actuado.

Concluye afirmando que la sentencia incurre en inobservancia del art. 59 del Código Civil al desconocer su aplicación por completo. Por lo tanto, el Tribunal de Casación debió haber casado la sentencia ordenando la aplicación del art. 103 del Código Civil y Comercial actual y decretando la nulidad de lo actuado.

Por otro lado, alega que la sentencia atacada le dio un sentido distinto al fallo que se intentaba casar, por lo que terminó resolviendo

que no hubo arbitrariedad ni gravedad institucional.

Transcribe lo dicho por ese fallo en cuanto a que "[e]l término legal para que opere la misma -la extinción de la acción- ha transcurrido, sin que haya sido interrumpido ni exista causal de suspensión, por lo que habría que resolver que la declaración de la prescripción de la acción se encuentra ajustada a derecho".

Entiende que, para llegar a esa afirmación, la magistratura debió encuadrar los hechos imputados dentro de un tipo penal -que esa parte desconoce- y desde allí argumentar sobre el plazo de prescripción. Agrega que al referirse al término legal no se está refiriendo al plazo razonable.

Señala que el delito investigado es un delito contra la integridad sexual, con lo cual, al menos el hecho estaría tipificado en el art. 119 cuarto párrafo inc. "b" del Código Penal que prevé una pena de 8 a 20 de prisión o reclusión. En virtud de ello, la extinción de la acción se produciría recién en el año 2021, atento la descripción de los hechos que surge de la denuncia del año 2008.

Afirma que no puede extinguirse la acción antes del tiempo fijado por la ley penal de fondo, menos aun cuando el archivo de las actuaciones fue establecida por la Fiscal ante la imposibilidad de realizar la medida de la Cámara Gesell con la víctima.

Agrega, citando los fundamentos de la ley 23.705, que es muy difícil poder enfrentar este tipo de acciones en la adolescencia o juventud y no porque la víctima no quiera sino porque no puede, dado que recién una vez adquirida la mayor edad, es cuando se encuentra psicológicamente en condiciones de poder instar la acción penal. Por lo tanto, si bien transcurrió un lapso considerable de tiempo desde la comisión del hecho hasta la fecha, la circunstancia de no haber transcurrido el plazo para determinar el cese de la potestad punitiva estatal impide la procedencia del reclamo.

Además, entiende que no puede afirmarse que la dura-

ción del proceso fue excesiva de una manera dogmática y en abstracto, sino que es necesaria una evaluación del caso concreto y su complejidad, y en la causa ha habido dificultades tales como la imposibilidad de tomarle declaración testimonial a C.- por existir otras pruebas. Precisamente esta situación pesa contra ella, puesto que si en un futuro pretende, puede o necesita declarar la causa no podría ser reabierta, lo cual es insostenible.

Señala que la acción no se encuentra prescripta ya que la excesiva duración del proceso no constituye un supuesto autónomo de extinción de la acción, ni importa una excepción a los términos de la prescripción.

Cita, luego, un precedente del Tribunal de Casación Penal donde se dijo, en esencia, que "[e]l 'plazo razonable' al que alude la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] no es propiamente un plazo cuyo vencimiento opere un día determinado a partir del cual resulte ilegítima la continuación del proceso. Antes bien, constituye una exigencia de celeridad en la tramitación de los juicios que, cuando es incumplida, obliga a las autoridades judiciales a tomar medidas tendientes a agilizar el trámite hasta lograr una resolución pronta de la causa (...) El sobreseimiento, desde esta perspectiva, constituye tan solo un remedio extremo cuya aplicación quedaría reservada como alternativa eventual frente a casos excepcionales en los que ya no resulte tolerable el más mínimo grado de coerción que pueda emanar de un proceso." (TCP, Sala I, 496 RSD-355-00, sent. de 26/9/2000).

Por último, cuestiona que se haya rechazado el recurso de casación por no considerar la violación del principio del interés superior del niño como una cuestión federal.

Cuestiona que los jueces hayan entendido que el interés superior del niño quedaba fuera del ámbito de aplicación de los magistrados penales y que en caso de enfrentarse a la tensión de este principio y la garantía del debido proceso penal debía estarse por salvaguardar este último.

Recuerda que la Corte Suprema entendió que el interés superior del niño implica la prevalencia de los derechos de los niños y niñas en caso de que exista un conflicto concreto e individual. De esa forma se concilia la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes con la legislación provincial.

Concluye alegando que ello basta para entender que se configura, en el caso, cuestión federal suficiente.

b) Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Asesora de Incapaces.

Luego de realizar un minucioso *racconto* de lo sucedido en la causa, alega violación al debido proceso de los niños, niñas y adolescentes.

Alega que la investigación penal preparatoria no exhibe ningún norte, salvo el testimonio de la víctima en sede judicial. Así se consume el plazo razonable en perjuicio de la niña. Entiende que no se ha brindado un ámbito propicio para recoger el testimonio judicial de la niña. Plantea que resultó materia de conflicto judicial la aplicación acorde a la letra del Protocolo de Recepción de Testimonio. Postula que otro punto en crisis es que no se han valorado las pruebas reunidas en el contexto de la litis.

Señala que si en cada práctica procesal se realiza un debate que consume el tiempo del proceso y después se lo cataloga de "no razonable", no se cumple con la finalidad del servicio de justicia: alcanzar la verdad, reparar el daño y evitar su repetición.

Agrega que la sentencia atacada no contempla las especiales características del contexto y de la persona titular del derecho, careciendo de argumentación jurídica con perspectiva de derechos humanos. Alega que la condición de niña y el tipo de delito imputado imponen un doble enfoque, por edad y por género, y que ello debiera tener un enfoque específico teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de C.

Afirma que la sentencia y lo actuado en el presente litigio no hace valoración alguna sobre el contexto de la víctima.

Postula que no debe contraponerse la garantía a ser juzgado en un plazo razonable, que beneficia al imputado, con las garantías de la víctima, dado que el reconocimiento de una garantía no puede anular, al mismo tiempo, otra de igual jerarquía.

Gran parte del tiempo se agotó en la exigencia y búsqueda de reconocimiento del respeto y realización de los requisitos mínimos de las garantías de la niña en el proceso con condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad y ello no fue valorado en la sentencia impugnada.

Por último, alega que el caso reviste gravedad institucional por vulnerarse el debido proceso, el interés superior del niño, el derecho a ser oído, el derecho a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, el derecho a la no discriminación y a la educación en un contexto de igualdad en la familia.

III. El Tribunal de Casación declaró inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos (v. fs. 175/178) y las recurrentes articulaban las quejas correspondientes, las que fueron acogidas por esa Suprema Corte, que las admitió y concedió ambos recursos (v. fs. 274/276 y 316/318).

IV. Considero que el recurso extraordinario interpuesto por la Asesora de Menores debe ser acogido.

Ello así pues considero que los planteos que la representante del Ministerio Público llevara al Tribunal de Casación, al impugnar la decisión de la alzada departamental que confirmó el sobreseimiento del imputado, revestían entidad federal suficiente y, habiendo sido planteados oportunamente y por parte legitimada al efecto, deberían haber sido abordados por el tribunal intermedio, para asegurar un adecuado tránsito hacia la instancia federal de excepción en los términos del art. 31 de la C.N. y su doctrina.

En efecto, los planteos que la Asesora sometiera al tribunal intermedio, vinculados al principio de prioridad de exigibilidad de protección jurídica y al interés superior del niño -arts. 5 inc. 2 de la ley 26.061; 3 y 5 de la C.D.N. y 129 de la C.A.D.H.-, como pautas de análisis ineludibles para determinar, con expresa consideración de las circunstancias del caso, los alcances del derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable; a la particular situación de vulnerabilidad de su representada y a las obligaciones asumidas por el Estado nacional al respecto (conforme lo dispuesto en la C.D.N. y la Convención de Belém do Pará); a la legitimación de la Asesora de menores como representante promiscua de la víctima de autos y, por último, a la arbitrariedad de la sentencia de origen y de la decisión de la Cámara departamental por fundamentación aparente; revisten entidad federal suficiente y ameritaban, en consecuencia, su expreso tratamiento por parte del Tribunal de Casación, que se limitó a pronunciarse tangencialmente sobre su suficiencia y carga técnica, eludiendo así el dictado de una decisión sobre el fondo del asunto.

En esta línea advierto que la escueta referencia de fs. 161 no constituye una respuesta adecuada a los planteos de la parte, pues indica, refiriéndose al reclamo de la Asesora, que *"...la falta de legitimación que le adjudicara la Cámara para recurrir (...) no impidió que ese mismo Órgano jurisdiccional se expidiera reafirmando la decisión tomada por su inferior"*, intentando luego minimizar la evidente confusión de la decisión de la alzada departamental que, en un par de párrafos, se remite a las categorías del régimen ordinario de prescripción de la acción penal y elude toda referencia concreta a los derechos convencionales en juego, en concreto, a la consideración del interés superior del niño, a su derecho a ser oído y al acceso a la jurisdicción (arts. 3, CIDN, 8.1 y 25, CADH).

Cabe recordar aquí que el Tribunal de Casación Penal es el órgano intermedio previo al paso por esa Corte, pues -desde la sanción de las leyes 11.922 (y sus modif.), 11.982 (y sus modif.) y la reforma al art. 1º de la ley 5827 (texto según ley 12.310)- es el último órgano jurisdiccional con competencia

penal, previo al acceso a las vías extraordinarias locales (art. 479, CPP) en el que las partes pueden eventualmente encontrar reparación de los perjuicios irrogados en las instancias anteriores. Por ello, salvo los casos en los que el legislador ha establecido un diagrama recursivo específico prescindiendo del tránsito por ante el órgano casatorio, en los demás no es posible soslayar su paso obligado por el Tribunal de Casación Penal a fin de habilitar la posterior intervención de esta Suprema Corte (cfr. P. 109.270, resol. del 18/8/2010; P. 118.953, resol. del 11/10/2012; P. 119.509, resol. 24/9/2014; P. 125.364, resol. del 11/3/2015; P. 120.753, resol. del 23/9/2015, e/o).

En el caso es evidente que la respuesta del tribunal intermedio, limitada a la admisibilidad formal de los planteos que se le sometieran, aparece como un tránsito sólo aparente (doct. causa Ac. 81.109, 20/11/2002, entre muchas; CSJN, "G., G. P. y otros s/ Homicidio en ocasión de robo", 18/XI-I/2001 y "D. L., M. y otros s/ Robo agravado", 19/11/2002, entre otras), en tanto la Casación, sin atender a las particularidades del reclamo y soslayando las cuestiones federales en juego, declinó de entender sobre el tópico que se le sometiera, declarando inadmisibile el recurso de casación oportunamente interpuesto por la Asesora de Menores interviniente.

En consecuencia, el pronunciamiento atacado no puede ser reputado como acto jurisdiccional válido.

Por ello, es que corresponde casar la sentencia impugnada, indicando la devolución de los autos a la instancia anterior para que dicte uno nuevo de conformidad con lo resuelto, oportunidad en la que necesariamente deberá expedirse -con la debida circunstanciación al caso en concreto- respecto de todas y cada una de las cuestiones federales que pudiera contener el recurso llevado a su conocimiento, analizando su procedencia y dando una respuesta fundada a cada una de ellas (art. 496, CPP).

Es preciso añadir aquí que los planteos que trae la par-

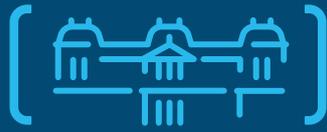
ticular damnificada en el recurso extraordinario concedido por VVEE a fs. 316/318 aparecen subordinados a la decisión que se adopte respecto de los introducidos por la Asesora de menores, en particular en lo que respecta a la legitimación de esta última para impugnar la decisión de origen, correspondiendo en consecuencia anular también la decisión adoptada en lo que respecta al rechazo de la queja articulada por aquella parte para que se dicte una nueva coherente con la que se adopte, conforme lo propuesto supra, respecto del remedio articulado por la representante del Ministerio Público.

V. Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería hacer lugar a los recursos extraordinarios interpuestos y casar la sentencia del Tribunal de Casación Penal atacada, remitiendo las actuaciones a esa sede para que se dicte una nueva decisión conforme a derecho.

La Plata, 1 de noviembre de 2017.

Dr. CONTE GRAND, JULIO MARCELO

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Procurador General



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 118.953

“Dra. SCHERMAN, Ida Ariana s/ solicita intervención inmediata de la Suprema Corte. avocación”, fecha: 09/10/2012



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

“Dra. SCHERMAN, Ida Ariana
s/Solicita intervención inme-
diata de la Suprema Corte.
Avocación.”

P. 118.953

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala II de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial La Plata rechazó el recurso de queja interpuesto por la Sra. Asesora de Menores en virtud de considerar que ésta carece de legitimación activa para peticionar y recurrir en la IPP 06-00-037286-11 de la UFIJ número 6 departamental (fs. 48/9 del cuadernillo de Queja por apelación denegada). Ello tuvo su origen en el temperamento previamente adoptado por el Sr. Juez de Garantías, Dr. Melazo, al rechazar el pedido de nulidad articulado por la Sra. Representante del Ministerio Pupilar respecto de la validez del acta de mediación obrante en la causa (fs.118) y el pedido de medidas cautelares que fuera requerido en protección de la integridad psicofísica de los niños afectados por tal decisión con fundamento en la ausencia de legitimación de la representante promiscua de los niños J. B.y A.L. y denegar, asimismo, el recurso de apelación interpuesto contra tal decisión bajo idénticos fundamentos (fs. 18 y fs. 20/23 del cuadernillo de Queja por Apelación denegada).

II. Contra tal forma de decidir la Señora Asesora de Menores, Dra. Ida Sherman, interpone recurso de avocación ante esa Suprema Corte (art. 450 CPPBA) sobre la base de considerar que “ese paso previo por Casación importará dilatar la efectividad de los derechos que se reclama sin brindar la solución que entiendo se impone ubicando además a los niños en situación de riesgo agravada. Tal como surge de la resolución recaída en fecha 28 de agosto del corriente se me ha negado la legitimación procesal, privando de llave de acceso al proceso a quien quiere y necesita formular pretensiones en él

para hacer valer un derecho. Al no darle a las víctimas-niños una legitimación concurrente se las deja desprotegidas privando así a las personas en cuyo beneficio se depara la tutela jurídico penal de un bien determinado que le ha sido dañado” (fs.2 vta. y 3).

En esta misma línea considera que “Los bienes tutelados: el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a vivir en el ámbito familiar sin violencia, el riesgo creado, el debido proceso, a la vigencia del principio de legalidad, explican la urgencia y la vía escogida (arts. 10, 12, 13 incs 1 y 3, 36 inc. 1, 2 y 4 Const. Pcial y en diversos tratados internacionales entre los que se destaca, los arts. 1,2,3.1 y 19 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); los arts. 1,2,3,5,7,8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los arts. 1, 2, 4, 5, 8, 11, 17, 19, 24, 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos; la Convención de Belén do Pará, que gozan todas de jerarquía constitucional (arts. 75 inc. 22 de la Const. Nac) y se encuentran además reforzados por la manda de acciones positivas establecidas en el inciso 23 del art. 75 de la Constitución Nacional que sirve de pauta de orientación para la autoridad estatal en su ámbito de competencia. En tal sentido propone se examine la Acordada nro 5/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que recoge como instrumento rector las “100 Reglas de Brasilia de acceso a la justicia de Personas Vulnerables”, en especial las Reglas 29,37 y ccs, (...)que imponen la mirada desde la igualdad material examinando siempre la trayectoria social de la supuesta víctima, el contexto social de aplicación de las normas o de las políticas cuestionadas, así como la situación de desventaja o subordinación del grupo social al cual pertenecen los potenciales afectados” (fs.4)

En este sentido cita el voto del Dr. de Lázzari en el fallo “Oporto” y la sentencia “Portillo C. c/Pcia Bs As s/ amparo” de ese mismo tribunal y la causa “Q.C, S.Y. c./ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo” de la Corte Suprema Federal.

Aduna a lo dicho que “la preocupación que estos casos suscitan en la sociedad que observa y demanda la correcta administración del servicio de justicia, amerita el pedido de intervención a VE superando los obstáculos formales que eventualmente frustren el control constitucional que le cabe como órgano supremo” (fs. 4 vta).

Por último señala que “la avocación que postulo se funda, en definitiva, en la potestad que asiste a VE de asegurar la eficacia de la actividad jurisdiccional, principio que debe alcanzar máximo vigor dentro del ámbito de atribuciones del Alto Tribunal como cabeza del Poder Judicial de la Provincia...Así lo imponen los artículos 10, 11, 15 y 161 y afines de la Constitución Provincial y así emerge de los poderes implícitos que corresponde a la Suprema Corte, no sólo para evitar que la oportuna protección jurisdiccional de un derecho se torne ilusoria sino también para permitir el ejercicio efectivo de su atribución de juzgar las peticiones en cuestiones de naturaleza excepcional...” (fs. 5 y vta).

II.i. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego, la quejosa se agravia en particular por entender que yerran las instancias de origen y de apelación al desconocer -de manera reiterada- a los niños J. N. B. y A.L. la condición de víctimas de las amenazas en el contexto de violencia familiar, y rechazar, en consecuencia, la posibilidad de su participación a través de la figura del Asesor de Menores. En efecto, sostiene que los niños de autos resultan víctimas de una situación de violencia familiar que importa hechos que además constituyen delitos. En ese sentido destaca la inadvertencia por parte del representante del Ministerio Público Fiscal cuanto del juez interviniente de considerar la denuncia de amenazas y lesiones leves contra la Sra. P. como un hecho aislado, desvinculado de la conducta anterior que implicó que se le aplicara al imputado una condena consistente en ocho meses de prisión de ejecución condicional con costas por haber lesionado al niño J.B. con un palo (fs. 1 vta).

Al respecto agrega que “las sucesivas resoluciones recaídas importan el agravamiento de la condición de víctimas de la violencia familiar e institucional que padecen mis tutelados...” (fs. 2 vta.).

Asimismo se agravia por haberse llevado a mediación penal los hechos que configuran la violencia familiar. Al respecto sostiene que “los sucesivos rechazos, la validación de un proceso de mediación aún en contradicción con las normas constitucionales, convencionales y legales vigentes importan actuar de manera contraria al deber de debida diligencia, estándar ineludible del sistema interamericano de derechos humanos en materia de violencia. Ello en virtud de resultar evidente que en el proceso de mediación penal aplicado al presente caso resulta contrario a la ley vigente (leyes 13.433, 12.569 y su respectivo decreto reglamentario 2875/05 entre otros), y además dicho resorte ha colocado a las víctimas -J., J.y A.- en una situación de riesgo conocida por el Estado sin que desde esta esfera se adopten las debidas medidas en razón del deber de debida diligencia en cabeza estatal (conf. doctrina CIDH “Velázquez Rodríguez vs. Honduras, sent. del 29-7-1988”).

III. Entiendo que esa Suprema Corte debe acoger el reclamo formulado ante esa sede por la la Sra. Asesora de Menores.

Sin perjuicio de las atendibles razones invocadas por la Sra. Asesora al solicitar la excepcional avocación de V.E. en el caso, cabe destacar que su pretensión no es ajena a la competencia apelada de esa Suprema Corte fijada por el art. 161 de la Constitución provincial, pues la solicitante se disconforma con el contenido de una resolución equiparable a definitiva -pues niega a la Asesora y a sus representados el carácter de parte interesada y la posibilidad de formular cualquier requerimiento en el marco del presente proceso penal-, emanada de la Cámara de Apelaciones y Garantías departamental, último tribunal con competencia ordinaria habilitado para pronunciarse en el caso (arg. Arts. 439, 450 y ccs. CPP), denunciándose expresamente la errónea aplicación de la ley de fondo y la inobservancia de normativa constitucional y

convencional aplicable al caso.

En este sentido cabe destacar que esa Suprema Corte cuenta con la posibilidad de prescindir de las exigencias formales que limitan el efectivo ejercicio de su competencia revisora en aquellos supuestos en los que “según su sana discreción mediar gravedad institucional o un notorio interés público, o bien si considerare indispensable establecer doctrina legal, siempre que se tratare de dirimir cuestiones jurídicas relativas al derecho de fondo aplicable y el recurrente hubiese formulado adecuado planteo en tal sentido” (art. 31 bis. Ley 5827), extremos que claramente concurren en el caso.

Por otra parte, es evidente que los planteos de la Asesora -en particular aquellos vinculados con el principio de efectividad de derechos en la realización del interés superior del niño, con la tutela judicial efectiva, con el debido proceso judicial y con el cumplimiento del deber de debida diligencia- revisten evidente entidad federal, por lo que corresponde que esa Suprema Corte se expida al respecto como Superior Tribunal de la causa en el orden provincial (cfr. art. 14 ley 48 y CSJN “Strada”, “Di Mascio” y “Christou”).

III.i. Hecha esta salvedad, adelanto mi opinión según la cual acierta la recurrente al sostener que se encuentra acabadamente acreditado en autos que los niños J. y A. resultan víctimas de la violencia familiar ejercida por el Sr. L. contra su progenitora y todo el grupo familiar que incluye los hechos delictivos que en estas actuaciones se atribuyen al imputado (IPP06-00-037286-11) y que se encuentran íntimamente engarzadas con las conductas delictivas enrostradas en el marco de la IPP 06-00-000405-11 y de las conductas manifestadas por la víctima J. P. al inicio de las actuaciones como denunciadas ante el fuero de familia, en virtud de las cuales se ha otorgado la guarda de los niños J. B. y A.L.- ambos hijos de la Sra J. P.-a la Sra D. P., hermana de la progenitora, (fs.1, 2 y ss. IPP06-00-037286-11). Es decir, todo ello debe ser examinado de manera conjunta.

En otras palabras, y con carácter previo al análisis

pormenorizado de los agravios traídos, estimo preciso destacar que las amenazas que aquí se investigan acontecen en un contexto de violencia familiar que justifica un tratamiento especial destinado a proteger el derecho fundamental a la integridad psico-física de estas especiales víctimas y que se encuentra reconocido por el corpus iuris internacional (Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belén do Pará), la Convención sobre los Derechos del Niño, las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño nro.8/2006 “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes” y nro. 13/2011 titulada “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”; CIDH, OC17/2002 y sentencias de esa Corte en las causas “ De las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana” del año 2006, y “Gonzáles y otras (“Campos algodoner”) vs. México” del año 2009; el informe final 54/01 de la Comisión de Derechos Humanos en el caso “Maria da Penah vs. Brasil” del año 2001; y la Resolución del ECOSOC 2005720 que adoptó las “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”) y reproducido por las leyes locales contra todas las formas de violencia (Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar y su decreto reglamentario 235/96; ley nro. 26.061 de Protección Integral de Derechos del Niño y su decreto reglamentario 416/06; Ley. nro. 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y a su dto. Reglamentario 1011/2010, Ley Provincial 12.569 de Protección contra la Violencia Familiar y su decreto 2875/05 y ley 13.298 de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños y su dto.300/05).

Es decir, más allá de que la dogmática jurídica nos permita distinguir en el caso una serie de delitos autónomos cometidos por un mismo sujeto activo, no puede dejar de considerarse que las agresiones dirigidas contra la Sra. P. y sus hijos J. y A., distribuidas en un lapso de diez meses, presen-

tan una unidad que debe ser atendida por la justicia, tanto al momento de la investigación cuanto al de la adopción de medidas especiales de protección.

En efecto, esta perspectiva ha merecido adecuado tratamiento por parte del Sr. Fiscal, Dr. Romero, en oportunidad de requerir la medida cautelar (fs.1 y 2, y fs.9), cuanto al solicitar la detención del imputado (fs.29/33) y al reiterar la prohibición de acercamiento del imputado respecto de la Sra. J.P., de los niños J. y A.y de la Sra. D. P. (fs. 82) así como en oportunidad de solicitar la elevación de la causa a juicio (fs.104/7 vta.), y así también por parte del Sr. Juez de Garantías, Dr. Melazo, en oportunidad de disponer la prohibición de acercamiento del imputado a la víctima J. P. (fs.9), de ordenar la detención del imputado (fs 34/36 vta.) y de disponer la prohibición de acercamiento del imputado respecto de todo el grupo familiar -incluyendo a los niños y a la Sra.D. P.- (fs 84).

En ese sentido el Sr. Fiscal ha expresado que “eventos de tal naturaleza no son esporádicos sino que se han ido reiterando y la situación de violencia ha ido *in crescendo*. Que constancia de esto es la IPP nro.06-00-0000405-11 la cual ha superado ya, la etapa de instrucción preparatoria, adjuntándose copia simple de la elevación a juicio extraída del Sistema Informático del Ministerio Público Fiscal. Por ello ante la probable comisión de otros ilícitos de acción pública de mayor entidad que pongan en peligro la seguridad personal de la víctima, a los fines de resguardar la integridad física y moral de la misma, sin perjuicio de las medidas pendientes de investigación peticionadas por la propia víctima es que solicito a VS haga lugar a la cautelar impetrada” (fs.9 vta).

En sentido concordante el Sr. Juez de Garantías ha sostenido que “Debo advertir nuevamente, sin perjuicio del caso en análisis y como ya lo sostuviera en la IPP 060019715-11 que hechos como los aquí investigados exigen desde su inicio un tratamiento diferencial, acompañados de una atención y celo particular de parte de funcionarios judiciales y policiales donde al menos se pongan en marcha las herramientas legales con las que se cuenta para no llegar luego a la simple estadística de mujeres muertas por sus parejas o

ex parejas, precedida de un sin número de hechos de violencia previa enmarcados en continuas amenazas o lesiones leves de dificultosa acreditación, por el lugar y medio de comisión centrado en el interior de un hogar, **máxime cuando median menores directamente involucrados**” (fs. 34 vta.) (destacado propio).

Sin embargo, es recién a partir de fs.114 que el trámite de la causa evidencia un giro copernicano en el que tales consideraciones esenciales -justificadas en virtud de la configuración de hechos violentos contra víctimas especialmente vulnerables- se desdibujan hasta desaparecer por completo. Idéntica suerte corren las medidas la protección especial de los niños J. y A. en calidad de víctimas de las conductas violentas desplegadas por el imputado, quienes resultan excluidos -al no requerirse la intervención de su representante promiscua- del “acuerdo de mediación” al que arriban la víctima -cuyo consentimiento fuera requerido telefónicamente y sin asistencia letrada (fs.113)- y el agresor en el ámbito de la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos que funciona en la órbita de la Fiscalía General Departamental (fs.114,115,118 y ccs.) y del consecuente archivo de la causa (fs. 119, 121 y 122).

Por lo tanto, al margen de las consideraciones que pudieran formularse en el plano dogmático sobre los alcances de la figura del art. 149 bis del CP, en particular en lo que respecta a la definición del sujeto pasivo de la conducta allí descripta y de las consecuencias que ello pudiera reportar a los efectos de asignar el rol de víctimas o damnificados a los menores de edad en las presentes actuaciones, lo cierto es que las amenazas proferidas por H. L. hacia la denunciante de autos se insertan en un complejo contexto de violencia de género y familiar, del que da debida cuenta la solicitante con adecuada referencia a las constancias de los legajos que corren por cuerda, contexto que determina que el interés superior de los primeros no puede ser obviado a la hora de adoptar una decisión de la trascendencia de la adoptada en la investigación penal preparatoria originada por la denuncia de P..

La directa vinculación existente entre el hecho investi-

gado en autos y los ocurridos con anterioridad en el mismo contexto de violencia familiar se hace patente en dos puntuales circunstancias: a) la decisión que pudiera adoptarse en autos respecto de la eventual responsabilidad penal de L. en los términos del art. 149 bis del CP por los hechos cometidos el 17 de octubre de 2011, debería tener directa incidencia en la decisión adoptada en la causa 3831-J que corre por cuerda, en la que se impusiera al mismo imputado la pena de ocho meses de prisión de ejecución condicional (arts. 26 y ss. del CP) por los hechos cometidos, en perjuicio de J. M. P. y su hijo J.N.B., durante los primeros días del mes de enero del mismo año, obviándose las reglas de conexidad procesal previstas en los arts. 33 y ss. del CPP y habilitando la aplicación, en el supuesto de imponerse una nueva condena, del art. 58 del CP; y b) como ya se indicara, la prohibición de acercamiento cautelarmente dispuesta en la última de las investigaciones penales preparatorias mencionadas alcanzaba tanto a la Sra. P. -víctima directa de las amenazas allí investigadas- como a sus hijos menores, dejándosela sin efecto -a partir de la expresa solicitud de la primera tras haber llegado a una “conciliación” con el imputado- respecto de todos ellos y con expresa mención de los arts. 23 y 83 inc. 6° del CPP.

Esto último pone en evidencia que la concreta situación de riesgo para los menores que fuera reconocida expresamente al incluirlos en la medida de prohibición de acercamiento no fue tomada en cuenta para oírlos, a través de su representante, cuando se adoptaron decisiones posteriores en el marco de un proceso que directamente les afecta, en la medida que lo allí resuelto puede afectar directamente sus derechos más elementales (vida, integridad física y psíquica, libertad, etc.).

Es evidente, entonces y de conformidad con lo señalado por la Sra. Asesora, que en los últimos tramos de la investigación penal preparatoria en curso “no ha mediado valoración del contexto alguna”[sic]. Al respecto resulta preciso recordar que esa Corte ha señalado que “el proceso actual no se conduce en términos sacramentales en donde cada palabra o gesto tiene un

significado particular y de su omisión podría significar la pérdida del derecho. Por el contrario **es el contexto el que determina el sentido y significado de lo pretendido**” (SCBA Ac. 48084, Ac. 51752).

Sobre este punto, y a modo de síntesis, me permito reproducir las palabras de la Sra Asesora en cuanto sostiene que “...pasamos de una situación donde L. imputado por reiteradas amenazas, con uso de arma de fuego agravado por su condición de funcionario policial con portación de arma, con antecedentes de imputado por lesiones a un niño de corta edad, bajo probation, todo lo cual surge de las respectivas IPP, pasa a acordar con la víctima que la misma se obliga a no molestarlo en modo alguno todo ello sin patrocinio letrado para ella y sin intervención del Asesor que permita el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños víctimas de autos. Tampoco se requirió informes producidos de manera contemporánea con las presentes en el fuero de familia más allá de las constantes referencias por parte de la víctima P. y los testigos de las actuaciones que importan la atribución de la guarda de los niños en cabeza de la tía materna a partir de la violencia sufrida por el niño J.” (fs.16 y vta. del cuadernillo de Queja por apelación denegada).

III.ii. De la legitimación de la Sra. Asesora de Incapaces para intervenir.

En particular relación con el agravio traído por la quejosa respecto del rechazo sostenido a su intervención, la sola remisión a la primera foja de las actuaciones nos advierte sobre la condición de víctimas de estos niños –y por ende, de la necesaria y esencial intervención de su representante promiscua (arts. 12 CDN, 59 del C.C., 23 de la ley 12061 y ccs.)- por cuanto las amenazas que dan lugar al inicio del presente proceso consisten en “si le llegan a dar la tenencia definitiva a tu hermana y vos no haces nada **los voy a matar a todos... si los chicos no están con vos o conmigo no van a estar con nadie ...yo tengo todo planeado, voy a dejar a mi hijo menor con los hermanos, los voy a matar a todos y me pego un tiro porque no voy a ir preso**” (fs.1 IPP 06-00- 037286-11).

En virtud de ello, y tal como lo sostiene la recurrente en su escrito de postulación ante la Cámara, la exclusión de los niños y de su representante promiscua en la investigación penal referida implica sin más la negación a estos niños –víctimas de violencia- de todas las medidas de protección al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y de los derechos fundamentales a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, a las garantías judiciales, a la honra y a la dignidad que el ordenamiento convencional, constitucional y legal vigentes les reconocen y que se encuentran previstos en los artículos 10,12,13 incs.1y3, 36 incs. 2 y 4 de la Const. Pcial y en diversos instrumentos internacionales entre los que se destacan la Convención sobre los Derechos del Niño (en especial, arts.1,2,3.1,4,6,19 y ccs), la Convención Americana de Derechos Humanos (arts.1,2,4,5,8,11,17,19,24,28) y la Convención Intearmericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que gozan de jerarquía constitucional (art.75 inc.22) y se encuentran reforzadas por la manda de acciones positivas establecidas en el inc. 23 del art.75 de la Constitución Nacional.

Desde esta perspectiva “no resulta entendible cómo el Sr. L. ante dos IPP que se originan a partir de diferentes hechos pero que se explican en el patrón de la violencia familiar y la violencia de género que acaeciera el primero en fecha 3 de enero de 2011 el otro en fecha 19 de octubre de 2011 pudo eludir una vez más la elevación a juicio resultando así que con el “acuerdo” alcanzado los niños se encuentran en riesgo cierto de ser nuevamente víctimas sin que fueran ellos oídos en el proceso a través de su representante promiscua (arts. 59 CC, 23 ley 12061, 12 CDN, entre otros) y negándose una vez más “su palabra” en razón de la resolución recaída más allá de reconocerse la necesidad de valorar lo aportado por este Ministerio en el marco del recurso de nulidad interpuesto ante el Juez de garantías Dr. Melazo” (fs. 6 vta cuadernillo de Queja). Aún más, “en el caso...los obstáculos legales y fácticos, la falta de reconocimiento de la situación de violencia familiar, de género e institucional por parte de la justicia penal, la condición de menores de edad víctimas de las lesiones y amenazas con un antecedente reciente que significara el proceso penal que concluyera con la

probation aun vigente que importa deberes a cumplir por un período de dos años exhiben la necesidad de adoptar medidas especiales de equiparación que sin duda no se han plasmado en el acto de mediación penal. La intervención del Ministerio Público de Menores le otorga ese plus de derechos a las víctimas niños que hasta ahora se les ha negado (CIDH, OC17/2002 y art 19 CADH)” (fs.8 vta. cuadernillo de Queja).

Sobre este punto merece particular atención el defecto en el que incurre el Sr. Magistrado al disponer, por un lado, las medidas de prohibición de acercamiento respecto de los niños J. y A. sobre la base de considerar que “surgen motivos suficientes para justificar la medida” (fs.27, 82, 84,121,122 y ccs.) y rechazar, posteriormente, la legitimación a la representante promiscua sobre la base de considerar que “la legitimación que invoca la Asesora de Incapaces no es tal, teniendo en cuenta lo que estatuye el art.23 de la ley 12061, pues no representa ni interviene en el presente proceso respecto de parte alguna, desde que los menores que menciona no revisten el rol de víctimas ni particular damnificado” (fs. 18 y 22 de la Queja por apelación denegada).

Al respecto cabe destacar la interpretación elaborada por el Comité de Derechos del Niño a través de su Observación General nro. 13/2011 en la que se establece un estándar que supone no dejar espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños por más leve que ésta pueda resultar.

En virtud de ello considero que la circunstancia en estos autos expuesta acarrea el sometimiento de los niños a un peligro grave y cierto de volver a sufrir maltrato, hallándose comprometido su derecho fundamental a la integridad psico-física y a su desarrollo, debiéndose en consecuencia reconocer legitimación a la Sra. Asesora para peticionar en nombre y representación de los niños. Lo contrario implicaría a las claras una afectación de los estándares de protección de la niñez contra toda forma de violencia.

III.iii. De la inaplicabilidad de la mediación penal a los casos de violencia.

Desde esta visión y siguiendo lo afirmado por la quejosa en su escrito de apelación, “resulta evidente que el proceso de mediación penal aplicado al presente caso resulta contrario a la ley vigente y además dicho resorte ha colocado a las víctimas -J., J. y A.- en un situación de riesgo conocida por el Estado sin que desde esta esfera se adopten las debidas medidas en razón del deber de debida diligencia en cabeza estatal...” (fs.6 cuadernillo de Queja).

Al respecto también comparto los fundamentos esgrimidos por la Sra. Representante Pupilar en el recurso de apelación interpuesto ante la Cámara respecto de considerar que la mediación penal se encuentra expresamente -y agrego, constitucionalmente- prohibida para los casos de violencia.

Sobre este punto la quejosa destaca que la propia ley de mediación penal provincial (nro.13433) establece en su artículo tercero que “...el procedimiento de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos penales se regirá por los principios de **voluntariedad**, confidencialidad, informalidad, gratuidad y neutralidad o imparcialidad de los mediadores. Siempre será necesario **el expreso consentimiento de la víctima**”. También señala que en su artículo 6 inc. “a” la ley veda el trámite de la mediación penal en aquellas causas en el que las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las seguidas en orden a las leyes 13.944 y 24270”. Al respecto refiere informes periciales psicológicos y psiquiátricos producidos en la causa que tramita ante el fuero de familia -sobre tutela- que exhiben de manera palmaria la ausencia de libertad y por tanto de consentimiento para sentarse “en pie de igualdad” en la mesa de mediación (fs. 5 vta. Queja). A ello estimo preciso agregar, como señalaré infra, que la referida ausencia de libertad y voluntariedad resultan máximas de experiencia que caben presumirse en el caso de las víctimas de violencia familiar, y de violencia en general.

En la misma línea destaca la Sra. Representante Pupilar en su escrito de apelación que el decreto 2875/05 reglamentario de la ley provincial 12569 de Protección contra la Violencia Familiar establece que “el procedimiento establecido en el artículo que se reglamenta (en relación con el art.11) **no podrá implementarse a través del instituto de la mediación**”.

A mayor abundamiento resulta preciso considerar que la Convención de Belén do Pará -ratificada por nuestro país y reconocida con jerarquía constitucional- establece en cabeza de los Estados -en particular, en cabeza del Ministerio Público Fiscal en virtud de la distribución constitucional de competencias que prevé el ordenamiento jurídico argentino- y en particular relación con lo que aquí nos convoca, el deber de “actuar con la debida diligencia para prevenir, **investigar** y sancionar la violencia contra la mujer” (art 7 inc. “b”) así como la obligación de “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia que incluyan, entre otros, medidas de protección, un **juicio oportuno** y el acceso efectivo a tales procedimientos” (art. 7 inc “f”) (destacados propios). A ello cabe añadir la vigencia del principio de amplitud probatoria que rige la materia. Obligaciones todas éstas que resultan inconciliables con el reconocimiento legal de acuerdos, mediaciones o conciliaciones como modo de arribar a la finalización de los conflictos.

En este sentido se ha afirmado en un fallo reciente de la justicia nacional que resulta “imprescindible, en este punto, señalar que el caso debe ser examinado en el marco de las exigencias impuestas por las Convenciones Internacionales que obligan al Estado a remover los obstáculos que específicamente impiden el acceso a la justicia de las mujeres y cuya existencia expresamente reconocen. En tal sentido, es imperativo agudizar el examen de la prueba para que su valoración no sólo tenga en cuenta el modo particular en que se expresa la violencia contra la mujer -paradigmático en el caso de la violencia doméstica-, el contexto cultural en el que se produce y la influencia en él de estereotipos discriminatorios que influyen incluso en la percepción de los

hechos y su relevancia por parte de los testigos y de los mismos funcionarios, y la intensidad de afectación de este tipo de violencia en la personalidad y actitudes de la víctima” (Tribunal Oral en lo Criminal nro 9 de la Nación, sent.del 4 de abril de 2011). Todo ello queda asimismo desplazado de plano con el acto de la mediación penal, como sucedió en autos.

En esta línea resulta ilustrativo destacar la preocupación y las recomendaciones expresadas en el Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belén do Pará- Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI)- en abril de este año. En particular relación con el tema que aquí se examina advierten que “... el Comité de Expertas/os notó con preocupación que varios Estados reportaron contar con métodos de conciliación o avenencia entre el agresor y la víctima de violencia contra las mujeres, o exoneración de la pena para el agresor si contraía matrimonio con la víctima, o aplicación del principio de oportunidad. Reiterando el análisis realizado durante la etapa de seguimiento de sus recomendaciones, el Comité de Expertas/os encuentra que **la aplicación de estas medidas en los casos de violencia contra las mujeres tiene efectos contraproducentes en el acceso a la justicia para las víctimas y en el mensaje permisivo enviado a la sociedad.** La Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo hincapié en que, hacer este delito negociable o transable parte de la premisa que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar. Asimismo, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) encontró que **este desequilibrio de poderes en los acuerdos de conciliación aumenta el riesgo físico y emocional de las mujeres, los acuerdos no son generalmente cumplidos por el agresor y no abordan las causas y consecuencias de la violencia en sí.** A partir de las respuestas de los Estados, el Comité de Expertas/os **destaca nuevamente la contribución de las leyes integrales de violencia para lograr la prohibición de la conciliación, mediación u otros medios de solución extrajudicial de la violencia contra las mujeres, quedando pendiente la armonización de las normas procesales respecto a esta disposición.** Ello es de

particular importancia dado que, si bien un número importante de Estados han reportado diversas formas de evitar el uso de dichos métodos para casos de violencia contra las mujeres en la sección de legislación, algunos de ellos han incluido en la sección de información y estadísticas cifras sobre casos de violencia doméstica o familiar resueltos vía conciliación. Ello indica que dichos métodos siguen siendo utilizados en el Poder Judicial. El Comité de Expertas/os también observó que, por lo general, los Estados cuentan con disposiciones que prohíben la conciliación, mediación u otros medios similares para los casos de violencia doméstica, mas no se refieren a otras manifestaciones de violencia contra las mujeres. (...) Asimismo, en un número importante de casos, los Estados reportaron no contar con prohibiciones expresas, aunque sustentaron que la solución extrajudicial en los delitos de violencia contra las mujeres tampoco estaba contemplada en la norma y, por lo tanto, no era de aplicación en territorio nacional. El Comité de Expertas/os **insiste en su recomendación de prohibir los métodos de conciliación, mediación y otros orientados a resolver extrajudicialmente casos de violencia contra las mujeres. En caso de que ya cuenten con dicha prohibición, recomienda a los Estados armonizar su legislación procesal con esta prohibición, a fin de evitar que en casos de violencia contra las mujeres se requiera la audiencia de conciliación...**” (destacado propio) (Disponible en [/www.oas.org/es/cim/docs/MESECVI-SegundoInformeHemisferic](http://www.oas.org/es/cim/docs/MESECVI-SegundoInformeHemisferic)).

En ese sentido cabe señalar que el artículo 28 de la Ley Nacional 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales establece expresamente que “Si la víctima de violencia fuere niña o adolescente deberá contemplarse lo estipulado por la ley 26061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. **Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación.**”

Por último considero oportuno agregar, en consonancia con los argumentos oportunamente expuestos por la Sra. Asesora de Menores, que

las consecuencias generadas por la errónea aplicación a este proceso de la mediación judicial penal y el rechazo de la legitimación de la representante pupilar importan la violación a los principios fundamentales de no discriminación (CIDH, “González y otras (“Campo algodónero”) vs. México de 2009; Informe Final en causa “Maria da penha vs. Brasil” de 2001) y del interés superior del niño (CIDH, OC17/2002 y Caso Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana) que debe traducirse necesariamente en el caso en la adopción de medidas de protección especial a la niñez. Máxime cuando, por otra parte, en el caso bajo examen no se halla comprometido el derecho fundamental a las garantías judiciales del imputado.

IV. Del compromiso institucional.

Las estadísticas dan cuenta de la extensión y gravedad del flagelo que comporta la violencia familiar, de género y el maltrato infantil que atraviesa lo privado para convertirse en una cuestión de orden público y de política de Estado. Esa Suprema Corte y este Ministerio Público no han permanecido impasibles frente a tal alerta y han recogido el desafío de implementar acciones de diversas características y en distintos ámbitos como lo son la capacitación de los operadores, los acuerdos celebrados con entidades públicas y no gubernamentales, la implementación del Registro de Violencia Familiar, la participación en la Comisión Provincial contra la Violencia Familiar, entre muchas otras. Este compromiso conjunto de VE y de este Ministerio Público resultaría en vano si en los casos concretos no se actuara con el mismo énfasis. El conocimiento del fenómeno de la violencia familiar, de género y el maltrato infantil supone una complejidad tal que no admite intervenciones desarticuladas ni respuestas débiles o deficientes en tanto ello acarrea un mensaje institucional que la sociedad actual no tolera.

Consecuentemente, entiendo resulta imprescindible asumir en el caso un comportamiento acorde con el compromiso referido y garantizar en las presentes actuaciones la plenitud de los derechos fundamentales de las víctimas.

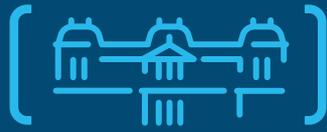
V. Por todo ello no cabe más que concluir, como lo hace la recurrente, que el trámite de la presente causa ha implicado la revictimización de las víctimas -J., J. y A.- configurándose un supuesto de violencia institucional, por cuanto a esta experiencia de absoluta desprotección debe añadirse la fundada desconfianza en las instituciones que debían ofrecerles seguridad y justicia.

En virtud de la gravedad de las consideraciones expuestas propicio a VE se sirva acoger la avocación interpuesta, decretar la nulidad de la mediación obrante a fs. 118 y reconocer legitimación a la Sra. Asesora de Incapaces para que intervenga en la reanudación del trámite de la causa en representación de los derechos fundamentales de los niños J. B. y A. L..

Tal es mi dictamen.

La Plata, 9 de octubre de 2012.

DRA. MARÍA DEL CARMEN FALBO
Procuradora General de la Suprema
Corte de Justicia



**Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia**
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: Ac. 99.204

**“O., N. N. s/ protección contra la violencia familiar”,
fecha: 18/09/2006**



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

"O., N. N. s/ Protección contra
la violencia familiar"

Ac. 99204

Suprema Corte de Justicia:

El Tribunal de Familia N° 2 de La Plata, rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por la Sra Asesora de Menores e Incapaces contra el resolutorio del Sr Juez de Trámite que a fs. 13, había denegado la medida cautelar de exclusión del hogar peticionada por su Ministerio en función de "no encontrarse la menor facultada para requerirla" y por no acreditarse "prima facie extremos que ameriten disponer las cautelares impetradas".

El Organismo Colegiado destacó que no había sido cuestionada la legitimación de la actora, sino que las medidas debieron ser rechazadas por las razones ya explicitadas y porque de adoptarse, afectarían a todo el grupo familiar que no había sido oído -v. fs. 22/22vta-.

Contra dicho resolutorio se alza la representante de la rama pupilar, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que luce a fs. 31/42 vuelta.

Se agravia principalmente, porque entiende que los Sres Jueces de Familia han violentado el acceso a la justicia de sus representadas -art. 15 de la Constitución de la Provincia y 18 de la Constitución de la Nación-; e inaplicado las disposiciones de la ley 12.569 de "Protección contra la violencia familiar".

Denuncia la violación del art. 12 apartado 2° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño".

Considero que el recurso debe prosperar.

Intentaré liminarmente efectuar una breve reseña de los hechos que motivaron la petición originaria de la Sra Asesora, pues son por sí

solos demostrativos de la procedencia del reclamo, desde que reflejan la situación de desprotección del grupo social más vulnerable: niños y jóvenes víctimas de la violencia física y psicológica de sus padres.

Espontáneamente se presenta la adolescente N. L. en sede de la Asesoría de Menores a exponer el cuadro de violencia en el que se desenvolvía, desde hacía tiempo, su grupo familiar, integrado por su madre, sus hermanos Y. de veinticinco años, A. de dieciocho, M. de trece y B. O. de siete años.

Relata que a raíz de la conducta violenta de su padre para con una de sus hermanas intentó interceder, debiendo como consecuencia de ello buscar refugio en casa de sus abuelos, ya que fue expulsada mediante amenazas. Efectuó la correspondiente denuncia penal, de la que da cuenta la documental que acompaña.

Solicita al Tribunal de Familia se tomen las medidas pertinentes con el propósito de resguardar al grupo familiar, petición canalizada por la Sra Asesora de Menores, en función de lo normado por el artículo 59 del Código Civil, 23 de la ley 12.061 y 5 de la ley 12.569 -v. fs. 1/6vta-.

El primer despacho del Dr Haroldo Gavernet como Juez de Trámite dispone : "Sin perjuicio de la competencia de este Tribunal (Art. 827 del CPC y C) y las particulares circunstancias invocadas, dispónese la intervención del Cuerpo Técnico Auxiliar del Tribunal a los fines que se realicen amplios informes ambientales en el domicilio de las partes y se fije entrevista con el grupo familiar, con carácter de urgente".

Los informes sociales no demoraron en ser agregados al proceso. En ellos la Perito Asistente Social corrobora los relatos de N.. Dan cuenta del profundo temor en el que se encuentran inmersos los menores, quienes desde temprana edad, avisan un desenlace violento en su hogar . Relatan los castigos físicos y psíquicos a los que su padre los tiene acostumbrados, y dicen sentirse sus "esclavos" -v. informe fs. 8/8vta-.

Los adultos responsables son citados a instancias de la Perito Psiquiatra del Tribunal, pero no concurren -v. fs. 10/11-.

La Asesora reitera la petición de adopción de la medida cautelar de impedimento de acercamiento del presunto agresor -v. fs 12-

Dicho pedimento provoca el decisorio del Dr Gavernet al que ya he hecho referencia y en el que no sólo se detiene en el estadio procesal de la cautelar, sino que se ocupa de destacar la falta de legitimación de la "menor representada", indicándole que "deberá ocurrir eventualmente por ante el fuero pertinente". -v. fs. 13-.

Recurso de reposición y de reconsideración en subsidio mediante, se expide el Pleno del Tribunal de Familia a fs. 22 rechazándolo .

Al argumento de la Sra Asesora de Menores de haber inaplicado la normativa pertinente, cercenando en consecuencia el acceso a la justicia de las jóvenes, responden negativamente. Sostienen los integrantes del órgano colegiado que no se ha cuestionado la legitimación de las accionantes. Agregan que el grupo familiar fue convocado desde el Tribunal.

Advierto sin embargo que asiste razón a la quejosa, pues durante más de un mes y a pesar de las constancias de autos, el Sr Juez de Trámite en un comienzo y las demás integrantes a posteriori, se mantuvieron distantes, limitándose a señalar anomalías de índole formal que, como intentaré demostrar a V.E. resultaban inexistentes, máxime frente a la envergadura de la cuestión por la que habían sido llamados a intervenir.

La denuncia de violencia familiar estaba ya radicada ante el Fuero Especializado de Familia por iniciativa del Ministerio Público Pupilar, instado nada menos que por la presentación espontánea de una de las propias víctimas menor de edad -arts. 4º y 5º de la ley 12.569-

Puntuales medidas en resguardo del grupo familiar

fueron requeridas por la representante del Ministerio Público, tales, las previstas en los incisos a) y b) del art. 7° de la norma antes citada.

Se suma al relato de la joven víctima, el informe de la Perito Asistente Social del Tribunal, a través del cual se hacen oír sus hermanos también menores de edad. Otro dato de interés, resulta ser la incomparecencia del presunto agresor y su esposa al ser citados por el Tribunal.

Ese era el cuadro de situación que se le presentaba al Sr Magistrado de la causa, y frente al cual el artículo 7° imponía la obligación de "ordenar con el fin de evitar la repetición de los actos de violencia...", alguna de las medidas conexas al hecho denunciado que enumera.

Huelga recordar que, desde el conocimiento del hecho hasta la adopción de éstas, la legislación destaca que no podrá exceder el término de 48 hs -art. cit.- .

Asimismo, que luego de la reglamentación de la norma por el dec. reg. 2875/06, el diagnóstico familiar requerido en el artículo 8 no puede constituirse en condición sine qua non para que el juez o el tribunal interviniente puedan ordenar las medidas previstas en el artículo 7 de la ley -art. 8° dec. reg. cit.-.

Sin embargo la legitimación de la joven víctima fue puesta en tela de juicio en el auto de fs. 13, luego confirmado por el Tribunal en Pleno. También se ocupó en él el Sr Magistrado de hacerle saber que debía ocurrir eventualmente por el fuero pertinente.

Me pregunto al igual que la Sra Asesora de Menores, ¿no es claro el texto de los artículos 4° y 5° de la ley 12.569?

La respuesta no puede ser otra que la afirmativa; ante presuntas víctimas menores de edad, la Asesora de Menores no sólo puede requerir la adopción de las medidas que enumera el artículo 7° a su respecto, sino que debe solicitarlas -art. 23 ley 12.061-.

Y para que el Magistrado actuante las ordene, basta con la sospecha de maltrato y la verosimilitud de derecho, pues en esencia, son medidas cautelares impregnadas de los principios propios del derecho de familia, de urgente amparo a las víctimas y cuyo primer objetivo lo constituye el hacer cesar la violencia instalada en el grupo familiar y el adoptar los recaudos para evitar su repetición.

De allí que sólo un Juez con el imperio que invisten sus decisiones, esté en condiciones de satisfacer el interés de las víctimas en este primer estadio. Afirma en este sentido Cárdenas, que la gran ventaja que tiene moverse dentro del sistema judicial es que se esté frente a un sistema en donde el que todavía no se siente suficientemente implicado en un problema, va a ser implicado por la fuerza. La gran virtud que tiene el Poder Judicial, señala el autor, diferente a la de cualquier otro recurso de la comunidad, es que implica obligatoriamente en el problema a la gente que no quiere estar implicada (Autor citado en "El proceso de familia en la provincia", pág. 931).

Más aún, en las denuncias de violencia familiar, teniendo en cuenta la especial naturaleza de los derechos en juego, como así también la situación de riesgo que puede involucrar el caso, deben arbitrarse los recaudos necesarios para que el dictado de las medidas no se vea frustrado por la orfandad probatoria del escrito presentado por el denunciante. En este tipo de proceso, impregnado por principios y normas de orden público, el juez no puede actuar como mero espectador, sino que -por el contrario- debe adoptar una postura activa, ordenando las medidas de impulso y prueba necesarias a los fines de comprobar si se encuentra ante un caso concreto de violencia familiar.

Debemos despojarnos de aquellos principios que gobiernan el proceso dispositivo, en el que sólo la parte se encuentra legitimada para darle inicio; pues como señala Kielmanovich con cita de Cappelletti, en tanto la demanda pueda ser interpuesta por una parte pública, en lugar de la privada que resulta titular del derecho discutido y se refiera a una relación del derecho privado, la disponi-

bilidad del derecho material se verá sustancial y críticamente alterada hasta el extremo de que el mismo, en tal contexto, se habría convertido en público y el proceso, por ende, en inquisitivo. Es lo que ocurre por ejemplo, con la publicización de los procesos cautelares de familia. (En “El proceso de familia”, pág. 15).

Todos sabemos que indefensión y niñez son nociones teóricas casi inescindibles, inclusive al referirnos a la propia adolescencia. Se trata de una realidad tan incontrastable, que despierta al decir de la más destacada doctrina, conductas protectoras desde los adultos prácticamente instintivas o naturales, pero que muchas veces resultan polémicas o contraproducentes según las líneas de pensamiento con las que se las observe (Carlos Coggy, Intervención legal en violencia familiar y maltrato infantil, en “Violencia familiar y abuso sexual”, Ed. Universidad).

Es llamativo entonces, que quienes son convocados al examen de este problema en función de su conocimiento especializado opten por abstenerse de echar mano a las múltiples herramientas que el ordenamiento específico pone a su alcance, manteniendo una distancia casi empática.

El Poder Judicial en procura de protección a elementales derechos de raigambre constitucional -a la vida, a la salud, a la libertad, etc-, debe adoptar las medidas que el ordenamiento específico le brinda de manera urgente, o la que considere adecuada para satisfacer la pretensión de la parte denunciante, por los carriles procesales adecuados. Y ello, como ya señalé, sin tener que aguardar la petición del titular del derecho afectado.

En cuanto a la protección específica de los niños y jóvenes, la Convención sobre los Derechos del Niño (art.75 inc. 22 Constitución Nacional) establece en su artículo 3.1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Cuando

la Convención expresa “todas las medidas” no deja lugar a dudas en cuanto a que no existen disposiciones ni resoluciones de un órgano o dependencia del Estado que queden excluidas de la obligación de perseguir como objetivo primario el principio rector de “interés superior del niño”. Cada vez que en el ámbito judicial se dispone alguna medida respecto de las víctimas infantiles que las haga sufrir o que pueda dificultar su rehabilitación, sostiene Rozanski, se viola el aludido principio rector (aut. cit. en “Abuso sexual infantil ¿Denunciar o silenciar?”).

Argentina ha dictado leyes como la de Protección contra la violencia familiar que rige en el ámbito provincia y a la que los integrantes del Tribunal de Familia N° 2 de La Plata han dado la espalda, tendientes a dar efectividad a la citada Convención, y a la también adoptada por Ley 23.338 -Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer-.

Pero ello por sí no basta. Una vez más es prudente señalar que una intervención desarticulada como la que se observa en autos, además de dañar a los niños y jóvenes afectados, conspira contra el debido esclarecimiento de los hechos -arts. 19, 24.1 y 39 de la CIDN-.

Así como en esta instancia extraordinaria no podemos soslayar la existencia de las infracciones constitucionales como las denunciadas por la Sra Asesora, en particular aquéllas que hacen al debido proceso protecciona-
nal de familia, tampoco, entiendo, podemos desentendernos de las circunstancias del caso que han llegado a conocimiento, de las que resulta también patente que se encuentra en riesgo la salud psicofísica de dos menores y dos adolescentes a quienes debe brindárseles urgente atención mediante las “medidas peticionadas” por su representante promiscua y que fueron por una censurable conducta del órgano jurisdiccional postergadas sine die.

Como cabeza del Ministerio Público de la Provincia no puedo avalar que en el patíbulo del formalismo procesal sucumba la urgente cautelar protección que reclama la joven peticionante para sí y para sus hermanos.

Recordaré aquí las oportunas y equitativas palabras de V.E.; “Es que los límites propios de la instancia extraordinaria que corresponden a esta Corte, que dejan en principio embretada su competencia, pueden y deben ser sobrepasados cuando en forma patente resulta imperioso transitar la senda que nos propone el fin dikelógico, con el cual se ha enriquecido el instituto de la casación originariamente circunscripto al control nomofiláctico y a la faena uniformadora de la jurisprudencia....El Derecho procesal, el proceso en sí mismo, las formas y modos rituales en que él se vertebra, no tienen otro fin que actuar como instrumentos para el debate y el reconocimiento de los derechos sustanciales y el resguardo de las garantías constitucionales. Poco y nada se necesita para prontamente advertir que esta función del proceso se agudiza, hasta alcanzar su máximo de instrumentalidad, cuando el mismo es puesto al servicio del interés superior del niño, cuya consideración primordial se impone a toda institución o autoridad, incluida entre ellas las judiciales (art. 3º, "Convención de los Derechos del Niño). Y es obvio que la debida atención y satisfacción de ese supremo interés no pueden frustrarse como ocurriría, en el caso de autos, si esta Corte no procurara dar una solución legal a lo que aparece como evidente, al disponerse de oficio la nulidad del decisorio que viene recurrido. Es que la pretensión tanto la principal como la cautelar que se constituye como objeto de este proceso se encuentran teñidas por el interés social y el orden público, en cuyas tierras calan profundo los derechos y el interés del niño. sí entonces, en la necesidad de satisfacer aquel interés, pero también buceando en el plexo normativo, para encontrar en él un adecuado fundamento legal (art. 171, Constitución local), encuentro en los arts. 196 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial, los dispositivos en los cuales, este Tribunal, asumiendo positivamente la satisfacción de la tutela requerida, puede disponer las “medidas” solicitadas por los progenitores de E., las que, obviamente, son cautelares, provisionales y accesorias de la pretensión principal (arts. 31, 75 inc. 22 y cc. de la Constitución nacional; 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño) “ (Ac.90868, sent. del 15-12-2004).

Sin desconocer que la función atribuida a la Suprema Corte a través del recurso de inaplicabilidad de ley es la de ejercer un control de

legalidad, ésto es, verificar la recta aplicación del derecho a los hechos definitivamente establecidos en la instancia ordinaria, al igual que en el antecedente de mención, entiendo pertinente que V.E. asuma positivamente la tutela requerida y provea las medidas peticionadas por la Sra Asesora de Menores en resguardo de sus representados, las que omitidas por el Tribunal de origen, acarrear la violación de la ley 12.569, por inaplicabilidad, pues como es sabido, una norma jurídica puede ser infringida de diversos modos; ya sea aplicándola a casos que no están subsumidos en ella, sea dejándola de aplicar a los supuestos que la misma abarca, o estableciendo erróneamente los elementos fácticos (Conf. Hitters, Juan Carlos, “Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación”, pág.266).

Por las razones expuestas aconsejo a V.E.;

1- Haga lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por la Sra Asesora de Menores e Incapaces,.

2- Asuma positivamente la tutela requerida, ordenando las medidas de protección peticionadas por su Ministerio.

3- Ordene la formación de actuaciones administrativas en ejercicio de las atribuciones de superintendencia de las que se encuentra investido, toda vez que la omisión de actuar los deberes que imponía a los Sres Jueces de Familia la ley 12.569 “De Protección contra la Violencia Familiar”, aparece “prima facie” incompatible con el adecuado el servicio de justicia.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 18 de septiembre de 2006.

DRA. MARÍA DEL CARMEN FALBO

Procuradora General de la Suprema

Corte de Justicia

