



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la Ciudad de La Plata a los tres días del mes de febrero de dos mil once, siendo las horas, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Benjamín Ramón Sal Llargués, Carlos Angel Natiello y Horacio Daniel Piombo, bajo la presidencia del primero de los nombrados, con la finalidad de resolver la causa **N° 32.645** caratulada: "**B., A. F. s/ recurso de Casación**"; practicado oportunamente el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **PIOMBO - NATIELLO - SAL LLARGUES**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

A N T E C E D E N T E S

I. El Tribunal Criminal 1 del Departamento Judicial San Martín, condenó, con accesorias legales y costas, a A. F. B., a las penas de veinticuatro años de prisión y un mil pesos de multa por encontrarlo autor de los delitos de abuso sexual doblemente agravado por el acceso carnal y por el vínculo, perpetrado en cuatro oportunidades –en concurso real entre sí-; en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores de edad agravado por el vínculo, cometidos entre marzo del año 2001 y el 6/01/06, en la localidad de Loma Hermosa, partido de San Martín, en perjuicio de su hija M. A. B.; en concurso real con abuso sexual doblemente agravado por el acceso carnal y por el vínculo, cometido en tres oportunidades –en concurso real entre sí- en concurso ideal con promoción de la corrupción de menores de edad, agravado por el vínculo, cometidos entre junio de 2003 y septiembre de 2005, en perjuicio de su hija M. B. B.; en concurso real con el delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil, cometido el 12/1/06 en la misma localidad de los anteriores.

II. Contra dicho pronunciamiento interpone recurso de casación, la

Defensora Oficial departamental, abogada Viviana Fernández, quien direcciona su embate expresando la ilogicidad en función de la manera en que fue valorada la prueba, contrariando lo previsto en los arts. 210 y 373 del ritual. Principia cuestionando la condena respecto del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil, esto es, revolver calibre 22 largo marca Galant, porque estima que debe acreditarse en cada caso la idoneidad del efecto para poner en peligro al bien jurídico. En este sentido alega que no existe prueba incorporada al proceso acerca de su aptitud para el disparo, no pudiendo tenerse en cuenta que la denunciante expresó que 15 días antes de ser detenido el procesado efectuó un disparo con el arma que le fuera secuestrada en el allanamiento. Cualquiera sea la naturaleza del delito, esto es de peligro abstracto o de peligro concreto, no exime de verificar efectivamente la potestad lesiva del efecto secuestrado, para con el bien jurídico en juego. Y de los dichos de la denunciante no resulta medio de prueba eficaz para revertir lo expuesto anteriormente.

Expresa que en lo atinente a la errónea aplicación del art. 119 4to. párrafo inc. e) en función del tercer párr. del C.P. en perjuicio de M. y M. B., hubo arbitrariedad en la valoración de la prueba porque se tuvo por acreditado el acceso carnal y, según su entender, la fellatio in ore configura abuso sexual gravemente ultrajante receptado en el art. 119 2do. párr. del C.P. que prevé una pena menor al delito de violación. Esto así porque la boca no es un vaso receptor apto para la realización del coito. Y de sostener la inclusión de la penetración bucal en las previsiones del art. 119, tercer párrafo del C.P. se realiza una ampliación interpretativa y extensiva del tipo penal por analogía, vedada expresamente en nuestro ordenamiento.

En lo que hace a la aplicación del art. 125 párrafo 3ro. del C.P., también denuncia arbitrariedad en la valoración de la prueba, porque se tuvo por acreditado el delito de corrupción. Y, en el caso, los tocamientos inverecundos como así la exhibición de pornografía, nunca ocurrieron aisladamente de los pretendidos abusos sexuales imputados a su asistido.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Expresa que las menores refieren que esos actos eran preparatorios del posterior acto sexual.

Seguidamente cuestiona la excesiva pena, impuesta por el yerro incurrido en la aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P. En este orden de ideas se disconforma con la agravante tenida en cuenta de "haber eyaculado en diversas oportunidades en el interior de los genitales de sus hijas por el riesgo de dejarlas embarazadas y el de propagación de posibles enfermedades venéreas", peticionando su desaplicación por tres motivos: a) porque los dichos de las menores no fueron confirmados por ningún tipo de evidencia física colectada en la presente, b) porque, tampoco se acreditó que efectivamente las menores hubiesen estado expuestas a los riesgos señalados por el Tribunal, desde que el peligro debió haber sido real y efectivamente acreditado para que resulte suficiente para agravar la pena a imponer y c) porque la eyaculación del hombre responde a una necesidad física del cuerpo humano –ajena a la voluntad del sujeto- a consecuencia del acto sexual, y por tanto, parte integrante de la conducta típica imputada a su asistido.

Respecto a la otra circunstancia agravante impuesta "la corta edad de las víctimas", fue valorada por "... la mayor vulnerabilidad e indefensión en que se encontraban al momento de los hechos...". Y esto no fue corroborado en la causa.

Ya en el campo de las atenuantes, peticiona sean consideradas las omitidas por el Tribunal, las que a continuación expone: a) la falta de antecedentes penales; b) la actitud asumida con posterioridad a su detención en cuanto ha procurado, profundizar sus estudios en la unidad penal donde se encuentra alojado y; c) su condición de trabajador, colaborando en tareas administrativas en dicha unidad.

Por último advierte que la cantidad de circunstancias atenuantes

destacadas por el sentenciante, las agravantes solicitadas por la fiscalía y que luego fueron descartadas, como así la falta de precisión sobre en qué medida la sanción impuesta, cumplirá los fines de prevención especial que le han atribuido, ponen de manifiesto que no se tuvieron en cuenta los principios de humanidad, razonabilidad y proporcionalidad vigentes en la materia. En consecuencia se afecta el principio de proporcionalidad mínima, pues aún verificada afectación de bienes jurídicos cuya necesidad de protección resulta incuestionable, la pena de veinticuatro años de prisión, resulta irracional. Solicita la absolución en orden a los delitos contra la seguridad pública y contra la integridad sexual en perjuicio de M. y M. B.. A todo evento solicita la disminución de la condena. Formula la reserva del caso federal (art. 14 de la ley 48).

III. A fs. 33 el Tribunal 'a quo' resolvió conceder el recurso de casación (arts. 433, 451 del C.P.P.).

IV. Desistida por las partes la audiencia de informes, presentan sendos memoriales, principiando el Adjunto del Defensor de Casación, peticionando se haga lugar al recurso deducido. Por su parte, la Adjunta del Acusador Público ante esta instancia, comienza su alocución considerando que el delito normado en el art. 189 del C.P. es de peligro abstracto, por lo que la incriminación se encuentra insita en la norma y destinada a preservar la seguridad pública. Los extremos están probados, resultando suficiente para rechazar este tramo de la queja. En lo atinente a la corrupción de menores, se vio desarrollada por la conducta sexual del imputado sobre las víctimas, encerrando suficiente idoneidad como para dejar rastros deformantes en el normal desarrollo sexual de la menor. Por otro lado respecto de la 'fellatio in ore' la norma es clara, por lo que el abuso sexual con acceso carnal de la nueva ley es similar al delito de violación que contemplaba la antigua redacción del C.P. y el accionar típico en esta agravante consiste en el abuso sexual mediante acceso carnal por cualquier vía. Por último tanto las atenuantes como las agravantes planteadas por las partes, fueron tratadas y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

consideradas, precisando el sentenciante en su resolución la aplicación de cada una de ellas. En consecuencia, la apreciación a la que llega el sentenciante, no puede ser tachada de absurda ni arbitraria, porque no se apartaron de lo normado en los arts. 40 y 41 del C.P.

V. Así las cosas, encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, fue sometida al acuerdo decidiendo los magistrados arriba indicados plantear y resolver las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Corresponde declarar de oficio la prescripción respecto al delito previsto en el art. 189 bis del C.P.?

2da.) ¿Hubo errónea aplicación del art. 119 4to. párrafo inc. e) en función del tercer párr. del C.P. en perjuicio de M. y M. B.?

3ra.) ¿Hubo errónea aplicación del art. 125 párrafo 3ro. del C.P.?

4ta.) ¿Deben descartarse las circunstancias agravantes?

5ta.) ¿Corresponde hacer lugar a los agravios respecto a las circunstancias atenuantes?

6ta.) ¿Resulta excesivo el monto de pena impuesto?

7ma.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Se impone la declaración de prescripción de la acción penal del delito de referencia con relación a la multa impuesta por el judicante de mérito, desde que, a estar a la fecha crítica configurada por el dictado de sentencia – esto es, el 18/2/08-, de allí hasta el día de hoy, no mediaron actos interruptivos del curso temporal de la extinción accionaria, superando por cierto el plazo bianual previsto en la ley (art. 59 inc. 3, 62 inc. 2, 67 inc. e) del C.P.).

En la eventualidad de que posición primaria al respecto no triunfe en definitiva, dejo sentado que, con independencia que la experticia balística no haya sido incorporada por razón de su extemporaneidad, lo cierto es que quedó acreditado por vía testimonial que el arma fue disparada, sin que haya desvirtuado esa parcela probatoria. Por otra parte, en el curso ordinario de los acontecimientos, quien tiene para sí un adminículo defensivo de la naturaleza del incautado, es natural que se valga en las emergencias con algo que sea apto para el disparo, o sea que se halle en condiciones de cumplir su finalidad, puesto que de otra manera carecería de razón de ser la misma guarda.

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Entiendo que sí, ya que ha transcurrido en el sub lite el máximo de duración de la pena correspondiente al ilícito en cuestión previsto en el art. 189 bis del C.P., desde la fecha de la sentencia condenatoria –no firmada por el Tribunal *a quo* el 12/2/08 hasta la fecha, sin que haya mediado algún acto interruptivo del curso temporal (cf. arts. 67 inc. “e” según ley 25.990 y 62 del C.P. y precedentes P. 89.900, sent. del 9-V-2007, P. 83.300, sent. del 12-VII-06 de la Suprema Corte de Justicia Provincial, entre otros).

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

La recurrente cita un fallo de esta Sala I, en apoyatura de sus argumentaciones, el cual ya fue dejado de lado con un cambio jurisprudencial operado a partir de la sentencia del 21/2/06 en causa 10.525, "Gutiérrez"; conf.: Sala II, sent. del 25/10/05 en causa 15.017, "F., C. A."

Consecuencia de esto es que en este orden de ideas, adhiero al parecer del Ministerio Público Fiscal, al que en honor a la brevedad, hago mío.

Agrego además, que la recurrente no se hace cargo que además del testimonio de las víctimas el imputado confesó haberlas accedido, no solo vía oral, sino vaginal, como así también en forma anal a M. B., por lo que un cambio en el sentido que propugna en poco o nada favorecería a su asistido.

Lo expuesto hace que quede desplazado el planteo con atingencia al concurso aparente de leyes invocado por la defensa.

Voto por la negativa.

A la misma segunda cuestión planteada, el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Piombo y doy el mío en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la negativa.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Adhiero al voto del doctor Piombo por las razones que expone, aunque es conocida mi postura de fincar en el segundo párrafo del art. 119 C.P. a la felación.

Voto por la negativa.

A la tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Yerra la impugnante en la argumentación vertida respecto a este agravio desde que, en el caso, este delito es preparatorio, pero conserva totalmente su autonomía. Desde luego que ante esa situación el concurso no pueda ser otro que el ideal.

Por otra parte no se hace cargo que ambas víctimas tenían una corta edad cuando su progenitor comenzó con estos actos. Y a esa edad tales actos configuran un fuerte y antinatural desvío de la personalidad y de la educación que debe recibir un niño. Así, M. B. tenía apenas ocho cuando su progenitor comenzó a abusar de ella, situación que se prolongó hasta la edad de trece años; y M. B. tenía nueve años cuando se inició un obrar que se prolongó hasta los doce años.

Agrego que el propio imputado reconoció que exhibió videos pornográficos expresando '*... a veces en los mismos momentos en que realizaba los actos sexuales y otras veces no...*' (ver fs. 15 vta.).

Voto por la negativa.

A la misma tercera cuestión planteada, el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Piombo y doy el mío en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la negativa.

A la misma tercera cuestión planteada, el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Adhiero al voto de los colegas preopinantes expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la negativa.

A la cuarta cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Las dos circunstancias agravantes deben ser quitadas.

La primera "el haber eyaculado en diversas oportunidades en el interior de los genitales de sus hijas por el riesgo de dejarlas embarazadas y el de propagación de posibles enfermedades venéreas", porque no es más que especulación de algo, que en definitiva, no sucedió. Aparte de ello, para que la última configurara un real peligro, debió determinarse si el padre era portador de tales enfermedades o que convivía con personas que las tenían como patología virulenta. Y la primera de las indicadas debía, por cierto, indisolublemente conectarse con la circunstancia de que el encartado, al momento de realizar tales accesos carnales tenía espermatozoides aptos para generar y que también sus hijas estaban en condiciones de concebir.

La restante, esto es, la referida a "la corta edad de las víctimas" también debe ser desechada porque, sencillamente, el dato de la edad es un recaudo típico en los delitos por los que fuera condenado B.. Por consiguiente, hacer jugar dicha circunstancia peyorativa implicaría verdadero "bis in idem".

Voto por la afirmativa.

A la misma cuarta cuestión planteada, el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

I.- No puedo acompañar a mi colega de Sala el Dr. Piombo en la propuesta de obliteración de las pautas agravantes.

Es que coincido con el "a quo" en que el "haber eyaculado en diversas oportunidades en el interior de los genitales de sus hijas" es representativo de la creación del peligro de dejarlas embarazadas y de transmitirles enfermedades sexuales, y en esa inteligencia resulta ser una pauta objetiva merecedora de un mayor reproche.

En efecto, la circunstancia agravante cuestionada, representa un peligro concreto no sólo de fecundación, sino de la propagación de

enfermedades de transmisión sexual. Ello, por caso, se ve reflejado en la circunstancia de que los únicos líquidos corporales que contienen suficiente cantidad de virus para provocar contaminación o contagio de enfermedades como el SIDA y la Hepatitis B, son la sangre y las secreciones sexuales tanto del hombre como de la mujer: el esperma y, aunque en menor medida, el líquido seminal (las gotas previas a la eyaculación); las secreciones vaginales y la leche materna.

Enseña la ciencia médica que para que estos líquidos resulten transmisores, el virus debe penetrar en el cuerpo y sólo puede hacerlo por zonas muy determinadas, ya que la piel y las mucosas bucales, salvo si existen heridas, no se consideran puertas de entrada de virus.

En cambio si hay eyaculación existe un riesgo mayor para la persona que ha sido penetrada, puesto que se trata de un fluido mucho más contaminante que las secreciones vaginales, y tanto las paredes de la vagina, como el cuello del útero, el útero, el bálano (parte terminal bulbosa del pene), la uretra (el conducto urinario) y el recto (zona posterior al ano) son fáciles conductores enfermedades de transmisión sexual, ya que al estar tapizados de células permiten el contagio por simple contacto con el semen, sin necesidad de heridas.

Lo expuesto es claramente demostrativo de que la actitud del imputado ha generado un riesgo mayor, entendido éste, como la contingencia o proximidad de un daño, idea que se encuentra íntimamente vinculada a la percepción de peligro o a la incertidumbre o posibilidad de que el suceso indeseado pueda ocurrir (tal el sentido que le otorga el diccionario de la real academia española), lo que tira por tierra la pretensión de la defensa de que debió comprobarse si el violador era portador de alguna enfermedad de transmisión sexual o si convivía con personas que las tenían como patologías virulentas; o si al momento de los hechos sus espermatozoides eran aptos para engendrar, etc.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

II.- Tampoco puedo acompañarlo en la propuesta de obliteración de la "corta edad de las víctimas", ya que resulta una manifestación clara de desprecio por la niñez, al contar sus víctimas con ocho (8) y doce (12) años de edad. Y es que no encuentro violación al bis in idem, puesto que la "escasa edad" no forma parte de las figuras penales enrostradas.

En efecto, en tanto los abusos sexuales fueron agravados por el vínculo y por el acceso carnal, en tanto que el concurso ideal que asignara el "a quo" con corrupción de menores no puede confundirse con la agravante apuntada, ya que a los efectos de la configuración del tipo, menor de edad resulta ser aquella persona que detenta menos de 18 años de edad.

Además, la figura en cuestión -art. 125 tercer párrafo- no releva a nivel típico la edad de la víctima, motivo por el cual es procedente valorar esta circunstancia como lo hizo el "a quo", fundamentalmente porque esa circunstancia denota una mayor vulnerabilidad física y moral, evidenciando consecuentemente un mayor grado de injusto, sin que ello implique valorar doblemente una misma circunstancia.

Por todo lo expuesto, voto por la negativa.

A la misma cuarta cuestión planteada, el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Adhiero al voto del doctor Piombo. He sostenido antes de ahora que: resulta claro que en materia de interpretación de la ley penal debe operar siempre el principio más restrictivo de penalidad. Este es un dato que no parece haber estado en el proceso de estimación de la sanción cuando el *a quo* ha supuesto que la eyaculación en el saco vaginal de la víctima debe operar como agravante.

Pero esto que digo sería razonamiento autoritario sino explícito cuáles son las razones que me llevan a coincidir con la parte recurrente.

El fallo afirma que la eyaculación agrava la mensura (no explica si del injusto o el reproche) “*debido al riesgo de contagio y embarazo no deseado que ello conlleva para la víctima.*”.

La eyaculación es el momento final del acto sexual para el varón.

Ese acto y a fortiori ese momento final, puede tanto darse como culminación de un acto de amor, sobre esa base y tratándose de una pareja heterosexual procurando un embarazo buscando un hijo, como nuda búsqueda de placer o estar alentado –como en el caso- por un fin delictivo mediante un ataque que persigue ese desfogue.

Es sobre estas consideraciones que Welzel expuso su teoría de la adecuación social de la conducta: cómo el contexto condicionaba la recepción de un comportamiento que –físicamente contemplado- era el mismo. Esta referencia la hago para destacar justamente que se trata de una conducta idéntica que –dependiendo de las circunstancias contingentes- puede ser objeto de valoraciones por entero divergentes.

Así considerada, la culminación de un acto, desde la lógica, es parte del mismo: el momento final integra el tracto de momentos que constituyen el acto por la misma razón que la parte pertenece al todo.

En esto de la consideración integral del acto cabe señalar cómo en el Viejo Testamento era pecado que se atribuyera a Onán el “coitos interruptus” (no la masturbación a la que con error designa como “*onanismo*”) que consiste justamente en derramar semen fuera del saco vaginal.

De tal suerte ese momento final del acto es un dato que el tipo de la violación sexual con acceso carnal necesariamente connota.

Esta afirmación es válida aún cuando se trate de un acceso carnal contranatura con completa prescindencia de quién resulte sujeto pasivo, esto es decir se trate el sujeto pasivo de quien quiera se trate.

Con lo que dejo dicho señalo que la finalidad contingente de acceder carnalmente a la víctima –claramente delictiva- importaba la eyaculación.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

El problema en la sub lite es que el *a quo* ha incorporado como agravantes dos circunstancias que exceden la mera búsqueda del tórpido desfogue que el imputado pusiera de manifiesto en el caso –dolo de acceder carnalmente a una mujer- y que necesariamente deberían implicar conocimientos suplementarios al mero acceso carnal aludido. Más claramente: el *a quo* ha entendido que al eyacular dentro del saco vaginal, el imputado ha querido, de algún modo (aún eventualmente) aumentar el riesgo no sólo de embarazo sino además de contagio de una enfermedad venérea o de transmisión sexual.

La noción introducida por el *a quo* es entonces la de la creación de un riesgo (de contagio o de embarazo).

Debe descartarse por entero el riesgo de contagio como agravante genérica en el contexto de la norma del art. 41 C.P. puesto que esa circunstancia resulta una de las contempladas expresamente en el nuevo texto del art. 119 apartado c) de ese texto de fondo, donde –en sintonía con lo que acabo de decir- el tipo exige del sujeto activo el conocimiento efectivo de ser portador de una enfermedad grave transmisible sexualmente y sobre ese conocimiento previo, la creación del efectivo peligro de contagio. Esto es así porque si no se conoce la existencia de la enfermedad no puede imputarse –sin acudir a la responsabilidad objetiva- el peligro de contagio y en el caso ni siquiera se sabe si el imputado portaba enfermedad alguna. Así, el peligro sería abstracto y remoto y –a la luz del principio de máxima taxatividad legal e interpretativa- incomputable por contrario al principio de lesividad dimanante del art. 19 de la Constitución Nacional.

Corresponde ahora valorar el riesgo de embarazo no querido.

La primera precisión es que es claro que en el contexto de un ataque sexual con acceso carnal el embarazo no ha de ser deseado.

Esto vale tanto para la víctima como –en general- para el imputado. El aserto, tratándose de la víctima no necesita otra consideración. En el caso del sujeto activo para encontrar un ejemplo de búsqueda de embarazo cierto, debería acudir a supuestos absolutamente extraños al delito común, que todos los cartabones de infracciones penales describen como violación sexual, como han sido las tremendas prácticas genocidas verificadas en la guerra de los balcanes.

El imputado de un delito como la violación sexual –de seguro- no quiere el embarazo de su víctima pues es claro que es una evidencia o prueba del mismo que ciertamente lo puede perjudicar y –entonces- es natural que no lo desee.

Por otro lado, y dispénsese la obviedad, este peligro podría existir siempre y cuando la víctima fuera mujer y estuviera en edad, condición y etapa de concebir.

No puede haber dificultad en entender lo que digo a la luz de lo afirmado respecto del riesgo de contagio anteriormente tratado: también se reclamaría del autor el conocimiento de que la víctima está en condiciones de quedar embarazada, lo que –como es de público y notorio- no es una constante aún en las mujeres en edad de concebir. Por ello lo de la edad, condición y etapa. Una mujer afectada de esterilidad, o menopáusica, aquella a la que por cualquier razón se le hubiera practicado una histerectomía, o que cursara los días de privación del óvulo, o que sufriera de importantes irregularidades en sus períodos, por citar algunos casos ostensibles desde el otero de mi natural ignorancia sobre el tema, no correría ese riesgo de quedar embarazada.

Nótese que una institución tan refractaria al control de la natalidad y sustentadora de la paternidad responsable como la Iglesia Católica, acepta sin cortapisas el método de Ogino – Knaus para practicar el coito sin riesgo de embarazo, método que como es sabido opera a favor de las etapas lejanas a la ovulación de la mujer.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Otra vez, el autor debería conocer, aún eventualmente, que la mujer se encontraba en condición de recibir su esperma para concebir.

Es paradigmático en esta clase de delitos que –en el momento del hecho- haya una notable reducción de la actualización de los conocimientos que puedan focalizarse por la naturaleza del acto que los consuma y es por ello y no por otra cualquier razón que se reclama el conocimiento previo. Sostener en estos casos que cualquier dato debe ser internalizado en el momento del hecho es rayano con la responsabilidad objetiva. La naturaleza de las cosas reclama que tales exigencias cognitivas existan antes de desencadenarse esa animalidad propia de estos delitos. Hablo de animalidad sin desmedro del animal pues de este modo rescato la idea de lo que sólo es alimentado por el instinto.

Pero el caso es que –aún en la lógica que el fallo plantea- la circunstancia de que se procure una eyaculación fuera del saco vaginal en modo alguno aventaría el riesgo de embarazo que está computando, ello habida cuenta la posibilidad de que el mismo se presente en casos en que no se haya producido siquiera penetración alguna.

Esto me lleva a propiciar la obliteración de esta agravante.

Creo –para terminar con el tema- que razonando a contrario correspondería reducir el monto de injusto si dada la penetración propia del acceso sexual vía vaginal, el autor procurara la eyaculación fuera del cuerpo de la víctima. Esta sería una clara y natural reducción del injusto por el voluntario cercenamiento del acto completo.

Debe ceder.

Voto por la afirmativa.

A la quinta cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Tal como se advierte la ausencia de condenas anteriores, implica la

ausencia de antecedentes penales, particular que aparece contemplado por los sentenciantes de mérito.

Respecto a las circunstancias disminuyentes peticionadas tales como, a) la actitud asumida con posterioridad a su detención en cuanto ha procurado, profundizar sus estudios en la unidad penal donde se encuentra alojado y; b) su condición de trabajador, colaborando en tareas administrativas en dicha unidad, resultan ajenas a la conducta por la que fuera condenado, aun cuando hacen a la aptitud que muestra para encarar una posible reinserción social, particular que tengo en cuenta; pero que, por cierto, más hace a la posibilidad de sustentar, en lo futuro, algún pedido de libertad condicional o de libertad asistida.

Voto por la negativa.

A la misma quinta cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Tal como lo expresa el Dr. Piombo, las circunstancias apuntadas resultan ajenas a la conducta por la que fuera condenado, motivo por el cual no tienen aptitud para que sean consideradas como minorantes de la pena.

Voto en consecuencia por la negativa.

A la misma quinta cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Creo que todo acto que evidencie enmienda se inordina a realizar los objetivos de la pena y conlleva una menor cuantía en lo que importa una anticipación de los efectos que cabe esperar al final del tratamiento penitenciario.

Merecen recepción como atenuantes.

Voto por la afirmativa.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

A la sexta cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

El meollo de la queja apunta aquí a que el decisorio, en cuanto a la pena impuesta, pone de manifiesto que los magistrados de juicio *no tuvieron en cuenta los principios de humanidad, razonabilidad y proporcionalidad vigentes en la materia, pues ... aún verificada afectación de bienes jurídicos cuya necesidad de protección resulta incuestionable, la pena de veinticuatro años de prisión, resulta irracional*".

Corresponde atender a la súplica de la Defensa.

En concernencia tengo dicho en otras especies semejantes a la presente que:

En la actualidad las sanciones hay que aplicarlas atendiendo preferentemente a la Constitución. Y hoy en día, integran la Carta Magna cuatro instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos que colocan en situación de primacía, primero el derecho a la vida y luego el derecho a la libertad, quedando todos los demás en rangos subordinados. Entonces, cuadra imponer pena teniendo muy presente que las mayores sanciones deben caber cuando las conductas atacan aquellos bienes (vida y libertad), y no los demás protegidos en el Código Penal. Desde luego que la clásica cultura religiosa hispánica hizo a estos delitos -los atañedores a la defensa de la honra, la integridad o la libertad sexual-, verdaderos íconos a los que había que anexar las más severas sanciones por ligarse al pecado original. Pero hoy en día, la escala de valores pasa más por otros cimeros distintos de los tutelados por las disposiciones en aplicación en estos actuados".

A través del trazado puente conceptual arribo a una idea morigeradora que se conjuga en el caso con la disminución emergente de la desconsideración de agravantes y la acreditación de una circunstancia atenuatoria. Y aún cuando los hechos juzgados asuman contornos de repulsivos, la sentencia por dictar no debe recoger, sin más, la exacerbación de valores que, precisamente, se encuentran sometidos a profunda erosión y cambio, incluso también en la idea de familia a la cual igualmente afectan las ilicitudes cometidas. Consiguientemente, propugno racionalizar la pena y tornarla congruente con los instrumentos internacionales arriba indicados, También, aunque esto es colateral, con la sanción que merece el delito de homicidio, sin duda el más grave de los delitos porque sus efectos son absolutamente irreparables para la víctima, amén de terminar definitivamente con quien es el soporte de todo valor y destinatario de toda protección. Propongo dieciséis años de prisión, dejando intactas las demás declaraciones formuladas en el instrumento que se revisa.

Voto por la afirmativa.

A la misma sexta cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

No puedo acompañar a mi colega de Sala, ya que estimo que el recurrente no ha logrado demostrar que el "quantum" impuesto por el "a quo" resulte inmotivado, o haya incurrido en infracción legal alguna al escoger un monto que no resulta arbitrario ni desproporcionado para los delitos que se tuvieron por probados.

De modo tal que, no habiéndose acreditado a mi juicio la violación de los artículos 40 y 41 del C.P., conforme lo expusiera en la cuestión anterior, a la aquí planteada debo resolverla por la negativa.

A la misma sexta cuestión planteada, el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Adhiero al voto del doctor Piombo expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la séptima cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Atento al modo como ha quedado resuelta en las cuestiones precedentes, corresponde: 1) declarar la extinción de la acción penal por prescripción respecto al delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil; 2) por mayoría, casar parcialmente la sentencia de grado respecto a las circunstancias agravantes descartando la corta edad de la víctima y el haber eyaculado en diversas oportunidades en el interior de los genitales de sus hijas; 3) racionalizar la pena en orden a los bienes jurídicos constitucionalmente acreedores de mayor protección relativo, fijando por mayoría la sanción a A. F. B. en la cifra de dieciséis (16) años de prisión, accesorias legales y costas, dejando intactas las demás declaraciones formuladas en el texto, sin costas en esta instancia. (Arts. 210, 373, 460, 530 y 532 del C.P.P.; 40, 41, 62, 67, 119 párrafos primero, tercero y cuarto inciso b, 125 párrafo tercero y 189 bis inc. 2º primer párrafo del C.P.); y 4) tener presente la reserva del caso federal formulada por la Defensa de Casación (art. 14 de la ley 48).

Así lo voto.

A la misma séptima cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Dejando a salvo mi opinión, adhiero al voto del doctor Piombo y doy el mío en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la misma séptima cuestión planteada el señor Juez doctor, Sal Llargués, dijo:

Adhiero al voto del doctor Piombo expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve:

I.- Declarar la extinción de la acción penal por prescripción respecto al delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil.

II.- Por mayoría, casar parcialmente la sentencia de grado respecto a las circunstancias agravantes y el quantum de pena impuesto por la instancia.

III.- Por mayoría, fijar la pena a A. F. B. en dieciséis (16) años de prisión, accesorias legales y costas, dejando intactas las demás declaraciones formuladas en el texto, sin costas en esta instancia.

Arts. 210, 373, 460, 530 y 532 del C.P.P.; 40, 41, 62, 67, 119 párrafos primero, tercero y cuarto inciso b, 125 párrafo tercero y 189 bis inc. 2º primer párrafo del C.P.

IV.- Tener presente la reserva del caso federal formulada por la Defensa de Casación (art. 14 de la ley 48).

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto juntamente con la causa principal al Tribunal Criminal 1 del Departamento Judicial San Martín. Oportunamente remítase.

FDO.: BENJAMIN RAMON SAL LLERGUES – CARLOS ANGEL NATIELLO
– HORACIO DANIEL PIOMBO



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
ANTE MI: Gerardo Cires

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA