

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

## TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata a los dos días del mes de marzo dos mil once, siendo las ..... hs., se reúnen en acuerdo ordinario los Jueces de la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Benjamín Ramón Sal Llargués, Carlos Ángel Natiello y Horacio Daniel Piombo, con la presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causas **N° 29.678** de este Tribunal "**P., E. V. s/ recurso de casación**". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debe observarse el orden siguiente: **SAL LLARGUES – NATIELLO - PIOMBO**, procediendo los nombrados magistrados al estudio de los siguientes:

**ANTECEDENTES**

Por sentencia de 25/06/2007 el Tribunal en lo Criminal n° 3 del Departamento Judicial Mar del Plata en causa de su registro N° 3494 y acum., condenó al imputado del epígrafe a la pena de veintidós (22) años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos -ocurrentes en forma real- de: abuso sexual con acceso carnal agravado por el empleo de arma en concurso real con robo agravado por el empleo de arma de poder vulnerante desconocido; robo agravado por el uso de arma de utilería; abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma; abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma en dos víctimas en concurso real con robo agravado por el empleo de arma de poder vulnerante desconocido; abuso sexual con acceso carnal agravado por el empleo de arma; abuso sexual con acceso carnal agravado por el empleo de arma, en concurso real con robo agravado por el empleo de arma de poder vulnerante desconocido; abuso sexual con acceso carnal agravado por el empleo de arma en dos víctimas y robo agravado por el empleo de armas de poder vulnerante desconocido; y abuso sexual con acceso carnal agravado por el empleo de arma en concurso real con el delito de robo agravado por su comisión mediante el empleo de armas de poder vulnerante desconocido; y en definitiva la pena única de veintidós (22) años

y seis (6) seis meses de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la enunciada precedentemente y de la pena de un (1) año de prisión de ejecución condicional impuesta por ese mismo Tribunal en causa nº 2236 por el delito de robo en grado de tentativa (art. 58 C.P.).

Contra el fallo de referencia interpuso recurso de casación su Defensora Oficial, Dra. Ana María Fernández, denunciando errónea aplicación de los arts. 373 y 210 del C.P.P., mediante errónea valoración de la prueba.

En primer lugar, la impugnante se agravia de la utilización de prueba cuya exclusión solicitó y fuera rechazada por el sentenciante, con oportuno protesto. Específicamente se dirige contra el llamado "perfil de ADN 4158" que se utilizó para la atribución de autoría y ello por violación de la prohibición de autoincriminación del imputado (arts. 18 y 19 de la C.N., y art. 15 de la Const. Prov.). Argumenta, en ese sentido, que su defendido prestó consentimiento para la pericia en investigación 147920, en la cual fue sobreseído. Resalta la inexistencia de consentimiento o en su defecto de autorización del Juez de Garantías, a los efectos para los que fue utilizado, y que por tanto la prueba derivada resulta inválida por afectación de la intimidad y a todo evento por la veda del artículo 51 del C.P.: un argumento coadyuvante a la prohibición de obtención de datos de una investigación penal preparatoria que culminara en sobreseimiento. Reclama nulidad en orden al artículo 203 del C.P.P. por el carácter espurio con el que se logra vincular a P. con los hechos de la sentencia. Agrega que, de considerarse la existencia de un registro de perfiles de ADN -en el sentido al que se refieren los juzgadores- eso implicaría una doble violación en clave de derechos humanos: por un lado a la intimidad por divulgación de información personalísima del sujeto, y por el otro el derecho a la no discriminación o estigmatización. Sostiene que eliminando este elemento nunca se hubiera podido estructurar certeza alguna en contra de su asistido, y peticona su absolución.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En segundo término se agravia de la consideración de la palabra arma en los tipos penales de los arts. 119 y 166 inc. 2º del C.P. a la luz de la reforma de la ley 25882. Critica puntualmente la aplicación del inciso d) del 4º párrafo del art. 119 enfatizando que en autos no se ha secuestrado arma de fuego alguna ni tampoco surge, sin lugar a dudas, quien la haya habido. Argumenta apoyándose en la exposición de motivos y en la letra de la ley 25882, considerando a esta última la materialización de la teoría de la interpretación objetiva del concepto de arma en el Código Penal. Aboga en ese sentido por la primacía de la coherencia y el principio de igualdad del artículo 16 de la C.N. Párrafo aparte dedica a la aplicación de este agravante en el "hecho VIII" en el que la misma víctima señaló como el elemento utilizado un "tronquito".

En relación a los delitos contra la propiedad, y al no haber podido acreditarse existencia de arma de fuego, afirma la imposibilidad de adentrarse en el estudio de su poder vulnerante, máxime cuando en el delito que perjudicó a un poli-rubro no se utilizó un arma de fuego, sino una de utilería. Esgrime la concurrencia de duda razonable en orden al art. 1 del C.P.P. respecto de los delitos contra la libertad sexual.

Requiere, en consecuencia, subsunción de los delitos en los tipos penales de de robo simple del art. 164 y abuso sexual con acceso carnal simple del art. 119, ambos del Código Penal.

Denuncia también arbitrariedad en la desestimación de la eximente planteada en punto a la inculpabilidad de P. por disminución de su capacidad de autodeterminación por debajo del umbral mínimo necesario para una condena penal, proponiendo su absolución. Tilda de insuficiente en este ítem la deficitaria pericia del Dr. Diego Otamendi, pero rescata esa pieza en cuanto advierte la "actuación instintual que llevara a P. en la inmediatez en la acción lo que lo coloca por debajo del umbral mínimo que requiere la dirección de las acciones conforme la comprensión" (fs. 116). Por su escaso rigor científico, el rechazo de las conclusiones de la perito Lezcano. Señala

que la selectividad y el modo de proceder resultaron necesarios con miras a dar respuesta a la compulsión que padece su asistido, toda vez que el mismo tenía conocimiento de la reprochabilidad de su acción; comprende sus acciones, más allá de su no direccionalidad.

Peticiona absolución de su pupilo procesal por actuar inculpablemente en orden al art. 34 inc. 1º del Código Penal.

Por último, embate contra la medición judicial de la pena denunciando la aplicación del art. 55 del C.P. conforme ley 25928, cuando por imperio del artículo 2 del mismo cuerpo legal debió acudirse a su redacción anterior vigente al momento de comisión de parte de los hechos juzgados. Indica que habiendo impuesto una sanción cercana a la mitad de la pena prevista en aquél -22 años de prisión-, por aplicación de la ley más benigna la sanción de la acumulación no podría superar el término medio de ésta, es decir 12 años y 6 meses de prisión.

Concedido el recurso y radicado por sorteo en esta Sala, fue declarado formalmente admisible y se fijó audiencia para la producción de informes en derecho. Las partes técnicas ante el Tribunal desistieron de la celebración de la diligencia y adjuntaron sendos memoriales ejerciendo la facultad conferida por el artículo 458 in fine C.P.P. El Sr. Defensor Adjunto, Dr. Hernández, manteniendo íntegramente el remedio impetrado; el Sr. Fiscal, Dr. Altuve, propiciando su rechazo alegando su insuficiencia y mera reedición de planteos suficientemente respondidos por el *a quo* en la sentencia, correctamente calificados los hechos y descartada la imputabilidad; sin advertir agravio alguno en lo que respecta al monto de pena impuesto.

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, los magistrados de referencia en el inicio de esta relación resolvieron plantear y dilucidar las siguientes:

## **C U E S T I O N E S**

**1ra.)¿Se acreditan las violaciones legales denunciadas?**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

**2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

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

No creo que pueda revisarse el fallo en cuanto valora la peritación de ADN. Desde mi desempeño como juez de la Cámara Tercera de La Plata sostengo que es legítima la intervención con la compulsividad mínima necesaria – bajo la directa supervisión judicial– para la obtención de fluidos del sujeto imputado de delito cuando está sujeto a proceso en virtud de que –desde esa perspectiva– es objeto de prueba.

No se me escapa que recientemente la Corte Suprema de la Nación se ha expedido en sentido divergente pero en ello remito a la incontestable paridad del caso al de una supuesta negativa de un individuo a suministrar sus huellas dactilares.

Si fuera imposible ejercer la mínima intervención corporal mediante la acción directa del Estado, ejercida con no menos directa supervisión judicial para valorar esa mínima ingerencia, ese Estado resignaría la posibilidad elemental de identificar a sus ciudadanos. Esta similitud es la que reconociera hace muchos años la jurisprudencia de Estados Unidos a que aludiera en la conocida causa que se iniciara por la desaparición de Andrés Núñez y en la que me tocara intervenir en mi anterior función judicial. Recuerdo que el nombrado fue víctima del delito de lesa humanidad de desaparición forzada de personas bien que antes de que la convención respectiva lo declarara tal.

Por lo demás, la caducidad de los registros a que alude el art. 51 C.P., como lo afirma el *a quo* es completamente diferente a la que pretende que operara con los datos genéticos de un imputado desde que estos –que hacen a un patrón único de identidad– tanto pueden servir para exonerar a una persona cuanto a incriminarla como lo pueden hacer sus improntas papilares.

Debe ceder en cambio la agravación del uso de armas en los ataques sexuales como en los delitos contra la propiedad por cuanto en la sucesión de leyes vigente respecto de estos (no regía el actual texto del art. 166 inc. 2° C.P. y de tal suerte la ausencia de secuestro de arma apta alguna impide su colación al sub lite) cuanto la imposibilidad de peritación respecto de los elementos descriptos como armas por los sujetos pasivos de los primeros impide su recepción.

Corresponde degradar las figuras de los abusos sexuales con acceso carnal como los robos a sus tipos básicos.

Respecto de la inimputabilidad alegada recién en el debate, no parece vulnerable el fallo en tanto ha optado por una peritación que se hace cargo de los déficits para administrar su autodeterminación por el imputado pero sin abolirla en desmedro de una experta de la conducta que no satisfizo el examen a que fuera sometida por las partes y que resultó evaluada negativamente con sustento en la comparación de su desempeño con el que desarrollara el psiquiatra que se produjera en la causa. Esta elección no exhibe el vicio de arbitrariedad que se le asigna y –en último análisis– viene bendecida por la intermediación y por el unánime voto de laudar por la impulsividad de P. antes que su compulsividad. También cabe apuntar que ese dato se sopesó como diminuyente del reproche.

Respecto del texto del art. 55 C.P. vigente en el momento de los primeros hechos, nada indica que el *a quo* haya violado tanto la aplicación de la ley más benigna como el máximo aplicable que sobradamente podría llevar la pena a los veinticinco años que entonces fuera el tope de las penas divisibles (como lo es para mí conforme lo dicho en causa n° 2.929 y máxime a la luz del texto de la ley 26.200). Empero, las degradaciones típicas que propongo a mis colegas de sala me llevan a propiciar una nueva mensura y estimar la pena en la de diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas.

Voto parcialmente por la afirmativa.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

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

Adhiero al voto del Doctor Sal LLargués excepto en cuanto descarta la agravante por el uso de armas en los delitos contra la propiedad y en los ataques sexuales toda vez que, en mi criterio: "... *arma es todo objeto destinado a ofender o defender y, en ese sentido, un revolver o una pistola son armas aun cuando no funcionen o estén descargados...*" Ver mis votos en causas n° 4847 "Crespo, Gustavo Luis", sentencia del 07/08/03, registro 585; y n° 1859 "Martínez, Edgardo Gastón", sentencia del 04/09/03, registro 649."

También he dicho en las causas citadas que: "...*el sentido de la agravante reside en la situación de extrema desprotección de la propiedad derivada de la utilización de un elemento que, ya sea por el peligro que representa o por la intimidación que provoca, resulta apto para anular cualquier posible resistencia de la víctima. De modo que así como no hay obstáculo alguno en aceptar que la intimidación o la violencia agravan indistintamente el desapoderamiento convirtiendo el hurto en robo, tampoco lo hay en admitir que la utilización de un medio que puede llevar aquella violencia o intimidación a límites extremos agrave nuevamente la figura en función de la mayor desprotección en la que se coloca al bien jurídico protegido.*" (...) "*La pistola que fue vista por la víctima está destinada a ofender o defender y ese destino derivado de su forma sustancial no desaparece por cambios accidentales que no alteren su entidad. Por eso, un revolver o una pistola son armas aun cuando no funcionen o están descargadas y su utilización para un robo agrava el ilícito porque, aun cuando sólo sirviesen para intimidar, resultan siempre aptas para anular cualquier posible reacción defensiva de la víctima o terceros.*"

Finalmente, dejo constancia que participo de la tesis mayoritaria sentada en el precedente n° 2.929 de esta Sala donde se sostuvo que: "...*Si bien se había reconocido por la doctrina elaborada en torno al Código Penal*

*de 1921 que el máximo de la sanción privativa de libertad temporal era de veinticinco años –recurriendo al monto que fija el art. 79 del Código Penal-, tanto para el concurso de delitos como para la unificación de penas, este máximo podrá variar cada vez que se modifiquen en la parte especial las escalas penales correspondientes a la especie de pena de que se trate, habida cuenta que el texto legal se limita a fijar una barrera genérica. De ahí que a partir de la vigencia de la ley 23.077 –con el aumento al doble de la cifra mayor de “...la pena establecida para los delitos previstos en este título, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando y ostentando las armas y demás materiales defensivos que se les hayan confiado en tal calidad...” establecida por ley 13.945-, el art. 226 del Código penal, referido a la rebelión, permite llevar la sanción a cincuenta años de prisión. Con esta modificación queda “elastizado” el límite establecido por el art. 55 del mismo texto legal para el máximo de la sanción aplicable en los supuestos de concurso de delitos, habida cuenta que esta normativa se refiere “al máximun legal de la especie de pena de que se trate” (Sala I, sent. del 13/11/03 en causas 2929, 2947 y 2948, “Ríos y otros”, mayoría).*

Voto, en consecuencia, por la negativa.

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

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

Voto por la negativa.

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

Atento al modo en que ha quedado resuelta la cuestión anterior, corresponde: por mayoría, rechazar el recurso de casación interpuesto por la Sra. Defensora Oficial, doctora Ana María Fernández, sin costas en esta





**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

sede (art. 18 de la C.N.; art. 15 de la Const. Pcial.; arts. 106, 210, 373, 454, 456, 530 y 531 del C.P.P.).

Así lo voto.

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

Adhiero al voto del doctor Sal Llargués, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

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

Adhiero al voto del doctor Sal Llargués, 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.- Por mayoría, rechazar el recurso de casación interpuesto por la Sra. Defensora Oficial, doctora Ana María Fernández, sin costas en esta sede.

Art. 18 de la C.N.; art. 15 de la Const. Pcial.; arts. 106, 210, 373, 454, 456, 530 y 531 del C.P.P.

II.- Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al Tribunal en lo Criminal nº3 del Departamento Judicial Mar del Plata.

Oportunamente remítase.

**FDO.: BENJAMIN RAMON SAL LLARGUES - CARLOS ANGEL  
NATIELLO - HORACIO DANIEL PIOMBO**

**ANTE MI: Gerardo Cires**