



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

En la ciudad de La Plata a los 7 días del mes de noviembre de dos mil once reunidos en Acuerdo Ordinario, los señores Jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires doctores Fernando Luis María Mancini y Carlos Alberto Mahiques (arts. 2, 440 y ccdtes., C.P.P.; 6, 16 y ccdtes., ley 11.982), desinsaculados con el objeto de resolver en la presente **causa nº 27.425**, caratulada “**G., H. A. s/ recurso de casación**”. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **MANCINI – MAHIQUES**.

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

El Tribunal en lo Criminal nº 5 del Departamento Judicial La Plata condenó a H. A. G. –por mayoría- a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor responsable del delito de robo agravado por el uso de armas –cuchillo y arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse- en concurso ideal con abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma.

Contra ese pronunciamiento el señor Defensor Oficial interpuso el presente recurso de casación.

La señora Defensora Oficial Adjunta ante esta Instancia, doctora Ana Julia Biasotti, desistió de la realización de la audiencia de informes ante este Tribunal y presentó escrito (conf. art. 458 in fine, C.P.P.), en el que remitió en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

su totalidad a los fundamentos vertidos en el recurso deducido y agregó otro reclamo referido a la incorporación de oficio de una circunstancia agravante de la pena.

Oportunamente, el señor Fiscal de Casación, doctor Carlos Arturo Altuve, también desistió de la referida audiencia y acompañó memorial (conf. art. 458, cit.) en el que desarrolló las razones por las cuales entendió que la impugnación debería ser rechazada. Sin perjuicio de ello, solicitó que se haga lugar a lo peticionado por la señora Defensora Adjunta ante esta Instancia.

Cumplidos los trámites de rigor, efectuadas las vistas correspondientes, y hallándose la causa en estado de ser resuelta, este Tribunal ha decidido plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A la **cuestión planteada**, el señor Juez doctor **Mancini** dijo:

El señor Defensor formuló distintos órdenes de agravio.

1. a) En primer lugar, denunció la errónea aplicación del art. 119 del Código Penal. Alegó que fue insuficiente la prueba invocada para tener por demostrada la materialidad ilícita del delito de abuso sexual con acceso carnal. Sostuvo que solo se contaría con los dichos de la víctima y que los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

otros elementos citados por el tribunal –placas fotográficas del lugar y declaración de la pareja de la damnificada- nada tendrían que ver con el referido acontecimiento.

Agregó que ante esta clase de delitos se debió contar con una “base objetiva” que en el caso está ausente, desde que –expresó- el examen médico no constató ni lesiones traumáticas ni signos de violencia, y que las muestras que se tomaron para la realización de posteriores pericias no sirvieron para “determinar un perfil masculino”.

Concluyó este tramo del recurso, argumentando que no está acreditado que el abuso sexual con acceso carnal vaginal haya existido.

No concuerdo con la defensa.

Es cierto que el tribunal se valió, esencialmente, de los dichos de la víctima Julia Montenegro para recrear el desarrollo del suceso que la afectó. Pero también lo es que a ellos agregó otros elementos de convicción que coinciden con su versión.

En primer lugar, cabe señalar respecto del cuestionado informe médico de fs. 9 que la circunstancia de no haberse constatado en la mujer lesiones ni signos de violencia, como alegó el recurrente, no hace más que corroborar lo dicho por aquélla, en cuanto resaltó en la audiencia que la persona que la atacó *“estaba armada y [que] la amenazaba respecto de la vida de su hijo y de su propia persona, [por lo que] en ningún momento*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

opuso resistencia". A esta precisa explicación le corresponde por completo el hecho de no haberse constatado en el examen médico los "datos objetivos" que denunció ausentes el recurrente.

Por otra parte, la fotografía mencionada en la impugnación aportó igualmente confirmación a lo declarado por Montenegro pues, se dijo en el veredicto, también *"confirman los dichos de la víctima y resulta ilustrativa del hecho en tratamiento, la pericia fotográfica de fs. 54/56, en tanto refleja el lugar y estado de las distintas dependencias y enseres de la finca, principalmente la placa número 7, en donde puede observarse el cuchillo utilizado por el agresor."*

Esta última circunstancia relativa al cuchillo en cuestión no fue objetada en este tramo del recurso, de modo que corresponde tenerse por inconvencida en la decisión de invocarla como elemento probatorio conducente a acreditar la cuestionada materialidad.

Y con relación al testimonio de la pareja de la damnificada, el señor Héctor Edgardo Herrera, surge del veredicto su invocación para tenerlo como *"relato similar al de su pareja"* en cuanto dijo haber visto *"el cuchillo, como la remera y el corpiño cortados, y además sus dichos permiten acreditar la preexistencia de las cosas y objetos sustraídos..."*

Así las cosas, los elementos arrojados en la primera cuestión del veredicto me llevan a concordar con la decisión del tribunal de tener



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

mediante ellos como debidamente constatadas las circunstancias narradas por la víctima Montenegro referidas al abuso sexual armado cometido contra ella.

El convincente razonamiento del juzgador, no pudo ser debilitado con las débiles e insuficientes argumentaciones recursivas, razón por la cual estos agravios enderezados a derribarlo deberán ser rechazados (arts. 106, 210, 373 y ccdtes., C.P.P.).

b) Con relación a ese mismo delito, la defensa alegó que no se pudo constatar la utilización de arma, razón por la cual –expresó– tampoco concurre esa agravante.

Reiteró su posición respecto de que solo se contaría con el relato de la víctima Montenegro y que, aun de tenerlo en cuenta, de sus dichos surgiría que el uso del arma “resultó jurídicamente intrascendente”.

A ello adunó que si bien mencionó el uso de un cuchillo, éste tampoco habría sido relevante para llevar a cabo el abuso sexual y que, en todo caso, se trató de “amenazas hacia el hijo”.

Los planteos tampoco podrán prosperar.

Tal como surge del apartado anterior la damnificada explicó que la persona que la atacó “*estaba armada y [que] la amenazaba respecto de la vida de su hijo y de su propia persona, [por lo que] en ningún momento opuso resistencia*”. Esta circunstancia referida a la ausencia de resistencia



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

de su parte ante el ataque armado, que como tal no fue objetada en el recurso, pone a las claras la existencia de la cuestionada “incidencia” que el arma tuvo en el acometimiento sexual.

Además, también emerge del pronunciamiento que con el cuchillo el imputado le cortó la remera y el corpiño que vestía la damnificada, de manera que –vale reiterar- resulta nítidamente la incidencia que su uso tuvo en el ataque en juzgamiento.

Entonces, resultan improcedentes los agravios sobre la calificante del art. 119 del C.P., por lo que deberán ser rechazados.

2. En cuanto al delito de robo con armas, el recurrente planteó que no se pudo determinar con certeza que en el hecho efectivamente se haya hecho uso de arma. Volvió a decir que al respecto únicamente existe la declaración de la víctima, quien la habría descrito como una “pistola plateada”, pero que no existió secuestro ni pericia de esa arma. En definitiva, argumentó que bien pudo tratarse de una “simple simulación” que habría llegado a afectar la apreciación de la damnificada ante la situación de nervios que padeció.

También expresó que, a tenor de los dichos de la denunciante, en la sustracción de las distintas partencias no habría tenido incidencia el cuchillo al que se refirió.

En suma, solicitó la aplicación del art. 164 del C.P.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

Tampoco merecen ser atendidos estos reclamos.

Respecto de lo que según la defensa pudo o no haber apreciado la señora Montenegro ante la situación de nerviosismo que vivió, no pasa de constituirse en una particular e indemostrada visión del recurrente que de ningún modo consigue afectar el razonamiento del tribunal.

En efecto, en la decisión mayoritaria del fallo, las señoras juezas tuvieron por cierto que a tenor de los dichos de la damnificada el sujeto activo la acometió *“mediante intimidación con un arma de fuego, cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse”*.

A ese respecto, cabe resaltar, que en todo momento que la nombrada se refirió al arma con la cual se la intimidó la describió de la misma manera, esto es, *“plateada con mango negro”* y que nada hay en el caso que permita llegar a la conclusión a la que arriba la defensa, en cuanto a que pudo haber existido una “simple simulación”. Tampoco el impugnante formuló ningún desarrollo con el que consiguiera evidenciarlo (arts. 106, 210, 373 y ccetes., C.P.P.).

Así las cosas, el argumento expuesto en la impugnación resulta insuficiente a los fines de abrir la vía casatoria respecto de la calificación legal, puesto que –reitero- consisten nada más que en elucubraciones sin ninguna demostración, lo que conduce a que los planteos deban ser rechazados.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

3. La determinación de la autoría de G. en el hecho juzgado fue también motivo de agravio por parte de la defensa.

a) El señor Defensor puso énfasis en que la señora Montenegro pudo reconocer al acusado después de un año de ocurrido el suceso, en circunstancias en que circulaba en el auto con su pareja cuando vio pasar por la calle a quien reconoció como el autor del hecho que la damnificó.

El recurrente argumentó que el dictado de rostro que la víctima efectuó inmediatamente de ocurrido el suceso no se correspondería con las características del procesado, que la policía le exhibió fotos del imputado en dos ocasiones y que el reconocimiento en rueda que se practicó habría arrojado una dudosa identificación del acusado, desde que la denunciante “pudo hallarse influenciada” por las distintas exhibiciones de fotografías de G..

Por otra parte, y con la denuncia de afectación de garantías constitucionales (arts. 18 y 75 inc. 22, C.N.; 11.2 de la C.A.D.H.), cuestionó la utilización de álbumes de fotografías por parte de la policía y que el caso no se trataba del supuesto previsto en el art. 261 del C.P.P.

En esa línea recursiva agregó que ese procedimiento configuró la ilegal adquisición de prueba, en trasgresión, además, del art. 28 de la ley 12.155.

Los reclamos deberán ser rechazados.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

En el caso, considero necesario formular algunas iniciales precisiones.

Tiene dicho esta Sala, en posición que he compartido, que el procedimiento de reconocimiento fotográfico constituye un recurso útil para la policía en la tarea de prevenir y colaborar en el esclarecimiento de delitos donde todavía se ignora la identidad de los posibles autores y, antes que medios de prueba, constituyen más bien actos introductorios informativos y orientativos de la investigación que encuentra respaldo en las atribuciones conferidas por el artículo 294, inciso 7º, del C.P.P. que habilita a la policía a dirigir interrogaciones a los testigos, como contrapartida en la obligación de la policía de investigar que se desprende de la doctrina del art. 293 del C.P.P.

En ese sentido, también he coincidido con la postura doctrinaria que sostiene que no es posible confundir reconocimiento con “recorrido” fotográfico, ya que el primero se debe llevar a cabo en los casos y con los requisitos que presuponen la individualización previa de una persona determinada, medida probatoria a la que hace referencia el artículo 261 del C.P.P.

En cambio, ya se ha dicho que el recorrido fotográfico que practica la policía tiene como fin orientar la pesquisa para individualizar al sospechoso cuando se lo desconoce absolutamente o se tienen datos del mismo insuficientes para suponer de quién se trata.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

Ahora bien, en esta particular situación, de las constancias del legajo surge que la víctima Julia Montenegro formuló denuncia a horas del suceso que la afectó, realizando en esa ocasión una descripción del sujeto atacante, lo que permitió efectuar un dibujo por dictado de rostro conforme las características brindadas por la declarante –v fs. 19/vta. de este recurso-.

También consta copia del acta de reconocimiento en rueda, llevado a cabo a más de dos años del hecho y con resultado positivo, en el que al inicio de la diligencia la nombrada dijo, en respuesta a preguntas que le fueron formuladas, que había visto al sujeto con anterioridad en las fotografías que le exhibieron en la Comisaría 8va. Departamental, acto que no fue incorporado al proceso.

Ante esa circunstancia de la que se valió la defensa para argumentar en contra de la referida modalidad investigativa, debo señalar -como en anteriores ocasiones he tenido oportunidad de compartir- que la actividad desarrollada por el personal policial para relacionar un hecho concreto con otros de características similares que preocupaban a la población, y en virtud de los cuales se cuenta con fotografías, configura una tarea orientadora de la investigación que resulta útil para el esclarecimiento por parte del personal policial de cierto tipo de hechos que guardan características especiales.

En este caso se suma que la víctima Montenegro, en distintas ocasiones, formuló declaración aportando las características del sujeto que la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

agredió y que esas notas descriptivas se observan con singular coincidencia en la fotografía que completó el positivo reconocimiento en la diligencia que a tal fin se realizó –v. fs. 29/31 de este legajo-.

Frente a ello no queda más que concluir que la circunstancia señalada por la defensa referida a una exhibición de un álbum de fotos en un momento previo a ese acto formal del reconocimiento, no ha tenido la relevancia que pretendió. A todo evento, no consiguió demostrar lo contrario.

Esta conclusión resulta con independencia de la utilidad que –reitero- en líneas generales cabe predicar respecto de la aludida modalidad investigativa, la que no encuentro objetable en la particular situación en tratamiento en la que se está ante el debido correlato de distintos elementos probatorios arrojados al proceso, los que fueron invocados para formar la convicción del tribunal.

En ese sentido, no sobra decir que el cuestionado procedimiento de la exhibición de fotografías de ningún modo se constituyó en un único e independiente dato de prueba evaluado por el sentenciante, pues tan solo se trató de la mención que formuló la reconociente al participar de la formal diligencia con resultado positivo, en la que sin ninguna hesitación indicó que en la rueda de personas se encontraba el sujeto que la abusó sexualmente, quien resultó ser el acusado G.. Además, y en función de su categórico aserto, nada posibilita evaluar siquiera si la víctima “pudo haberse hallado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

influenciada”, como aseveró el impugnante.

Así las cosas, de la valoración de las declaraciones testimoniales brindadas por la damnificada, reiteradas en todos sus detalles en la narración ante el tribunal, y del positivo reconocimiento efectuado sobre el encausado, no resulta ningún defecto capaz de desmerecer el categórico juicio de convicción expresado por los magistrados en este aspecto, el que por lo demás ha sido desarrollado con total apego a las normas que lo rigen (arts. 106, 210, 373 y ccdtes., C.P.P.).

Tampoco han sido afectadas las garantías constitucionales invocadas en el recurso, desde que, conforme fue expuesto, el tribunal resolvió en respeto de la ley (arts. cits.).

Por otra parte, la defensa no ha puesto en evidencia la atingencia que tendría en el caso la cita del art. 28 de la ley 12.155 efectuada en el recurso.

En función de lo expuesto, entiendo que corresponde rechazar estos agravios.

b) En vinculación con la comprobación de la autoría, el recurrente también puso en tela de juicio la valoración de la diligencia de fs. 81 – numeración del principal-, en la que se incautó en el domicilio del imputado el álbum de fotos que se encontraba entre los objetos denunciados como sustraídos. A su entender ese procedimiento habría sido “desacreditado” por el testigo Morinigo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

Este reclamo sigue la suerte adversa de los anteriores.

Los magistrados incorporaron la cuestionada diligencia entre los elementos valorados para acreditar la participación del acusado en el hecho juzgado, haciendo particular alusión al lugar en donde fue encontrado el álbum mencionado, en *“una pieza muy chica ubicada en los fondos de la vivienda de Eduardo Alfredo Moriñigo, (...), debajo del colchón de la cama usada por el imputado...”*. A ello agregaron que Montenegro *“en el debate reconoce como propio”* el aludido álbum de fotos.

Además, expresaron que el acta de ese procedimiento fue incorporada por lectura y que en la audiencia fue ratificado su contenido por el personal policial actuante, entre quienes estimaron *“relevantes los testimonios al respecto de los Oficiales Chávez y Pupillo, quines fueron los directos intervinientes en la incautación del mencionado álbum en el interior de la pequeña habitación ocupada por G.”*.

Frente a esa construcción probatoria los argumentos de la defensa, centrados en el supuesto “des crédito” del acto que habría efectuado el testigo Morinigo o Moriñigo, resultan ineficaces para rebatirla.

Cabe reiterar que el nombrado testigo es el propietario de la vivienda en la que moraba G. al momento de su aprehensión, a lo que se debe agregar que se encontraba presente en la casa cuando llegaron quienes llevaron a cabo ese procedimiento. Pero de su mera presencia en el lugar no



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

puede derivarse que haya sido testigo del acto, ni que haya podido apreciar su desarrollo, como parece referir el recurrente, pues solo sabemos que estaba presente en el lugar. Por otra parte, del acta de esa diligencia, pieza incorporada por su lectura, surge que otra persona fue quien actuó como testigo del procedimiento de registro y secuestro.

Que no haya visto el mencionado Morinigo qué secuestraron o de dónde, no desmerece el resultado documentado en la invocada diligencia de fs. 81, máxime si –como explicó el tribunal- su contenido fue ratificado en el debate por quienes fueron los “*directos intervinientes*” de la incautación, esto es, los policías Chávez y Pupillo, circunstancia ésta no discutida en el recurso.

Entonces, este agravio también deberá ser desestimado.

4. Ahora bien, del veredicto resulta que por decisión de la mayoría en el tratamiento de la cuestión referida a la concurrencia de agravantes en el caso, el tribunal procedió a valorar solo una en ese carácter: “*la sorpresa en el ataque*”.

Al respecto cabe resolver que fue indebida esa apreciación.

En efecto, tal como surge del acta de la audiencia, entre las pautas que el Fiscal solicitó que se apreciaran como agravantes no figura la mencionada única circunstancia ponderada en el fallo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

En este punto, no huelga señalar que el nuevo art. 371 del C.P.P. (texto según ley 13.260) que limita las facultades jurisdiccionales, en el sentido de impedir la consideración de circunstancias de agravación que no fueron peticionadas por el señor Fiscal ni fueron discutidas por las partes, resulta aplicable al caso sencillamente porque al momento del pronunciamiento en crisis dicho precepto ya se encontraba vigente, con lo que –entonces- el tribunal estaba constreñido en la ponderación de pautas aumentativas en los términos a los que alude el precepto ya citado.

Por esa razón la citada agravante deberá ser excluida, procediéndose a la corrección del pronunciamiento en ese sentido (conf. arts. 371 y 435, C.P.P.).

5. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: 1) rechazar el recurso de casación interpuesto, sin costas; 2) corregir el fallo en crisis, excluyendo de la decisión sobre las circunstancias agravantes la referida a la “*sorpresa del ataque*”, por haberse violado el art. 371 del C.P.P.; 3) en consecuencia y en atención a lo decidido sobre las pautas atenuantes y agravantes que permanece firme, condenar a H. A. G. a la pena de diez años y nueve meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor responsable de los delitos de robo agravado por el uso de armas –cuchillo y arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse- en concurso ideal con abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma (arts. 40, 41, 54, 119



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

párr. 3 y 4 ap. d), 166 inc. 2, C.P.; 106, 210, 371, 373, 448, 451 y ccstes., C.P.P.).

Así lo voto.

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

Adhiero al voto del señor Juez doctor Mancini por los mismos motivos y 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, la Sala II del Tribunal

R E S U E L V E

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto, sin costas.

II. CORREGIR el fallo en crisis, excluyendo de la decisión sobre **las circunstancias agravantes la referida a la “sorpresa del ataque”**, por haberse violado el art. 371 del C.P.P.

III. En consecuencia y en atención a lo decidido sobre las pautas atenuantes y agravantes que permanece firme, **SE CONDENA a H. A. G.** a la pena de diez años y nueve meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor responsable de los delitos de robo agravado por el uso de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
Sala II

armas –cuchillo y arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse- en concurso ideal con abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma (arts. 40, 41, 54, 119 párr. 3 y 4 ap. d), 166 inc. 2, C.P.; 106, 210, 371, 373, 448, 451 y ccdtes., C.P.P.).

Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

Fdo: Fernando Luis María Mancini - Carlos Alberto Mahiques
Ante mí: Gonzalo Santillan Iturres

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA