



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

P. 131.468

"M.S.J.M. S/ QUEJA EN
CAUSA N° 84.402 DEL
TRIBUNAL DE CASACIÓN
PENAL, SALA III".

La Plata, 11 de septiembre de 2019.

AUTOS Y VISTOS:

La presente causa P. 131.468-Q caratulada:
"M.S.J.M. s/ Queja en causa n° 84.402 del Tribunal De
Casación Penal, Sala III",

Y CONSIDERANDO:

I. De las copias aportadas por la parte surge
que la Sala Tercera del Tribunal de Casación Penal, el 14
de septiembre de 2018, declaró la inadmisibilidad del
recurso extraordinario de nulidad presentado por la
defensa oficial de M.S.J.M. contra la decisión de dicho
órgano jurisdiccional que, a su vez, confirmó la
sentencia del Tribunal en lo Criminal n° 4 del
Departamento Judicial de Quilmes que lo había condenado a
la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y
costas por resultar autor penalmente responsable de los
delitos de abuso sexual con acceso carnal, agravado por
ser cometido por el encargado de la guarda y por la ser
la víctima menor de 18 años de edad y encontrarse en
situación de convivencia, reiterado en al menos dos
oportunidades (v. fs. 52/53).

Para así decidir, recordó las causales propias
del recurso previsto en el art. 491 del ritual y concluyó
que los planteos de la defensa no encuadraban en ninguna
de ellas (v. fs. 52 vta. y 53).

///

Luego, afirmó que "...a poco de analizar la cuestión, hay plena mayoría en el rechazo del recurso, luego de que se efectuara una aclaración, que de ningún modo resulta ser una disidencia..." (fs. 53) y concluyó que el recurrente pretende controvertir aspectos del fallo vinculados con el acierto o sentido de lo resuelto, extremo ajeno al acotado marco del recurso en examen.

II. Frente a tal decisión, el defensor oficial adjunto ante la aludida instancia, doctor Ignacio Juan Domingo Nolfi, presentó queja (v. fs. 56/61).

En primer lugar, entendió que los argumentos brindados por el Tribunal de Casación responden a los planteos de la parte en términos de procedencia o improcedencia del recurso en lugar de analizar si se encontraban dados los requisitos de admisibilidad (v. fs. 57 vta.). Así, denunció que el *a quo* excedió los límites del control de admisibilidad "...pronunciándose -con fundamentos inatinentes a su obligación- sobre el fondo del asunto y resolviendo el agravio que [esa] defensa pretendía fuera analizado por [esta Corte]" (fs. cit.).

Afirmó que el tribunal debía corroborar si se encontraban satisfechos los requisitos formales previstos por la ley, lo que fue obviado en la resolución dictada careciendo esta de motivación por exceso y por defecto en el examen de las disposiciones normativas comunes y específicas de la impugnación deducida (v. fs. 589).

Resaltó que al expedirse completando el fallo recurrido, la Casación ingresó a la faz de procedencia, sobrepasó su jurisdicción y abarcó una tarea propia de esta Corte, privando así a su defendido al acceso a la



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///

P. 131.468

instancia superior (art. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCP). Agregó que el órgano utilizó el control de admisibilidad para realizar una defensa de la sentencia dictada en el estadio anterior (v. fs. 58 vta.).

Finalmente, solicitó a este Tribunal el establecimiento de parámetros a observar por parte del *a quo* al efectuar el control de admisibilidad a fin de evitar la desnaturalización del instituto en desmedro de los derechos y garantías de los imputados, quienes de otro modo verán frustrado su acceso a la jurisdicción en el marco de su derecho a defenderse una vez más contra la sentencia de condena (v. fs. cit.).

Como planteo subsidiario requirió que para el hipotético caso de que se considere que el Tribunal de Casación -en el marco de la admisibilidad- pueda incorporar argumentos que complementen la sentencia oportunamente dictada, se permita a esa parte dar respuesta a los mismos a fin de subsanar la ausencia de defensa respecto de agravios que surgen con posterioridad a la resolución recurrida (arts. 15 de la Constitución provincial y 18 de la Const. nac.) -v. fs. cit. y 59-.

Recordó el foco de la controversia y criticó el argumento brindado por el órgano intermedio.

Explicó que la denuncia impetrada en el recurso extraordinario de nulidad por ausencia de mayoría de opiniones radicó en que ante la valoración de si la agravante de la edad de la víctima menor contraviene o no el principio constitucional del *ne bis in idem*, uno de los magistrados tuvo por configurada tal violación constitucional y el otro no.

///

Al respecto señaló que en el resolutorio que denegó la admisibilidad del recurso, el Tribunal explicó que era una aclaración que no alcanzó el carácter de disidencia, lo que no comparte en tanto la afirmación en una sentencia judicial respecto de la existencia de una violación constitucional, no puede ser así tratada. Asimismo, destacó que aún si se tomara como válida la posibilidad de que el voto del doctor Violini contenga solo una aclaración, tampoco se daría la mayoría de opiniones necesarias.

En ese sentido expuso que: a) si se interpreta que ambos magistrados se expidieron sobre el fondo del asunto, uno a favor de la violación constitucional por la inclusión del agravante y otro en contra, no hay mayoría de fundamentos; b) si el doctor Borinsky entendió que no hubo vulneración constitucional y por el contrario el doctor Violini sí pero que ello no impacta en la pena, tampoco hay mayoría de opiniones y; c) si para uno de los jueces no resulta afectada la prohibición constitucional de doble valoración por lo que la pena no debe reducirse y para el restante sí se ve afectada pero ello no conllevaría a disminuir la pena, también existe disidencia entre sus fundamentos (v. fs. 60 y vta.).

Concluyó que los votos no resultan conciliables por lo que no se alcanzó una decisión en base a la mayoría de opiniones necesaria para el dictado de una sentencia conforme lo dispuesto en el art. 168 de la Constitución provincial (v. fs. 60 vta.).

III. La queja es procedente (art. 486 bis, CPP).



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///

P. 131.468

En efecto, lo afirmado por el *a quo* en punto a que hubo mayoría de opiniones toda vez que sólo se efectuó una aclaración que de ningún modo resultó ser una disidencia (v. fs. 53), implica incursionar en la procedencia del reclamo, lo que denota que el auto negativo contiene el vicio de exceso que se le endilga al invadir el juicio de fundabilidad que es de competencia exclusiva y excluyente de esta Suprema Corte (art. 486 *bis*, CPP).

En consecuencia, el carril impugnativo fue mal denegado, lo que así debe declararse, correspondiendo a este Tribunal ingresar, sin más trámite, al fondo del reclamo (art. 31 *bis*, ley 5827).

IV. El recurso extraordinario de nulidad se funda en la ausencia de mayoría de opiniones del fallo en el tramo relativo a la determinación de la pena con relación a la valoración de la agravante "...corta edad de la víctima". Le asiste razón a la parte.

IV.I. En efecto, el doctor Borinsky -juez que abrió el acuerdo- luego de analizar los hechos, valorar la prueba y tener por probada la materialidad ilícita y la autoría de M.S.J.M. en los mismos, en el apartado cuarto, refirió que "...resulta correcta la valoración, como agravante, de la edad de la víctima, pues [...], en nada violenta el principio de doble valoración prohibida, ya que no caben dudas que concretar una violación contra un menor de dieciséis o diecisiete años no reviste el mismo grado de injusto que consumarla [...] a la edad de once años, pese a que ambas caen en idéntico tipo penal, el daño psico-físico no puede ser soslayado" (fs. 40).

///

Por su parte, el doctor Violini, como respuesta a la primera cuestión dijo que "La valoración de la edad de la víctima como pauta agravante, parece descansar en una motivación idéntica a la que sostiene la incriminación, por lo que su ponderación a la luz de los artículos 40 y 41 del Código Penal, resultaría violatoria del principio de *ne bis in idem*" (fs. 40 vta.).

A continuación, agregó "Efectuada la salvedad en cumplimiento de la manda constitucional (art. 168 de la Constitución Provincial), asimismo, destaco que sin perjuicio de lo reseñado, lo expuesto no conduce a la reducción del *quantum* de pena decidido en el caso..." (fs. cit. y 41), para finalizar "Luego, con esta aclaración, adhiero a lo demás expresado por el doctor Borinsky y a esta cuestión, también VOTO POR LA NEGATIVA" (fs. 41).

IV.2. De la reseña efectuada se desprende que para el juez Borinsky no se hallaba violado el principio de *no bis in idem*, por lo que correspondía la valoración de la agravante, en cambio para el doctor Violini sí, pero encontraba adecuada la pena impuesta. No obstante, adhirió al resto de lo expresado por el primero en aquella cuestión.

IV.3. El segundo párrafo del art. 168 de la Constitución de la Provincia señala que "...los jueces que integran tribunales colegiados, deberán dar su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir. Para que exista sentencia debe concurrir mayoría de opiniones acerca de cada una de ellas".



Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

///

P. 131.468

En el caso se ha transgredido dicha norma, ya que no ha existido mayoría de opiniones respecto de una cuestión esencial (conf. causas P. 33.948, sent. de 19-VIII-1986; P. 38.197, sent. de 23-V-1989; P. 60.362, sent. de 23-VI-1998; P. 115.916, res. de 27-XI-2013; P. 109.682, res. de 20-III-2013). Ello es así, desde que la mayoría de resultado en modo alguno satisface la mayoría de fundamentos, pues es esta última la exigida por la norma constitucional de mención (causas P. 64.665, sent. de 11-VI-2003; P. 117.174, resol. de 13-VI-2012; P. 125.50, resol. de 15-VII-2015).

Por lo expuesto, debe declararse la nulidad parcial de la sentencia impugnada -en el nivel de la determinación de la pena- y remitirse copia certificada de lo resuelto al tribunal intermedio a fin de que vueltos los autos a su conocimiento e integrado con jueces habilitados, dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho (art. 492, CPP).

Por ello, la Suprema Corte de Justicia,

RESUELVE:

I. Admitir la queja y declarar mal denegado el recurso extraordinario de nulidad (art. 486 *bis*, CPP).

II. Hacer lugar al recurso extraordinario de nulidad deducido por el señor defensor oficial adjunto ante el Tribunal de Casación Penal a favor de M.S.J.M., anular parcialmente la sentencia recurrida -en el nivel de la determinación de la pena- y remitir copia certificada de la presente a la Sala Tercera del Tribunal de Casación Penal para que, con carácter de muy urgente y debidamente integrado, dicte un nuevo fallo ajustado a

///

derecho (arts. 492 del CPP y 31 *bis* de la ley 5827).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente,
archívese.

HÉCTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

R. Daniel Martínez Astorino

Secretario

Registrada bajo el n°1025