



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

P-135653-1

"V., F. E.

y Roldán, Jorge Armando
-Fiscal Adjunto del Tribunal
de Casación Penal- s/recursos
extrs. de inaplicabilidad de
ley en Causa N° 97.275 del
Tribunal de Casación Penal,
Sala II"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala II del Tribunal de Casación Penal rechazó los recursos deducidos por la Defensora Oficial, Dra. Vannini, el Agente Fiscal, Dr. Romero Jardín, y el representante de la particular damnificada, Dr. De Dios, confirmando el pronunciamiento del Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 del Departamento Judicial de Bahía Blanca que condenó a F. E. V. a la pena de seis (6) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas, por ser hallado autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado -dos hechos-, en concurso real de delitos (v. fs. 120/132 vta.).

II. Contra dicha sentencia interpusieron recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley el Agente Fiscal, Dr. Roldán y la Defensora Adjunta de Casación, Dra. Biasotti, los que fueron declarados admisibles (v. fs. 134/145 vta., 149/160 y 161/166).

III. a. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley del Dr. Roldán: el recurrente denuncia la arbitrariedad de la sentencia por fundamentación aparente, afirmaciones dogmáticas y

apartamiento de las constancias de la causa y errónea aplicación de la ley sustantiva, por inobservancia de lo normado en el art. 119 tercer párrafo en función del cuarto párrafo incs. "a" y "f" del Código Penal.

Expresa que el revisor confirmó el pronunciamiento del tribunal de juicio, desechando arbitrariamente las figuras calificadas propuestas por la acusación.

Comienza haciendo mención a la agravante prevista en el inc. "f" del cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal, esto es, el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente entre víctima e imputado.

En tal sentido, manifiesta que el Tribunal de Casación Penal descartó dicha circunstancia considerando que no se encontraba acreditada, repitiendo los argumentos del tribunal de instancia sin atender a los argumentos vertidos en el recurso de casación. Para ello, expresa, se valió de una interpretación arbitraria del texto legal, exigiendo la concurrencia de un requisito que la norma no contiene: la demostración cabal de una "verdadera convivencia" o de una "convivencia sostenida". Refiere que dicho entendimiento desnaturaliza su contenido normativo y, citando jurisprudencia y doctrina en la materia, afirma que "[...] La situación de convivencia puede ser transitoria o permanente pues la ley no indica nada al respecto. Requiere asimismo un prevalimiento o utilización de las ventajas que la situación le brinda al sujeto activo [...]" (fs. 140 vta.).

A renglón seguido, se refiere a la agravante receptada en el inc. "a" del cuarto párrafo del



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

P-135653-1

art. 119 del Código Penal, esto es, que del hecho resultare un grave daño en la salud mental de la víctima.

Sostiene que el revisor resolvió de forma contradictoria, tomando en cuenta como un factor decisivo la posterior relación y sentimientos ambivalentes de la víctima con su bebé. Expresa que en el pronunciamiento ahora atacado se reconoce el impacto que el embarazo y posterior nacimiento del bebé debieron tener en la víctima, pero concluyendo en la carencia probatoria e insuficiencia de los planteos casatorios para acreditar dicha circunstancia. Entiende que tal forma de decidir no tiene en cuenta lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoció que la violación tiene graves consecuencias, causando un gran daño físico y psicológico a la víctima, y que no puede desconocerse que, en el caso puntual, la víctima era una niña de trece años.

Posteriormente, se aboca al tratamiento de las pautas agravantes de la pena en los términos de los arts. 40 y 41 del Código Penal, que fueron rechazadas por el revisor, invocando arbitrariedad por fundamentación aparente en el descarte de dichas agravantes.

Expresa que el *a quo* no tuvo en consideración los planteos del acusador relacionados con la formación militar del imputado y con la extensión del daño causado.

En relación con la primera circunstancia, sostiene que el casacionista se limitó a señalar que no se encontraba establecido que la educación del encartado debía necesariamente agravar el reproche,

pero sin evaluar el caso concreto. Respecto a la extensión del daño causado, entiende que el revisor se limitó a descartarla por las mismas consideraciones vertidas en torno a la agravante del inc. "a" del cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal.

Refiere que todo lo dicho anteriormente impactó en el monto de la pena, siendo que el imputado fue condenado a seis (6) años y seis (6) meses de prisión, cuando el acusador había solicitado la de veinte (20) años de prisión.

b. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de la Dra. Biasotti: la recurrente denuncia arbitrariedad de la sentencia, por errónea aplicación del art. 119 tercer párrafo del Código Penal y, subsidiariamente, la inobservancia del art. 120 del Código Penal; ello, en transgresión al debido proceso, la defensa en juicio y los principios de inocencia e *in dubio pro reo*.

Sostiene que de las constancias de la causa no puede tenerse por acreditada la falta de consentimiento de la menor, y que el revisor hizo caso omiso al hecho de que los mismos testigos que en el juicio negaron el vínculo amoroso entre la víctima y el imputado, en la etapa instructoria habían sostenido otra cosa y que, de hecho, sus dichos provocaron el rechazo por parte del Juzgado de Garantías del pedido de prisión preventiva, toda vez que entendió no acreditada la falta de consentimiento.

En el mismo sentido, entiende que el revisor se apartó de lo que surge de la pericia psicológica y que se valoraron arbitrariamente las



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

P-135653-1

diversas declaraciones testimoniales prestadas en la causa. Luego de realizar un relato pormenorizado de lo declarado por cada testigo, arguye que si el Tribunal de Casación Penal no se hubiera apartado de las constancias de la causa, debió cuestionarse si la denuncia radicada por la hermana de A. no tenía como finalidad obtener la orden judicial para lograr la interrupción del embarazo.

Expresa que la duda respecto a la existencia o no de consentimiento surge, no solo de la respuesta brindada por el Juzgado de Garantías ante el pedido de prisión preventiva, sino también de la pena impuesta a su asistido -cercana al mínimo de la escala penal establecida para la especie de delito-, y del hecho de que se hubieran rechazado los recursos de casación interpuestos por las acusaciones públicas y privadas.

Por dicho motivo, solicita se declare la errónea aplicación del art. 119 tercer párrafo del Código Penal y, eventualmente, se recalifique el hecho como constitutivo del tipo penal del art. 120 del Código Penal.

IV. Paso a dictaminar.

a. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley del Dr. Roldán: sostendré el recurso extraordinario interpuesto por el Agente Fiscal, por los motivos que paso a exponer.

El recurrente se agravia, en primer lugar, de que el revisor haya descartado la agravante prevista en el inc. "f" del cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal, realizando una interpretación de la norma que, a su juicio, resulta ser arbitraria por

exigir un requisito que la el tipo penal no contiene, esto es, la demostración de una "verdadera convivencia" o de una "convivencia sostenida".

Comenzaré refiriendo que, al prestar declaración en los términos del art. 317 del Código Procesal Penal, el imputado manifestó que "[...] Si, lo que pasó es que yo... fue así... había terminado una relación y estaba en la casa de ella, yo estaba mal, hace dos años que estaba viviendo en la casa de A. [...]" (fs. 14 vta.). Añadiendo seguidamente que "[...] Preguntado por la Fiscalía desde cuando conoce a A.?: desde hacía más de dos años del hecho, desde el 2014 más o menos... mis horarios laborales eran los mismos que A., yo estaba todo el tiempo con él, desde 6 de la mañana hasta las 3 de la tarde y ahí volvíamos a la casa y continuamente nos quedábamos ahí, yo era muy obsesivo con la limpieza y mientras él jugaba a la computadora yo limpiaba y hacía la comida, de lunes a viernes, los fines de semana no me quedaba en la casa por que yo era cocinero y me quedaba cocinando en la Base y me quedaba a dormir ahí [...]" (fs. 15 vta.). Dicha declaración fue introducida por lectura al debate (v. fs. 29 vta.).

Posteriormente, el tribunal de juicio dictó sentencia sosteniendo que "[...] Coincido con la Dra. Vannini en que no han sido acreditadas las agravantes de calificación propuestas por la parte acusadora. No existió convivencia preexistente, ni mucho menos guarda de la menor. Tanto la madre y hermanos de la víctima declararon que V. se quedaba eventualmente a pernoctar en la vivienda, que le era permitido por inconvenientes familiares propios. No se habló de una convivencia sostenida en el tiempo, más bien resultaba ocasional. Tampoco surgió que fuera quien quedaba al cuidado de la menor, mientras la madre trabajaba [...]" (fs. 59).

Finalmente, el tribunal revisor confirmó lo sentenciado en primera instancia, expresando



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

P-135653-1

"[...] En tal sentido cabe señalar que en autos no se ha acreditado que la relación entre V. y A. tuviera como escenario un estado de convivencia. Veamos en el fallo se tuvo por acreditado a partir de los dichos de la madre y hermanos de la víctima que V. "se quedaba a pernoctar eventualmente en la vivienda", siendo de la opinión de que esa mera concurrencia que se daba en circunstancias en que al imputado se le permitía pasar la noche en la vivienda por inconvenientes familiares propios, en este caso no puede dar lugar a la agravante pretendida, al menos sin algún otro aditamento que revele una situación de verdadera convivencia [...]" (fs. 128 vta.).

Dicho esto y en consonancia con lo manifestado por la acusación entiendo que, al confirmar el pronunciamiento de primera instancia, el revisor le añadió a la norma un requisito que ésta no lleva ínsito y que tiene que ver con la existencia de una convivencia "verdadera" o "sostenida". Ello así, en tanto conforme al criterio doctrinal imperante en la materia, la convivencia que exige el precepto legal no implica la residencia permanente en el mismo domicilio.

En tal sentido, el mayor reproche basado en la situación de convivencia se asienta en "[...] el aprovechamiento de la situación de cercanía y las consecuentes facilidades que le otorgan al sujeto activo esta proximidad y la relación de confianza con el menor de 18 años [...]" (DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo I, tercera ed. actualizada. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, págs. 612/613).

Es por ello que, en la misma línea sostenida por el Fiscal, entiendo que la sentencia atacada resulta ser arbitraria sobre este aspecto; lo que resulta ser compatible con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que tiene dicho que "[...] el apartamiento de lo expresamente previsto por la disposición

legal que rige el caso, y la prescindencia de ésta sin dar razón valedera para hacerlo descalifica la decisión, que resulta entonces arbitraria (Fallos: 302:1433, 303:255 y 289, 307:661, 317:1355, entre otros) [...]” (CSJN Fallos: 321:394).

El recurrente se agravia, en segundo lugar, en el hecho de que el tribunal revisor resolvió de forma contradictoria sobre la no aplicación al caso de la agravante receptada en el inc. “a” del cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal, referida al grave daño en la salud mental de la víctima que resultare del hecho; y que, por tanto, dicho pronunciamiento resulta ser arbitrario. También he de sostener lo manifestado por el Fiscal sobre este aspecto.

Para rechazar la agravante de mención, el tribunal de juicio sostuvo que “[...] Entiendo que no ha quedado acreditado este extremo, al menos de la manera en que los acusadores lo han introducido, pues más allá de los dichos de la madre de la víctima, el nacimiento de un hijo no puede quedar abarcado dentro de un daño a la psiquis. No surgió del debate un rechazo de la joven a su hija. La psicóloga tratante mencionó que A. hablaba de su bebé, que en una oportunidad la llevó a la sesión y que tenía sentimientos de ambivalencia como en cualquier maternidad [...]” (fs. 55 vta./56).

En apoyo a esta postura, el intermedio consideró que “[...] Tampoco puede atenderse favorablemente el agravio que entiende que el embarazo supone un grave daño a la salud. Indiscutiblemente la gravidez, en un escenario como el que analizamos, importa una intensa modificación en el curso de la vida de una mujer, más aun si no se olvida en este caso la edad de A. Sin embargo del material probatorio que se menciona en el fallo no emerge acreditado un daño grave en la salud de la nombrada que permita encuadrar el hecho dentro de la figura que contempla esa calificante del tipo penal. [...] En cuanto a las demás circunstancias apuntadas



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

P-135653-1

por el recurrente, debo señalar que no se ha encargado de desarrollar concienzudamente que superasen las consecuencias lógicas del impacto emocional que provocan episodios de esta naturaleza o aquel hito del que se habló, pero que, sin mayores precisiones comprobadas en el expediente, no demuestran una inobservancia legal por parte del a quo a la hora de rechazar el planteo, máxime cuando se apoyó en distintas consideraciones acreditadas en el juicio que dieron cuenta de la existencia de un vínculo que, aun con ciertas peculiaridades, la niña pudo forjar con su hija, a quien decidió tener pese a todo [...]” (fs. 128 vta./129).

Entiendo, de conformidad con lo manifestado con el Fiscal, que la decisión del revisor resulta ser contradictoria, reconociendo el impacto que el embarazo y posterior nacimiento tuvieron sobre la víctima, pero concluyendo en la carencia probatoria para rechazar la agravante.

Asimismo, considero fundamental destacar el hecho de que la víctima del caso resulta ser una niña que, al momento del hecho, tenía trece años de edad, que a consecuencia del mismo cursó un embarazo y fue madre de una niña y que, sin perjuicio de ello, el grave daño a la salud psíquica esgrimida por la acusación no tiene únicamente que ver con la situación de gravidez y posterior maternidad.

En tal sentido, en el debate parlamentario de la ley 25.087 se expresó que “[...] Cuando se incorpora como agravante el daño a la salud mental de la víctima se piensa en un grave plus dañino al daño que de por sí ocasionan los abusos, en un resultado, en una secuela. Se ha considerado conveniente cubrir esta hipótesis no contemplada en la redacción original -no obstante alguna opinión en contrario que sostiene que estaría subsumido en el daño físico- ya que pueden ciertos perjuicios psicológicos ser mucho más devastadores, y en ocasiones son excluidos al aplicar la

agravante, a pesar de que la Organización Mundial de la Salud entiende que la salud es un concepto abarcador de todos los aspectos del ser humano [...]” (CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN. *Debate parlamentario Ley 25.087. B. Inserciones*. Reunión 17°, 10 de junio de 1998, p. 2.769).

Finalmente, el recurrente se enfoca en el tratamiento de las pautas agravantes de la pena en los términos de los arts. 40 y 41 del Código Penal, agraviándose del rechazo que hizo el revisor del hecho de que el imputado tuviere formación militar. Para ello, el Tribunal de Casación Penal sostuvo que “[...] Debe mencionarse que, igual que sucede con alguna otra circunstancia contenida en el art. 41 del C.P. (la edad, las costumbres, la conducta precedente del sujeto, etc.), no surge, ni se encuentra establecido (ni aparece obvio) que la educación del encartado debe siempre y necesariamente agravar el reproche, pues las normas que regulan la determinación de la pena la enumera como un factor ponderable, en abstracto que, claro está, en cada caso tomará el carácter correspondiente [...]” (fs. 130).

He de sostener, en este punto, lo esgrimido por el acusador, debido a que el pronunciamiento casatorio adolece, a mi juicio, de una fundamentación aparente. Ello así, toda vez que hace referencias genéricas sin hacer mención a lo requerido por el Fiscal en el caso concreto.

Dicho ello, cabe agregar que según la doctrina de esa Suprema Corte de Justicia, la fundamentación aparente deriva en un déficit motivacional, que configura un supuesto de sentencia arbitraria (cfr. causa P. 128.451, sent. de 5-XII-2018).

b. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de la Dra. Biasotti: considero que



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

P-135653-1

el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto no debe tener favorable acogida, por los motivos que paso a exponer.

La recurrente sostiene que la sentencia resulta ser arbitraria por errónea aplicación del art. 119 tercer párrafo del Código Penal y, subsidiariamente, la inobservancia del art. 120 del Código Penal. Se basa, para ello, en la valoración que el intermedio hizo de las diversas declaraciones prestadas tanto durante la instrucción como durante el debate, concluyendo en que existen dudas sobre si la menor prestó o no su consentimiento.

He de comenzar haciendo mención a lo sostenido por el tribunal de juicio que, luego de analizar pormenorizadamente las diversas declaraciones prestadas durante el debate, expresó "[...] Surge de este cuadro probatorio que la niña jamás prestó conformidad para los actos sexuales a los que fue obligada. No hay ni un mínimo elemento que me permita concluir en ese sentido. [...] Se ha pretendido, partiendo de un análisis parcializado de las pruebas, construir una realidad inexistente, esto es un incipiente noviazgo entre V. y A., y derivar de esa falsa premisa, un consentimiento de la menor para mantener encuentro íntimos en dos oportunidades, con un sujeto mayor de edad, que era tratado como un hermano en el seno familiar[...]" (fs. 52).

Para llegar a dicho entendimiento, el tribunal se valió, entre otras cosas, de la declaración brindada por la víctima mediante Cámara Gessel, refiriendo que "[...] A. dijo que se encontraba declarando porque había tenido una violación. Que ocurrió en su casa, en invierno, cuando tenía 13 años. Que al chico lo conocía porque trabajaba con su hermano, y esa semana se había quedado a dormir. Que

uno de esos días ingresó a la habitación y se metió en su cama, le empezó a dar besos y a tocarla. Ella le decía que no, él le respondía que lo dejara. Que le dijo un montón de veces que no quería. Que hacía fuerza, ella se corría para el costado para que no la agarrara, él tiraba para acomodarla, la tiraba del brazo. Que no la amenazó, que ella no quería gritar porque iba a despertar a su sobrina que dormía en la cama de al lado. Que pasó en dos oportunidades [...]” (fs. 51 vta./52).

El tribunal de juicio también tuvo en consideración la declaración testimonial brindada por la Licenciada en Psicología Del Valle Casas, quien trató a A., y que hizo mención a la angustia que la niña presentaba durante sus entrevistas y al temor que mostraba porque el imputado pudiera realizarle lo mismo a su sobrina. Asimismo, expresó que el informe de la Licenciada Galassi no cambiaba la cuestión y no modificaba la existencia material de los hechos.

Posteriormente y ante la interposición de los recursos de casación, el revisor dictó su pronunciamiento expresando, respecto a las críticas de la recurrente que cuestionaban la credibilidad de los testigos, que la misma “[...] resulta estéril para evidenciar mendacidad en ellos pues se sustenta en la denuncia de hechos ocurridos durante la I.P.P. con olvido de que el juicio oral es, precisamente, el momento donde se produce la prueba y entonces no puede demostrarse defecto alguno en la operación valorativa realizada por los sentenciantes cuando, haciendo uso de la facultad conferida por el art. 209 del C.P.P., otorgaron valor acreditante a las declaraciones testimoniales frente a ellos acaecidas [...]” (fs. 124 y vta.).

A ello, añadió que “[...] más allá de que no encuentro mácula alguna en el razonamiento del tribunal que lo llevó a descartar la existencia de una supuesta relación de noviazgo



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

P-135653-1

entre víctima y victimario -de cuya existencia se nutre en gran medida el argumento defensorista sobre el supuesto consentimiento que excluiría la tipicidad del abuso-, lo cierto es que, el tribunal también se ocupó, en detalle, de dilucidar la cuestión sobre la falta de consentimiento de la joven A., acudiendo para ello -especialmente- a su propia versión [...]” (fs. 124 vta.).

Así, el Tribunal de Casación Penal concluyó “[...] A esta altura, debo precisar que la recurrente no ha logrado evidenciar que haya existido alguna circunstancia capaz de debilitar el categórico cuadro probatorio. Por el contrario, encuentro que sus planteos aparecen como una reedición de los llevados a conocimiento del tribunal y que siempre fueron expuestos desde su particular y subjetiva posición, lo que resulta ineficaz para su pretensión casacionista. [...] La defensa no demostró el vicio lógico que atribuyó al decisorio, el que tampoco advierto [...]” (fs. 126). Considerando también improcedente la pretensión de aplicarse el art. 1 del Código Procesal Penal, entendiendo que el tribunal de juicio había fallado sin ningún tipo de vacilación.

Ahora bien, de lo desarrollado en los párrafos que anteceden, se puede advertir que, si bien el agravio se sustenta en la errónea aplicación de la ley sustantiva, en rigor el recurso reposa en cuestiones vinculadas con la valoración de la prueba que, a partir de una diferente visión hubiese permitido -a juicio de la defensa- la absolución del imputado o, al menos, una calificación legal más benévola.

Y si bien es cierto que la incorrecta apreciación de los aspectos fácticos de la sentencia puede traer aparejada una errónea aplicación de la ley sustantiva, considero que en el caso la recurrente únicamente esgrimió un criterio divergente sobre la valoración de la prueba, por lo que su planteo resulta

insuficiente (arg. art. 495, CPP).

La reedición de agravios postulada por la defensa, únicamente refleja un criterio interpretativo diverso al manifestado por el Tribunal de Casación Penal, no demostrando violación legal alguna.

Finalmente y respecto a la presunta arbitrariedad de la sentencia atacada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir fallos equivocados en la instancia extraordinaria, 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: 310:234). Ello, no se advierte en el caso.

V. Por lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte de Justicia debería hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley promovido por el Dr. Roldán, y rechazar el interpuesto por la Dra. Biasotti en favor de F. E. V..

La Plata, 5 de julio de 2022.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

05/07/2022 11:43:56