



Reg. n° 1182/2018

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 25 días del mes de septiembre del año dos mil dieciocho, se reúne la sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces L M. García, Gustavo A. Bruzzone y L F. Niño, asistidos por el secretario Santiago Alberto López, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la presente causa n° CCC 6292/2015/TO1/CNC1, caratulada “B, S L s/recurso de casación”, por la defensa de S L B a fs. 365/380.

RESULTA:

- I. Por veredicto de 19 de mayo de 2016, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 5 resolvió “ I.- CONDENAR a S L B [...] por ser autor de los delitos de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa –hecho II- en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por la utilización de un arma –hecho III- a la PENA DE DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS –artículos 12, 29 inciso tercero, 42, 45, 55, 119 tercero y cuarto párrafo inciso “d” del Código Penal, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación [...] III.- ABSOLVER a S L B, de las demás condiciones personales consignadas, en orden al hecho I, calificado en el requerimiento de elevación a juicio como abuso sexual gravemente ultrajante, por falta de acusación fiscal –artículo 402 del Código Procesal Penal de la Nación...”. (fs. 334/335). Los fundamentos de la sentencia fueron leídos el 27 de mayo de 2016 (cfr. fs. 344/356).
- II. Contra la sentencia interpuso recurso de casación la defensa de S L B (fs. 365/380), el que fue mantenido en esta instancia (fs. 385).

Fecha de firma: 25/09/2018



III. En el escrito de interposición la defensa de S L B acusa defectos que pretende caen bajo los dos motivos de casación del art. 456 CPPN. En primer lugar, afirma inobservancia del art. 399 CPPN en lo que respecta a la apreciación de las pruebas en la sentencia.

Impugna también la sentencia porque el *a quo* ha asignado carácter de prueba determinante la declaración de la presunta víctima, y discute su valor convictivo a partir de que no concurrió a la audiencia por propia voluntad, sino de forma compulsiva. Agrega que no se han presentado en el juicio testigos objetivos y se queja de que se valoró de manera arbitraria la declaración de los testigos ofrecidos por la defensa.

IV. La Sala de Turno de esta Cámara ha dado al recurso el trámite del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (cfr. fs. 393).

En el plazo de oficina, la Defensora Pública Oficial, María Florencia Hegglin, ha reeditado los agravios traídos por la defensa anterior en el recurso de casación. Además ha alegado como nuevo motivo de agravio la inobservancia del art. 381 CPPN, introduciéndolo en lo que concierne a la determinación fáctica del hecho identificado como 3 en el requerimiento de elevación a juicio, por el que el imputado fue condenado (fs. 403/412).

Superada la instancia prevista en el art. 468 CPPN, se deliberó, tras lo cual se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

El juez L M. García dijo:

1. El recurso de casación de fs. 365/380 se dirige contra una sentencia de condena e involucra cuestiones que no caen estrictamente en el art. 456 CPPN, no obstante la sentencia es pasible de impugnación con el alcance establecido por la Corte Suprema en

Firmado





el caso de Fallos: 328:3399 (“*Casal, Matías Eugenio*”) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay), jurisdicción de revisión que queda, sin embargo, circunscripta a los agravios presentados y no implica una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445 CPPN; *vide* también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

El escrito de interposición presenta sus agravios de modo desordenado y confuso, y no satisface *prima facie* las exigencias de fundamentación que se infieren del art. 463 CPPN y los demás de admisibilidad (art. 444). Empero, sin perjuicio de ello y en atención al estándar fijado por la Corte Suprema en el fallo “*Casal*” es que entiendo corresponde hacer el mayor esfuerzo por desentrañar los motivos de agravio, y abordar su examen hasta donde sea posible, dentro del límite señalado en punto a que el recurso de casación no habilita a una revisión global de oficio. En todo caso, en cuanto sea pertinente, se abordará la ampliación de fundamentos realizada por la Defensora Pública en el plazo de oficina, en cuanto se refieran a los mismos motivos de agravio.

Distinta es la cuestión en lo que concierne al nuevo motivo de agravio que has traído la Defensa Pública en su presentación escrita en el plazo de oficina (fs. 403/412), en el que alega infracción al art. 381 CPPN.

He dicho antes de ahora como juez de esta Sala en el caso “*Moraga, Carlos Andrés*” (causa n° 41.781/13, rta. 14/7/17, reg. n° 617/2017), entre otros, que la pretensión de introducción de nuevo agravio no comprendido en el recurso de casación es por regla inadmisibles, salvo que se tratase de un agravio que involucre una



nulidad de las declarables de oficio según el art. 168 CPPN (cfr. mi voto como juez de la Sala 1 de esta Cámara en el caso “*Bustos, Mónica A. y Espínola Villaba, Juan D.*”, causa n° 22687/2013, rta. el 28/12/2016, reg. 1037/2016). Sin embargo, es inoficioso examinar si en la especie la alegada infracción cae bajo la excepción, porque el recurso es inadmisibile en cuanto a ese motivo de agravio por otras razones, que se explican a continuación.

A ese efecto es pertinente relevar lo sucedido en el debate.

Una vez que quien aparecía como víctima había culminado su declaración testifical en la audiencia, el Fiscal General, en uso de la facultad que autoriza el art. 381 CPPN, modificó la base fáctica de la acusación respecto del hecho identificado como hecho 3. Según consta en el acta, señaló que “...durante el hecho para lograr su propósito [*el acusado*] usó un cuchillo, artículo 119 tercer párrafo en función del cuarto párrafo, inciso “d”: empleo de armas para cometer el abuso sexual. Más allá de que en el requerimiento se habla de tijera, la testigo habló de un cuchillo que llevó para obligarla a mantener una relación sexual. Ingresaba el acusado. Dice la defensa que no hace falta que la repita. Dice el fiscal que el uso de un cuchillo de cocina para obligarla a tener relación sexual y tenerlo al alcance mientras abusaba sexualmente de ella con acceso carnal.” (fs. 320 vta./321).

El Presidente dio traslado a la defensa, que no objetó la modificación, y ofreció nuevos testigos; por su parte, el imputado S L B pidió ser oído, y declaró nuevamente. En cuanto al ofrecimiento de prueba el fiscal se opuso a su concesión, señalando que los testigos ofrecidos no eran pertinentes porque no se relacionaban con la modificación de la acusación formulada. No hay en el acta ninguna constancia de que el entonces defensor del imputado hubiese promovido ninguna incidencia sea impugnando la modificación de la

Firmado





acusación, sea protestando por la denegación del ofrecimiento de nuevos testigos.

Se plantea pues la cuestión acerca del efecto que acarrea la decisión de no emplear los recursos que la ley provee para objetar el ejercicio de la facultad de modificación que autoriza el art. 381 CPPN, o para insistir en la admisión de los nuevos elementos de prueba ofrecidos, o la omisión de formular protesta de recurrir en casación.

Tengo dicho al respecto como juez de la Sala 1 de esta Cámara en el caso "*Chambi Mamani, Serafín*" (causa n° 51554/2013, rta. el 12 de octubre de 2017, reg. n° 997/2017), entre otros, que el art. 456, inc. 2, CPPN admite como motivo de casación la "inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación".

El motivo formal de casación enunciado en el art. 456, inc. 2, CPPN presupone por hipótesis la inobservancia de: a) una disposición procesal y b) conectada una sanción de inadmisibilidad, caducidad o nulidad. La exigencia de que se hubiese reclamado la subsanación del defecto o, en su caso, de la protesta se relaciona con la cuestión de la disponibilidad o indisponibilidad de las potestades, o de las formas.

El motivo de casación no se restringe, únicamente, a la inobservancia de disposiciones sancionadas con nulidad. Abarca también la inobservancia de disposiciones sancionadas con inadmisibilidad y caducidad. Esta observación es relevante cuando, como en el caso, se trata de la ampliación de la acusación en los términos del art. 381 CPPN.

Fecha de firma: 25/09/2018

Firmado por: L.M. GARCIA,
Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,
Firmado por: L.FERNANDO NIÑO
Firmado(ante mi) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



En la doctrina parece haberse reparado de modo exclusivo en la cuestión de la nulidad o validez de los actos procesales, y de la disponibilidad de las facultades o de las formas, sobre la base de la distinción entre nulidades llamadas relativas, sujetas a instancia del interesado y por ende sujetas a disponibilidad y caducidad, y las llamadas absolutas, que son indisponibles y no sujetas a un plazo o etapa de caducidad. Así se sostiene que “cuando el vicio sólo determina una nulidad de carácter relativo, para que proceda el recurso de casación es necesario que ella no esté subsanada, porque esto implica la desaparición del vicio y el perfeccionamiento del acto. Por este motivo, la ley (art. 456, inc. 2) agrega otro requisito: que quien interpone el recurso haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, siendo posible, o hecho la protesta de recurrir” (DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Lexis Nexis, 2ª ed., Bs. As., 2006, p. 77/78). Desde esta perspectiva se afirma que la ley requiere “que [*el interesado*] haya sido diligente en el planteamiento de la cuestión, y que no haya prestado aquiescencia al acto viciado. La ley exige que para recurrir en casación se haga protesta oportuna contra el acto, para dejar a salvo el derecho del interesado y constancia de que no se lo consiente” (ibídem, p. 78).

La distinción entre las llamadas nulidades absolutas y relativas ofrece una perspectiva para la interpretación del art. 456, inc. 2, CPPN. Si existen facultades o formas que son disponibles, incumbe al interesado reclamar la “subsanación” en tiempo oportuno de la infracción legal que por hipótesis restringe el ejercicio de una facultad o forma, y acarrea nulidad, y si tal subsanación ya no está expedita, incumbe al interesado expresar que no consiente la infracción ni acepta el resultado de esa infracción (confr. arts. 170 y 171 CPPN). Si se trata de una infracción legal sancionada con nulidad, y la materia de la infracción no es disponible, al punto de que puede

Firmado





ser declarada de oficio (art. 168 CPPN), entonces no se requiere instancia de subsanación ni protesta de recurrir en casación como requisito de admisibilidad de este remedio (*arg.* “siempre que con excepción de los casos de nulidad absoluta el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación”).

Pero, si bien se mira, la vía del art. 456, inc. 2, CPPN no se ciñe a la reparación de la infracción de disposiciones procesales sancionadas con nulidad, pues también incluye la inobservancia de disposiciones que se refieren a la caducidad y a la admisibilidad. En estos casos de lo que se trata es de que: a) se pretende que se ha dado por perdido un derecho o una facultad y la decisión del juez o tribunal autoriza el ejercicio del derecho o facultad; b) se pretende ejercer un derecho o una facultad, y el juez o tribunal declara que tal facultad se ha perdido; c) se pretende el rechazo del ejercicio de una pretensión o facultad, y el juez o tribunal declara admisible ese ejercicio y d) se pretende ejercer una pretensión o facultad, y el juez o tribunal declara inadmisibile ese ejercicio.

Todos estos casos están enmarcados por la regla de disponibilidad; quedan fuera los supuestos en los que el Tribunal puede incluso imponer de oficio la realización de un acto, o eventualmente suplantar a quien incumbe realizarlo.

Desde la perspectiva de la disponibilidad, el interesado tiene a su arbitrio consentir la decisión judicial, o promover su revocación o reforma. En cuanto aquí interesa, si está disponible una vía de revocación y reforma por el mismo juez o tribunal que dictó la decisión, o una vía de impugnación ante un tribunal superior, el interesado tiene la carga de promover la revocación o reforma, pues si no lo hace, se da por consentida la decisión, aunque hubiese mediado infracción a la ley procesal.

Fecha de firma: 25/09/2018

Firmado por: L.M. GARCIA,
Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,
Firmado por: L.FERNANDO NIÑO
Firmado(ante mi) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



Esta regla general tiene una particularidad frente a las inobservancias de la ley procesal que no implican sanción de nulidad en las que se ha incurrido durante el juicio. Ante el Tribunal Oral el interesado sólo tiene a su disposición el recurso de reposición (arts. 446 CPPN), y si no interpone este remedio en el plazo legal (art. 447) o inmediatamente después de cometida la infracción durante el juicio (art. 440) se tiene a la alegada inobservancia por consentida, del mismo modo que sucede con las nulidades llamadas relativas (art. 170, inc. 3, CPPN).

En rigor, el recurrente no tiene la carga de instar la “subsanción” del acto, porque por definición no hay vicio que subsanar en los supuestos de inadmisibilidad o caducidad, sino la “revocación o reforma” del acto. Si la reposición no está en el caso disponible, a los efectos del recurso de casación es necesario que el recurrente exprese que no consiente el acto, sin necesidad de otro aditamento. Este es el sentido de la protesta de casación (confr. DE LA RÚA, op. cit., p. 78).

No corresponde aquí abordar un juicio de mérito acerca de la decisión del legislador que requiere una expresión de la falta de consentimiento. En cualquier caso, la llamada “protesta” no puede tener otra finalidad que la de hacer expreso que el interesado en la revocación o reforma del acto o decisión judicial, o en la declaración de nulidad, según el caso, no consiente la infracción de la que el acto o decisión resultan.

La protesta no requiere de una fórmula sacramental, y cualquier expresión que indique con suficiente claridad que no se consiente el acto o la decisión basta a los fines legales. Requerir además que el interesado dé en el acto los fundamentos por los que no consiente el acto o la decisión carece de finalidad, porque la exigencia de fundamentos sólo tendría finalidad si estuviese disponible una instancia de reposición o de nulidad ante el mismo juez

Firmado





o tribunal. Si la instancia ha sido ejercida, y se ha agotado, no se requiere de ningún fundamento adicional, porque el juez o tribunal no están llamados a revisar una nueva vez y revocar lo decidido. En todo caso, en ocasión de interposición del recurso de casación por infracción formal (art. 456, inc. 2, CPPN) incumbe al interesado la carga de expresar el motivo de casación, y desarrollar los fundamentos (arts. 463 y 465 CPPN).

Ahora bien, cuando se trata de la admisión o inadmisión de medios de prueba, el reclamo y protesta no exigen formalidades, pero debe ser realizado en tiempo útil y tiene que estar expresado en términos claros que permitan comprender la tesis del interesado acerca de cuál habría sido el error en la decisión de admisibilidad o inadmisibilidad de un medio de prueba ofrecido.

Establecido el marco legal observo que la defensa nunca hizo reclamo de subsanación de los defectos que ahora pretende alegar como motivo de nuevo agravio en la oportunidad de ampliar fundamentos.

Destaco que sólo consta en el acta que la defensa, ante la ampliación fiscal, no ha efectuado ningún tipo de protesta, tan sólo ofreció testigos y el imputado declaró nuevamente. La defensa no hizo uso oportuno de las facultades que la ley le concedía para obtener una decisión del Tribunal que favorezca a su defendido.

Dado que no observo ningún esbozo de queja de la defensa sobre la alegada infracción al art. 381 CPPN por la modificación presentada por el fiscal (acta del debate, fs. 321), en este aspecto lo intentado por la defensa oficial en el término de oficina es inadmisibile.

2. Sentado lo anterior, abordaré los agravios presentados en el recurso de casación por la defensa particular de S L B y la ampliación de fundamentos realizada en el plazo de oficina.

Fecha de firma: 25/09/2018



2.a. El *a quo* tuvo por probado que "...a fines del año 2014, en el interior del domicilio de Báez n° 637, 4° piso, departamento 25, S L B bajó la ropa interior a Clara Noemí Bogado – quien en ese momento se encontraba dormida- e intentó accederla carnalmente, no logrando su cometido porque la nombrada despertó y de un empujón lo alejó, frustrando el abuso que sufría...". Este hecho fue identificado con el número 2 (fs. 345). Calificó esa conducta como abuso sexual con acceso carnal tentado (fs. 351vta./352).

También tuvo por acreditado que "...durante la mañana del 31 de enero de 2015, en el interior del domicilio de Báez n° 637, 4° piso, departamento 25, S L B agredió sexual, física y verbalmente a Clara Noemí Bogado, causándole lesiones. En ese contexto de reiterada violencia, se probó que B la golpeó, le quitó la ropa y la amenazó con un cuchillo diciéndole que si no hacía lo que él quería la iba a matar a ella y a su hija. Luego, la forzó a mantener relaciones sexuales primero por vía oral mientras él mantenía el cuchillo en la mano amenazándola y luego accediéndola por vía vaginal, dejando el arma cerca de ellos..." (fs. 345/345vta., identificado con el número 3). Calificó este hecho como abuso sexual con acceso carnal, agravado por la utilización de un arma (fs. 352vta./353).

2.b. La defensa de S L B afirmó en el escrito de interposición que se ha vulnerado el art. 399 CPPN "en cuanto a la apresurada descripción del Tribunal respecto a la apreciación de las pruebas [...] las que valoradas en forma equivocada, conllevan a ejecutar, la sentencia apelada" (fs. 367 vta.). Se queja de que el *a quo* utilizó como prueba determinante la declaración de la víctima, quien habría concurrido al debate de forma compulsiva. Por otra parte, alegó que no hay en la causa testigos objetivos y que se valoró de manera arbitraria a los testigos ofrecidos por esa parte en el debate.

La presentación de la impugnación es desordenada,

Firmado





confusa, y desprovista de la fundamentación necesaria para identificar la sustancia del defecto que se alega.

Sustituido el defensor, la Defensora Pública que actúa en esta instancia, ha desarrollado los motivos de casación en el plazo de oficina.

En lo que concierne al hecho identificado con el número 2 en la acusación, señaló que el fiscal había entendido que estaba probado por la contundencia de la declaración de Clara Noemí Bogado y destacó que la sentencia no dedicó ningún abordaje circunstanciado de la prueba concerniente a ese hecho apuntando que sólo a fs. 348 se efectuó un abordaje y que el *a quo* le dedicó un mayor examen en el título de la calificación legal a los efectos de fundamentar las razones por las que se descartaba la figura de abuso sexual gravemente ultrajante. Observó la defensa que según consta en el registro audiovisual de la declaración de Clara Noemí Bogado, al ser preguntada por el fiscal sobre hechos anteriores al del 31 de enero de 2015, la mujer no aportó detalles o precisiones que permitan distinguir la situación del hecho 1 por el que medió absolución o que permitan confirmar la imputación por el hecho 2.

Argumentó que la imprecisa delimitación temporal y la escueta descripción impiden tener por probado el hecho identificado con el número 2. Propone, en subsidio, que la conducta sea calificada como abuso sexual simple.

La defensa pública en el plazo de oficina ha sostenido también el agravio traído en el recurso de casación sobre la prueba del hecho identificado con el número 3, desarrollando la queja del anterior defensor en cuanto cuestionaba que la única prueba relevante aportada al proceso fue la declaración de la víctima Clara Noemí Bogado. Acusa defecto de aplicación de las reglas de la sana crítica racional y sostiene que, sin perjuicio de que es posible una



sentencia de condena con base en un solo testimonio, es exigible que la sentencia sea racional fundada objetivamente.

Además alegó que “respecto de las lesiones, el argumento es evidentemente impertinente para justificar la existencia de un abuso sexual violento o desmerecer un descargo; ellas no aparecen ocasionadas en partes del cuerpo que, advertida su presencia, conduzcan univocamente a esa hipótesis y, además, no se ha atendido al hecho de que no aparecen en el resto del cuerpo (pese a la alegada desnudez) rastros de las patadas y demás tironeos y arrastre a la que habría sido sometida la señora Bogado...” (fs. 411 vta.).

Arguyó también la existencia de contradicciones entre las declaraciones testificales prestadas en la etapa de instrucción y la declaración que la víctima dió en el debate (fs. 411 vta./412).

2.c. El *a quo* ha tenido en cuenta como estructurador de su convicción el relato de Clara Noemí Bogado, que se presenta como damnificada de los abusos.

Según documenta en el acta, aquélla había sostenido en el debate que: “...Es la ex pareja del imputado, lo estuvieron durante cinco años. Luego fue interrogada por el Fiscal en primer término y la testigo dijo: hacía un tiempo que se estaban llevando mal, habían hablado le había pedido que se vaya de la casa, se la habían adjudicado a ella en el barrio militar, no se iba, discutían por cualquier cosa. Hacia tiempo que no tenían relaciones, él le pedía y ella decía que no. Cuando paso eso, cree que el 31 de enero, la noche anterior discutieron le dijo él que se iba a matar a tirar por la ventana, ella le dijo que se fuera, si no se iba ella. Al día siguiente a la mañana bien temprano él se fue al cajero. Que la noche anterior ella durmió en la cama de la nena más grande con la nena que tienen en común, le dijo él que cuando volviera no la quería ver más en esa cama. Cuando se fue, ella fue hasta su cuarto que era el que tenía cerradura, pero él la

Firmado





había desarmado. Presentía que algo iba a pasar. Llamó a su papá. Él no demoró en volver. Cree que nunca fue, que se quedó del otro lado del cajero. El episodio empezó entre las 7 y las 7:30, él la despertó, estaba durmiendo con la nena, y ella se va a la otra habitación con la nena, él le dijo que quería hablar con ella y ella le dijo que ya lo habían hablado la noche anterior. Como ella no se levantaba por su voluntad, le dijo que la levantaba él y la tomó del brazo y la llevó del brazo hasta la otra habitación, cree que el brazo izquierdo. En ese momento cree que no la lastimó. Que en la otra habitación ella se sentó en la silla del escritorio. Que trataba de hacerle entender que se fuera él. Él se empezó a sacar la ropa, le dijo que quería tener relaciones, ella le dijo que no, la tomó del brazo, le dijo que iba hacer lo que él quería. Empezaron a forcejear, le rompió la ropa, la dejó desnuda, ella le dijo que quería ir al baño pero él se quedó atrás de la puerta, ella le dijo que quería vestirse que no quería estar así, él no la dejaba entrar a la habitación para buscar ropa, en un descuido ella entró a la habitación y se puso a la nena a upa para que él no la agarrara, ella seguía con la ropa rota, él cree que tenía la parte de la ropa de abajo nada más. La nena no entendía nada, estaba dormida, ella se aferraba a mi y ella a la nena. La nena se pone a llorar porque se estaban gritando. Él le fue a hacer la mamadera y que ella la haga dormir. Cuando vuelve con la mamadera tenía también un cuchillo, le empezó a pegar porque la nena no quería dormir y lloraba y le decía basta papá. Que empezaron a forcejear y como se dio cuenta que la estaban tironeando a la nena le dice qué estaban haciendo. El cuchillo es uno grande que ella usa para cortar la carne. Es uno de los más grandes, tipo de carnicería. Le decía que la iba matar y que si no la hacía callar a la nena las iba a matar a las dos. En un momento se lo acercó a la cara. Cuando empezó a forcejear y golpear, estaban los dos tirando de la bebé y ella no la quería soltar porque él tenía el cuchillo en la mano, ella la soltó y le

Fecha de firma: 25/09/2018

Firmado por: L.M. GARCIA,

Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,

Firmado por: L.FERNANDO NIÑO

Firmado(ante mi) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



dijo que iba hacer lo que él quisiera, pero que no le hiciera nada. Estaban los tres en la cama, la nena en el medio y él le pegaba en la cara. Que la agarraba de los pelos y la traía hacia la cama. Le dijo que se vaya que no la quería ver más en la habitación, se fue para el comedor, quiso abrir la puerta la que tiene tres llaves. Las que describe. Cuando terminó de abrir la última la escuchó, la agarró y le empezó a pegar y a pegar, agarró una tijera que está siempre ahí colgada, una grande roja, y hacía como que se la iba a clavar en el cuello. Hace con las manos el tamaño, no recuerda la punta. La nena desde la cama decía “basta papá”. El le pegaba cada vez más y le decía que por culpa de ella la nena gritaba, le pegaba cada vez más, se cayó, la levantó y la llevó hasta la pieza, donde le decía que la calmara a la nena, se volvió a caer, la arrastró de las piernas y la llevó al comedor. Cree que fue ahí cuando la llevó a la habitación de su hija, siempre con cuchillo en la mano, la obligó a practicarle sexo oral, la tiró en la cama e hizo lo que quiso con ella. El cuchillo lo dejó en un momento en la mesita de al lado. [...] Continúa la testigo diciendo que estaba cree solo con la ropa interior de abajo, se la sacó a la fuerza por eso tiene hematomas en la pierna porque tiró hasta cortar. La penetró por vía vaginal. La quería obligar a tener sexo anal, le dijo que se la dejaba pasar pero que a la noche no se salvaba. Se había colocado arriba, encima de ella y eyaculó. Cuando terminó le dijo que se levante y que por sucia iba a quedar embarazada. Le dijo que quería ir al baño, estaba traumada por el trato que recibió, se higienizó pero él no la dejaba cambiarse, quería que anduviera desnuda por la casa, le pidió ropa porque estaba la nena. La dejó que busque ropa. Ella se fue a la cocina, le dijo que tenía hambre, él le dijo que le iba a hacer el desayuno, trató de buscar la llave y su celular pero no lo encontraba, se fue al baño y empezó a vomitar, le dijo que la iba a llevar al hospital. Ella le dijo que no, pero siguió vomitando, ella le dijo que la llevara. Se fueron a la guardia con la nena, no había pacientes y cuando entró

Firmado





no podía hablar por el llanto, con la remera se le veían los hematomas. El médico le preguntó que pasaba y ella le dijo que el que le había pegado tenía a su hija y ella la quería, llamó al 911, el patrullero salio a buscarlo porque ella le dijo que estaba afuera pero ya no estaba, la llevaron a la comisaría. Con Nayla estuvo a las 7, a la guardia llegó más o menos a las 9:30 o 10. Todo tardó más o menos dos horas. Esa fue la única vez que le pegó e insultó, sí más o menos al año de convivir, ella estaba durmiendo y la penetró. Ella se enojó mucho y le dijo que no. Fue en enero de 2010 que empezaron a vivir juntos. El episodio fue en 2011. Que no recuerda exacto pero estuvieron como cuatro meses sin tener relaciones y en ese tiempo otra vez pasó eso de que ella estaba durmiendo, él le bajó la ropa y la quiso penetrar. Discutieron por eso. La nena esa noche durmió con ellos aunque ella tiene su cuna. Le bajó la ropa, ella lo empujó de la cama. Desde que estuvieron juntos no tenían problemas, pero desde que ella no quería estar más con él, se ve que a él le afectaba. Estas prácticas empezaron cuando empezó a rechazarlo. No llegó a penetrarla. No recuerda otros episodios. Nunca había sido violento con ella. Que fueron esos meses, que por ahí le molestaba que ella la cuidara a su hija que ahora tiene 17, le decía que no la atendiera tanto pero no la insultaba, esas eran las diferencias que ella no aguantaba. Que los primeros meses fueron difíciles porque quedó traumada, después de a poco fue aflojando con el psicólogo, y al ver que su hija está bien con él, es muy apegada a él, el tiempo que no lo vio le preguntaba por él, lloraba por él. A medida que se fueron viendo ella se fue sacando el miedo. Que al principio él lo negó, y después le pidió disculpas que está arrepentido de lo que hizo. Ella se presentó pidiendo que el caso se archivara, que ella sabe que está diciendo la verdad que él se equivocó que él quería recuperarla y se equivocó de la peor forma. Que cuando estuvo preso su hija lloró todos los días por él. Que por eso ella viene, que por ahí

Fecha de firma: 25/09/2018

Firmado por: L.M. GARCIA,

Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,

Firmado por: L.FERNANDO NIÑO

Firmado(ante mi) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



se piensa que ella es una tonta pero pide que no se lo castigue. Que él le dijo que había una audiencia y que la iban a notificar” (fs. 316 vta./319vta.).

La transcripción respeta en sustancia lo que se puede conocer por el registro audiovisual anexo al expediente (fs. 333).

El Tribunal Oral, en los fundamentos de la sentencia, apreció que “el relato de la víctima fue ordenado, coherente, verosímil –su declaración se apreció sincera y sentida- y tuvo sustento en el resto de la prueba incorporada al debate. Su testimonio transmitió con claridad cómo la agresión vivida fue de profunda tensión y le provocó gran temor”.

A fin de apreciar esa declaración, relevó el *a quo* que “esa misma impresión dejó en los testigos que la asistieron después del hecho. El médico del hospital contó que estaba angustiada, “transmitía la preocupación de quien viene a pedir ayuda”. El agente Montenegro la vio muy mal, lloraba, “estaba en estado de shock”, preocupada por su hija que había quedado con B”.

Al examinar el relato expresó el *a quo* que “No se advirtió un discurso estructurado, ni animadversión o afán de perjudicar al justiciable, tal es así que la misma víctima aseguró que la relación siempre había sido buena – antes e incluso después de los hechos-, que el imputado era un buen padre y que ella lo había perdonado, por eso insistía en no seguir con la causa”. A ese respecto dio especial relevancia a que la mujer no quería venir a declarar, por lo que se dispuso su traslado por la fuerza pública, observando el *a quo* que “presentía que su testimonio lo iba a perjudicar y ella no podía mentir” y que “pidió que no se lo castigara con pena de prisión y dijo que el tiempo en que el imputado estuvo detenido su hija lloraba todos los días”.

Se concluyó en la sentencia que “la víctima ha sido

Firmado





creíble en coincidencia con los informes técnicos y la impresión que ella causó en el tribunal” y confrontó esa apreciación con los peritajes del Cuerpo Médico Forense de fs. 68/72 que informaron que “No surge de lo evaluado tendencia a la fabulación ni exacerbación imaginativa patológica. Logra diferenciar realidad de fantasía. Se expresó mediante una concatenación lógica de sus ideas, con un discurso coherente. Su relato respecto de los hechos, tiene coherencia interna, es inestructurado... su correlato afectivo es acorde a los hechos que describe”.

También se refirió el *a quo* a las lesiones constatadas en el cuerpo de la mujer y confrontó la versión del imputado señalando que “ensayó una hipótesis inverosímil: dijo que esa mañana Bogado no se había golpeado “...tuvieron relaciones sin violencia, él no es violento, no vio que ella se golpeará”. Luego, en oportunidad de ampliar su declaración indagatoria, refirió que a ella le gustaban las prácticas sexuales violentas y su defensor insinuó que las lesiones se las habría provocado un amante”. Descartó esa hipótesis señalando que “De haber sido así, B habría advertido que tenía lesiones en su cuerpo mientras mantenían relaciones sexuales, sin embargo afirmó categóricamente que no había habido violencia y que Bogado no se había golpeado” y se preguntó retóricamente “Entonces ¿en qué momento aparecieron los hematomas que fueron constatados?”.

Puesto que el *a quo* ha formado su convicción, de modo dirimente, en la declaración prestada por Clara Noemí Bogado, se torna adecuado exponer previamente ciertos criterios aplicables a la valoración de lo declarado por un testigo único, en particular cuando que se trata, como en el caso, de acusaciones de abuso sexual del que el testigo se dice víctima. He dicho antes de ahora en el caso “Ortega, L Alberto” (Sala 1, causa n° 35631/2013, rta. el 22/4/2016, reg. n° 308/2016, entre otros), que, con frecuencia la reconstrucción del

Fecha de firma: 25/09/2018



hecho de la acusación depende de modo decisivo del relato de quien aparece como víctima.

La defensa en su recurso se queja de defecto de valoración “imparcial del hecho imputado al carecerse en el momento de testigos presenciales que hayan podido visualizar lo ocurrido y denunciado”.

En el marco del Código Procesal Penal de la Nación, que se rige por la libertad de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica (arts. 206 y 398, segundo párrafo, CPPN), no hay regla alguna que imponga un modo determinado de probar los hechos de la acusación, ni un número mínimo de elementos de prueba. Sin un sistema de prueba tasada, la pluralidad de testigos deja de ser un requisito esencial e intrínseco de la prueba testifical, y la convicción judicial, como resultado del acto de producción y valoración de la prueba, no depende necesariamente de la existencia de un mayor o menor número de elementos de prueba, por caso de un número plural de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, por lo que puede bastar el valor convictivo de un testigo único, incluso de la propia víctima (confr. *mutatis mutandis* para el procedimiento español MIRANDA ESTRAMPÉS, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 184).

Al sopesar las informaciones de un testigo, debe examinarse la existencia de razones objetivas que quiten valor de convicción a su testimonio. Antes de ahora (confr. mi voto como juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 9149, “Muñoz, Hernán Raúl s/recurso de casación”, rta. 24/10/2008, Reg. n° 13.401, voto citado por la defensa pública en la oportunidad de ampliar fundamentos), he señalado que en la crítica del testimonio se han de observar, al menos, tres abordajes: a) la veracidad, entendida como ausencia de indicios de mendacidad, que

Firmado





podrían sospecharse, por ejemplo, de las relaciones de interés del testigo, o de relaciones de amistad, enemistad, ánimo de favorecimiento o de perjuicio; b) la verosimilitud, que debe ser investigada en el examen intrínseco del contenido de la declaración, y en la medida de las posibilidades por su confrontación con otros elementos de prueba o de otros datos o informaciones disponibles que pudieran ser corroborantes o poner en duda la exactitud de lo declarado; y c) la persistencia o las vacilaciones en la incriminación.

En el primer abordaje, la veracidad atiende principalmente a una actitud subjetiva del testigo, y a sopesar su compromiso con la verdad, sobre la base de indicios objetivos; en el segundo se atiende principalmente al examen objetivo del contenido de su declaración, que busca desentrañar si lo que se declara puede corresponder con la realidad de lo ocurrido; en el último la falta de persistencia o las vacilaciones pueden ser indicio tanto de falta de veracidad, como de correspondencia entre lo percibido y lo declarado y lo realmente ocurrido.

El examen de veracidad de la testigo es un examen dirimente, puesto que el mejor y más verosímil y coherente relato puede ser falso en el sentido de no veraz. Un relato inverosímil o con insuficiencias, ambigüedades, o lagunas puede sin embargo seguir siendo veraz, en el sentido de compromiso del testigo con la verdad; así, hay testigos que son veraces en sus declaraciones, aunque éstas puedan estar influenciadas por errores o insuficiencias de percepción o de fijación de la memoria, o de interpretación de los hechos y circunstancias percibidos. La defensa alega, por una parte, en el recurso de casación que la declaración de la víctima había sido titubeante y, por otra parte, en el término de oficina que en la declaración en punto a la acusación por lesiones había ido contradictoria y que se habían aportado escasos elementos de prueba

Fecha de firma: 25/09/2018

Firmado por: L.M. GARCIA,
Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,
Firmado por: L.FERNANDO NIÑO
Firmado(ante mi) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



en cuanto respecta al hecho identificado con el número 3, mientras que acusa defecto de fundamentación y de base probatoria, respecto del hecho identificado con el número 2.

Examinaré separadamente uno y otro conjunto de agravios, en ese orden, observando que, sin perjuicio de la falta de inmediación, esta Sala tiene un amplio campo de juego para el examen crítico del testimonio de la víctima en este caso.

2.d. En lo que concierne al hecho identificado por la acusación con el número tres, que se atribuye al imputado haber cometido con violencias, amenazas y el empleo de un cuchillo el día 31 de enero de 2015, observo que la declaración de Clara Noemí Bogado dada en el debate es coherente, circunstanciada, no aparece teñida de contradicciones, más allá de algunas imprecisiones en punto a la ubicación temporal de uno de los hechos de la acusación, y no deja lugar a dudas de que los contactos sexuales no fueron consentidos por la mujer, sino que ésta cedió por la violencia física y la intimidación.

El *a quo* ha examinado la estructura interna del relato de la mujer, y lo ha confrontado con las impresiones de los testigos que recibieron las primeras noticias de ella, que se han referido a su actitud, y a su estado emocional. Ha tomado nota de las lesiones constatadas, y ha prestado especial atención al conflicto que se le presentaba entre su compromiso con la verdad y el ánimo de no causar un perjuicio al imputado que se concretara en una pena de prisión, y los efectos que tendría sobre la hija de ambos. Ha desechado también, con argumentos racionales y de experiencia, la versión del imputado sobre el modo en que la mujer pudo haberse lesionado.

A mi modo de ver, sólo podría llegarse a una conclusión absolutoria si se estableciese que la víctima, Clara Noemí Bogado, ha sido mendaz. Si no se establece que la testigo ha sido mendaz

Firmado





entonces no veo cómo destruir la acusación y la condena que viene recurrida. En particular, sin perjuicio de las acusaciones formuladas por la defensa en punto a la supuesta historia psicológica y psiquiátrica conflictiva de la damnificada, no se ha acreditado la falta de normalidad de su estado psíquico (ver informe de la perito psicóloga *ad hoc* del Cuerpo Médico Forense Licenciada Claudia Egle Fortich de fs. 68/72), por lo que descarto la hipótesis de que pudiese haber errado en lo percibido en el hecho y que luego explicara. A este respecto, la víctima ha efectuado un relato coherente respecto a los hechos por los que fuera condenado S L B. De modo que todo el esfuerzo de la defensa en argumentar sobre, conforme lo sostuvo el *a quo*, a “desviar el foco del conflicto hacia asuntos alejados de esta causa penal”, carece de relevancia a los efectos de cuestionar la sentencia recurrida.

Bajo el título “De la calificación”, la defensa cuestiona también el empleo de un cuchillo como instrumento para inhibir la resistencia de la mujer al acceso carnal. Ha sostenido que “...ni siquiera se expone una foto de algún arma...”. En rigor, no se trata de un problema de error de subsunción, sino de la prueba del empleo de un elemento calificable como arma.

Observo que el *a quo* ha valorado la declaración de la víctima en punto a que –según se ha transcripto en el acta de debate- ella explicó que “...el cuchillo es uno grande que ella usa para cortar la carne. Es uno de los grandes, tipo de carnicería...” (fs. 317vta./318). De la inspección del registro audiovisual puesto a disposición de esta Sala se desprende que la mujer había dado una precisión mayor en cuanto al tamaño y características del cuchillo, en cuanto aclaró “...no es uno de los Tramontina...” (confr. archivo identificado con el número 9213, minuto 16:39).

La falta de exhibición del cuchillo en el juicio, o la



indisponibilidad de fotos u otras reproducciones, no es un defecto de prueba que ponga en duda lo que el imputado ha utilizado a partir de la descripción dada por la víctima, pues no se trató de un elemento que ésta hubiese visto por primera vez en el momento del acometimiento, sino que se trató de uno que conocía perfectamente porque era el que ella usaba en la casa para cortar carne. Nada hace pensar que hubiese incurrido en algún error de percepción, ni menos aún que hubiese mentido afirmando falsamente el empleo de un instrumento con capacidad de corte.

Al cabo de este examen no encuentro ni la defensa me convence sobre la existencia de algún indicio serio que permita instalar la hipótesis que pretende en punto a que el relato de la víctima pudo ser equivocado o mentido, y creer que el imputado no ha hecho lo que se le imputa y de la manera en cómo fue relatado.

Por estas razones, la impugnación de la defensa sobre la determinación del hecho identificado con el número 3 no será de recibo, en la medida que éste ha sido establecido en la sentencia con fundamentos suficientes y con arreglo a criterios racionales, respetando la sana crítica y la experiencia, sin lugar a una duda razonable.

La defensa se ha quejado de que el *a quo*, de manera que califica de arbitraria, ha entendido que el testigo Mario Omar Ledesma ha declarado falsamente y se duele de que su testimonio no ha sido valorado. Arguye que el testigo no ha sido citado, ni indagado ni condenado como consecuencia de la extracción de testimonios ordenada en la resolución recurrida.

Observo que la defensa de S L B había ofrecido testigos que nada han aportado para desvirtuar la acusación; especialmente, los testigos ofrecidos después de la ampliación de la acusación fiscal conforme el art. 381 CPPN, entre ellos el citado Ledesma, que lo hicieron en relación a distintos aspectos de la vida

Firmado





del imputado B o de la damnificada. La defensa no ha demostrado de manera concreta y razonada la capacidad de rendimiento de esas declaraciones para introducir alguna duda razonable sobre la acusación concerniente al hecho 3.

2.e. El *a quo* tuvo por probado también el hecho 2 de la acusación, según el cual, en fecha indeterminada de fines del año 2014, el imputado S L B, en el domicilio en el que convivía con Clara Noemí Bogado, le habría bajado la ropa interior cuando ésta se encontraba dormida y habría intentado accederla carnalmente, acceso que no logró porque la mujer se habría despertado y de un empujón lo habría alejado, “frustrando el abuso que sufría” (fs. 345). Calificó el hecho como abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa (fs. 351 vta./352).

Como punto de partida observo que, a diferencia del examen exhaustivo y meduloso emprendido sobre los dichos de la presunta víctima respecto del hecho identificado con el número 3, el *a quo* no ha abordado en la sentencia un examen diferenciado de su declaración con referencia al hecho número 2.

No hay en los fundamentos ningún pasaje dedicado de modo puntual y razonado a los dichos de Clara Noemí Bogado, sino referencias genéricas e indiferenciadas a su relato. En efecto, la afirmación de que el relato de la víctima fue ordenado, coherente, verosímil, la observación de que su declaración se apreció sentida y que tuvo sustento en el resto de la prueba incorporada al debate, y la apreciación de que “su testimonio transmitió con claridad cómo la agresión vivida fue de profunda tensión y le provocó temor”, aplica sin esfuerzo al hecho del día 31 de enero de 2015, en el que el imputado empleó violencias y amenazas, y la mujer relató con extremo detalle en todos sus antecedentes, interacciones y ejecución, como se ha observado en el número anterior, pero aparece despojado

Fecha de firma: 25/09/2018

Firmado por: L.M. GARCIA,
Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,
Firmado por: L.FERNANDO NIÑO
Firmado(ante mi) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



de toda conexión con el hecho que la acusación dice que el imputado cometió en una fecha indeterminada de fines del año 2014, en el que no se habrían ejercido violencias físicas ni amenazas, sino vías de hecho sobre una mujer dormida.

Es menester aclarar que no se trata de quitar relevancia a acometimientos sorpresivos para lograr el acceso carnal sobre una mujer dormida, cuando la mujer no está en condiciones de consentir el acto por el estado de sopor o de obnubilación de la conciencia. Tampoco se trata de liberar al agente de asegurarse el consentimiento para el acceso carnal de la mujer con la que mantiene una relación de convivencia y de colecho. De lo que se trata es que, cuando la situación se da entre personas que se conocen ya íntimamente, que cohabitan, y que han establecido un lecho común, ha de prestarse atención a que el modo de obtención y aseguramiento del consentimiento responde a prácticas previas en las cuales muchas veces el consentimiento se procura mediante vías de hecho no violentas. El contexto, por lo demás, puede ser muchas veces decisivo para afirmar o negar que el agente actuaba sobre la base de un consentimiento.

Para ello aparece necesario prestar atención puntual a lo que la señora Clara Noemí Bogado declaró en la audiencia sobre la evolución de su relación con el imputado y sobre este hecho, según el extracto que a continuación se transcribe: “Es la ex pareja del imputado, lo estuvieron durante cinco años [...] hacía un tiempo que se estaban llevando mal, habían hablado, le había pedido que se vaya de la casa, se la habían adjudicado a ella en el barrio militar, no se iba, discutían por cualquier cosa. *Hacia tiempo que no tenían relaciones*, él le pedía y ella decía que no”. A continuación la testigo se refirió al abuso violento del día 31 de enero, y culminó su relato sobre diciendo que “*Esa fue la única vez que le pegó e insultó, sí más o menos al año de convivir, ella estaba durmiendo y la penetró. Ella se enojó mucho y*

Firmado





le dijo que no". La testigo aclaró "Fue en enero de 2010 que empezaron a vivir juntos. El episodio fue en 2011. Que no recuerda exacto pero *estuvieron como cuatro meses sin tener relaciones* y en ese tiempo otra vez pasó eso de que ella estaba durmiendo, él le bajó la ropa y la quiso penetrar. Discutieron por eso. La nena esa noche durmió con ellos aunque ella tiene su cuna. Le bajó la ropa, ella lo empujó de la cama. Desde que estuvieron juntos no tenían problemas, pero desde que ella no quería estar más con él, se ve que a él le afectaba. Estas prácticas empezaron cuando empezó a rechazarlo. No llegó a penetrarla. No recuerda otros episodios. Nunca había sido violento con ella".

Si bien se mira, de esa declaración surge un relato nítido del hecho cometido el 31 de enero de 2015, en el que el imputado acometió a la señora Bogado con violencias, amenazas y mediante el empleo de un cuchillo, y así la obligo a practicarle una *fellatio* y la accedió carnalmente. También se refiere en su declaración al menos a otros dos hechos anteriores, referidos de modo genérico, sin precisión de tiempos y circunstancias, uno en el que la habría accedido carnalmente cuando estaba dormida, y otro en el que habría intentado accederla carnalmente, cuando estaba dormida, que la mujer había rechazado y evitado.

El primer hecho es el objeto de la acusación y condena identificado con el número 3, el segundo no ha sido objeto de condena, y el tercero es el objeto de acusación y condena identificado con el número 2. Primero observo que respecto de éste la sentencia aparece desnuda de consideraciones sobre las referencias que la mujer hizo en la audiencia. No ha dado ninguna explicación precisa de cómo reconstruyó el hecho ni de cómo lo ha ubicado a fines de 2014. Esa imprecisión no es irrelevante, porque no permite contextualizarlo, en particular si se toma nota de que la mujer se refirió al año 2011, en

Fecha de firma: 25/09/2018



un tiempo en el cual según ella no tenían trato sexual, esto es, en el tiempo de cuatro meses que transcurrieron sin tener relaciones. Según dijo la mujer “en ese tiempo otra vez pasó eso de que ella estaba durmiendo, él le bajó la ropa y la quiso penetrar. Discutieron por eso. La nena esa noche durmió con ellos aunque ella tiene su cuna. Le bajó la ropa, ella lo empujó de la cama”. La testigo sin embargo no ha dado más detalles, no expuso si el hombre avanzó para obtener la penetración, o si la finalidad de removerle la ropa era inequívoca, pero no avanzó para hacerlo. La diferencia no es nimia, porque es la diferencia entre la búsqueda de un contacto corporal a condición de consentimiento concomitante, o el comienzo de ejecución de un acto no consentido expresamente. Según consta “Desde que estuvieron juntos no tenían problemas, pero desde que ella no quería estar más con él, se ve que a él le afectaba. *Estas prácticas empezaron cuando empezó a rechazarlo. No llegó a penetrarla*”.

Este pasaje es asertivo en punto a que la mujer había comenzado a rechazar el intercambio sexual porque no quería estar más con el imputado; que sin embargo compartía todavía el lecho (“la nena esa noche durmió con ellos”), y no abandonaba el domicilio común. Pero la mujer habla de “prácticas” que ella rechazaba y no de actos violentos o de accesos carnales no consentidos.

Observo también no hay otros elementos incorporados al juicio, que se refieran a este hecho, salvo el informe de la Brigada Móvil de Atención a Víctimas de Violencia Sexual (fs. 33/36), incorporado al juicio, el que se recoge el siguiente relato “...desde hace 2 (dos) meses que mantienen discusiones y que en varias oportunidades la obligó a mantener relaciones sexuales sin su consentimiento. La Sra. Bogado expresó “en varias oportunidades estando dormida me bajaba la ropa y me penetraba y yo no quería”. Todas las noches me acosa y me hace tener relaciones.” Este informe,

Firmado





sin embargo, no es idóneo para validar, ni complementar, lo declarado por la testigo en el juicio. Primero, porque se refiere a un tiempo distinto, esto es a dos meses antes de la intervención de la brigada, lo que se remonta, a principios del mes de diciembre de 2014. Segundo, porque se hace referencia allí a relaciones sexuales con acceso carnal consumadas, no consentidas y no a un intento de penetración frustrado, mientras el hecho número dos de la condena refiere a un intento de acceso carnal, cuando estaba dormida, frustrado por el rechazo de la mujer.

La sentencia no ofrece ni una descripción del hecho más precisa, ni una valoración más exhaustiva de la prueba disponible. Existe una diferencia sutil entre sostener que le bajó la prenda interior y “quiso penetrarla” y sostener que le bajó la ropa interior y realizó los actos inmediatamente dirigidos a penetrarla. Lo primero refiere al deseo o finalidad con la que se obra, lo segundo requiere una descripción más precisa de los actos, pues entre lo primero y lo segundo puede haber un espacio más o menos extenso para la búsqueda del consentimiento, espacio que ya no existe cuando la penetración es inminente. Ese espacio define además la imputación objetiva, porque define el campo de lo permitido –conforme a valoraciones jurídico-sociales- y el campo en el cual se crea ya antijurídicamente el riesgo para el ejercicio de la autodeterminación para el intercambio sexual.

Concluyo pues que ante el exiguo relato de la mujer, y la desnudez de fundamentos de la sentencia, no es posible determinar fuera de toda duda si el imputado obró con algún deseo condicionado a un consentimiento concomitante, o si realizó actos materiales que inequívocamente implicasen ya la prescindencia de todo consentimiento como condición del coito. Y vuelvo aquí sobre la circunstancia de que el imputado había obrado cuando la mujer

Fecha de firma: 25/09/2018

Firmado por: L.M. GARCIA,
Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,
Firmado por: L.FERNANDO NIÑO
Firmado(ante mi) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



dormía, porque si bien el sopor es una de las circunstancias en las que el sujeto pasivo no está en condiciones de consentir, resulta que, según el propio relato de la mujer, estaba ya suficientemente despierta y en condiciones de rechazar el avance cuando lo rechazó, y lo empujó, según sus propios dichos. Qué hizo el imputado en el espacio en el que él “le sacó la ropa y ella lo empujó de la cama” no ha sido reconstruido suficientemente en la sentencia.

Por estas consideraciones, concluyo que corresponde hacer lugar al recurso de casación, y revocar parcialmente la sentencia de condena por aplicación del art. 3 CPPN, absolviendo al imputado por el hecho identificado con el número 2, que viene calificado como abuso sexual con acceso carnal, en grado de tentativa a tenor de los arts. 42 y 119, párrafo tercero, CP.

3. La conclusión precedente excluye la aplicación del art. 55 CP, y por ende, corresponde la determinación de la pena que corresponde al imputado por haber sido hallado autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por la utilización de un arma, en el marco de la escala penal que establece el art. 119 cuarto párrafo inciso “d”, en función del párrafo tercero, CP.

Ello conduce a la necesidad del reenvío para que por otro tribunal se determine la pena que corresponde imponer por el hecho del que S L B ha sido hallado responsable en la sentencia cuya confirmación parcial aquí se propone.

4. Por las consideraciones expuestas, propongo al acuerdo que se haga lugar parcialmente al recurso de casación de fs. 365/380, se revoque parcialmente la sentencia de condena, se absuelva a S L B de la acusación por el delito de abuso sexual agravado por acceso carnal, en grado de tentativa (hecho 2 de la acusación); se

Firmado





rechace el recurso de casación en lo restante y se confirme parcialmente el dispositivo de la sentencia recurrida en cuanto lo ha condenado como autor del delito de abuso sexual, agravado por acceso carnal, y por el empleo de un arma (hecho 3 de la acusación), y se reenvíe la causa para que, por otro tribunal, se determine la pena en el marco del art. 119, párrafo cuarto, inciso d, en conexión con el párrafo tercero, CP (arts. 402, 456, 465, 470 y 471, *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Así voto.

El juez L F. Niño dijo:

1. En primer término, respecto al agravio introducido en la oportunidad prevista por el art. 466 CPPN, he de poner de relieve que tal como lo vengo sosteniendo desde el precedente “Monasterio”¹² de este colegiado, el criterio según el cual la admisión o el rechazo de la posibilidad de introducir planteos –ya sea en el término que reglamenta el art. 466 o en el que regula el 468 del digesto ritual– implica, en definitiva, admitir o denegar la eventualidad de aportar nuevos argumentos para defender la solución que a la parte interesa, ya que si bien es cierto que la presentación de nuevos agravios en el aludido lapso es contraria a la letra del art. 463 *in fine* del digesto ritual, el planteo debe ser de recibo a partir de los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal”³, hito jurisprudencial a partir del cual han menguado las formalidades y exigencias pétreas que regulan el acceso al recurso del imputado, en función de brindar plena operatividad a los arts. 8.2. “h” de la Convención Americana

¹ “MONASTERIO, Alan y RUOCCO, Alejandro Lucas s/ robo con armas”, CCC

² /2014/TO1/CNC1, Sala 3, Reg. n° 453/15, resuelta el 11 de septiembre de 2015

³ CSJN, Fallos: 328:3399

Fecha de firma: 25/09/2018



sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sin embargo, el planteo introducido por la esmerada defensa no podrá prosperar ya que, como señalaron los colegas preopinantes, no satisface el recaudo establecido en el art. 456, inc. 2° *in fine* CPPN y, en consecuencia, corresponde declararlo inadmisibile.

2. Por otro lado, voy a adherir en lo sustancial a los argumentos desarrollados en los puntos 2 “c”, “d”, “e” y 3 del voto que lidera el acuerdo y, por ello, a la solución que allí se propone.

Tal el sentido de mi voto.

El juez Gustavo A. Bruzzone dijo:

1.- En primer lugar, he de coincidir en un todo con los argumentos expuestos por el colega García en los puntos 2 “c” y “d” de su voto, por los que se descarta la alegación defensiva en punto a la arbitrariedad en la que habría incurrido el tribunal durante la valoración de la prueba, para tener por acreditado el hecho identificado en la sentencia como n° 3.

También, habré de compartir las apreciaciones que efectúa el colega en el dispositivo 2 “e” de su voto, para concluir en que ha sido deficitaria la reconstrucción histórica realizada por el *a quo* del episodio identificado como n° 2.

Sobre estos aspectos, concuerdo, pues, en que corresponde revocar parcialmente la sentencia en estudio, absolviendo a S L B de la acusación formulada por el delito de abuso sexual agravado por acceso carnal, en grado de tentativa (hecho 2), y confirmarla en todo lo restante, tal como viene propuesto en el voto que encabeza este acuerdo.

2.- Con relación al nuevo motivo de agravio introducido

Firmado





por la defensa durante el término de oficina, y dejando a salvo la postura que vengo exponiendo desde mi intervención en los autos “Medina”¹, en el sentido de que el derecho del justiciable a una revisión amplia del fallo condenatorio, conforme la interpretación que del art. 8.2. h CADH ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal” (Fallos 328:3399), impone su tratamiento por parte de este tribunal, también habré de compartir las razones que invoca el colega preopinante para concluir en su declaración de inadmisibilidad, en tanto la parte no ha satisfecho la carga impuesta en la última parte del art. 456, inc. 2° del CPPN, en la oportunidad procesal correspondiente.

Con esta salvedad, adhiero en un todo a la propuesta efectuada en el voto que encabeza este acuerdo.

En virtud del acuerdo que antecede, por unanimidad, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal RESUELVE:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación de fs. 365/380, REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de condena de fs. 344/356, ABSOLVER a S L B de la acusación por el delito de abuso sexual agravado por acceso carnal, en grado de tentativa (hecho 2 de la acusación).

II. RECHAZAR el recurso de casación en lo restante y CONFIRMAR PARCIALMENTE el dispositivo de la sentencia recurrida en cuanto lo ha condenado como autor del delito de abuso sexual, agravado por acceso carnal, y por el empleo de un arma (hecho 3 de la acusación).

III. REENVIAR la causa para que, por otro tribunal, se

¹ CNCCC, Sala 2, causa n° 17733/12, rta. 03/09/2015, Reg. 406/2015.



determine la pena en el marco del art. 119, párrafo cuarto, inciso d, en conexión con el párrafo tercero, CP (arts. 402, 456, 465, 470 y 471, *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N y lex 100) y remítase a la Oficina de Sorteos de la Cámara Federal de Casación Penal para que desinsacule el tribunal oral que deberá intervenir. Líbrese oficio al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 5 con copia de esta sentencia.

L FERNANDO NIÑO

L M. GARCIA

GUSTAVO A. BRUZZONE

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
Secretario de Cámara

Firmado

