

FALLO SELECCIONADO POR LA SALA PENAL DE CBA.(EXCELENTE)

RECURSO DE CASACIÓN PENAL - ABUSO SEXUAL (ART 119 PRIMER PÁRRAFO)- VÍCTIMA MAYOR DE TRECE AÑOS - MODALIDADES TÍPICAS - ABUSO SEXUAL COMETIDO CON APROVECHAMIENTO DE LA INMADUREZ SEXUAL DE LA VÍCTIMA (ART 120 CP) - BIEN JURÍDICO - CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA - REQUISITOS TÍPICOS.

1- Es claro que el contacto sexual con mayores de trece años de edad será punible bajo la óptica del art. 119 del Código Penal, cuando medie una situación especial de vulnerabilidad de la víctima o bien alguna de las modalidades coactivas previstas por la norma, que le impidan a aquélla consentir libremente la acción del agente. En ese marco, los modos de ataque coactivos de los que puede valerse el sujeto activo para llevar a cabo la acción e impedirle a la víctima consentir libremente su conducta y a los que hace referencia la ley, se nuclean en: violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder. El agente usa de violencia o amenaza cuando despliega energía física o “vis moral” para vencer la resistencia que le opone o para eliminar de antemano la que puede oponer la víctima. Cuando la norma refiere que el agente usa un abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, implica un factor que anula el libre consentimiento, pero distinto de la fuerza física y la intimidación. 2-El bien jurídico protegido por la figura del art. 120 del CP, es el libre desarrollo de la sexualidad de una persona como aspecto integrante de su personalidad para que pueda disfrutar plenamente de su libertad sexual en el futuro, por ello es necesario asegurarle la posibilidad de hacerlo con responsabilidad. La figura del art. 120 del Código Penal, requiere que el autor cuente con el consentimiento de la víctima para la realización de los actos de los que la hace objeto, el que puede ser dado en forma expresa o tácita. Este consentimiento -exigido por la figura-, carece de plena validez pues el autor lo obtiene aprovechándose de la inmadurez sexual de su víctima (mayor de 13 y menor de 16), circunstancia que le impide apreciar las consecuencias del acto; se trata -según la doctrina- de un consentimiento insuficiente o una madurez o inmadurez relativa.3- El art. 120 del Código Penal exige también, el aprovechamiento de la inmadurez del menor, el que se deduce de las pautas que la ley brinda: mayoría de edad del autor; relación de preeminencia entre autor y víctima u otra circunstancia equivalente. La relación de preeminencia, superioridad, prevalecencia o prerrogativa es una situación que puede darse en virtud de una relación parental, laboral, de tutoría, curatela, guarda o de otra índole.

SENTENCIA NUMERO: NOVENTA Y NUEVE

En la ciudad de Córdoba, a los veintiséis días del mes de abril de dos mil trece, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos "M.O.A p.s.a. abuso sexual con acceso carnal agravado, etc. -Recurso de Casación-" (Expte. "M", 76/2010) con motivo del recurso de casación interpuesto por los Dres. Raúl Cano y Federico

Arnulphi a favor del imputado O.A.M., en contra de la sentencia número treinta, dictada el veinte de septiembre de dos mil diez, por la Cámara Quinta del Crimen de ésta ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 119, tercer párrafo del Código Penal a los hechos endilgados al imputado O.A.M.?

2º) ¿Qué solución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por sentencia n° 30, dictada el 20 de septiembre de 2010, la Cámara Quinta del Crimen de esta ciudad, resolvió -en lo que aquí interesa-: "...Declarar a O.A.M., ya filiado, autor responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado reiterado (2 hechos), en concurso real, en los términos de los arts. 119, tercer párrafo, apartados a), b), c) y f), del cuarto párrafo y 55 del Código Penal y condenarlo a la pena de catorce años de prisión, con adicionales de ley y costas (arts. 9, 12, 40 y 41 CP y arts. 550 y 551 CPP)..." (fs. 566/604).

II. Contra el decisorio referido los Dres. Raúl Cano y Federico Arnulphi, defensores del imputado O.A.M., interpusieron recurso de casación y lo encausaron a través del motivo sustancial (art. 468 inc. 1º del CPP).

Denuncian que el *a quo* se equivocó al tipificar los hechos endilgados a su defendido, bajo la figura delictiva del art. 119, tercer párrafo del Código Penal, habida cuenta que al momento de la comisión de aquéllos la víctima ya era mayor de trece años de edad, razón por la cual corresponde se aplique la figura prevista en el art. 120 del citado cuerpo legal.

Infieren que el margen etario es relevante a los fines de determinar el supuesto jurídico a aplicar y en ese orden señalan que el art. 119 hace referencia a menores de 13 años de edad, en tanto que el art. 120 ciñe su aplicación a víctimas que tengan entre trece y dieciséis años de edad, tan es así que este último artículo contempla las mismas agravantes que el anterior, pero, en una escala penal menor por la edad de la víctima.

Entienden que en el caso traído a juicio se dan todas las circunstancias previstas en el art. 120 del Código de fondo, toda vez que la víctima es una joven de 13 años y 6 meses de edad y también se encuentra presentes en el caso el aprovechamiento de la

inmadurez sexual de ella en razón de la mayoría de edad del acusado y su relación de preeminencia hacia aquélla.

En síntesis, afirman que resulta inaplicable al caso el art. 119 del Código Penal, puesto que el art. 120 del mismo cuerpo legal, prevé igual supuesto fáctico, con las mismas agravantes pero, con una pena menor en razón de la edad de la víctima, elemento que claramente fue tenido en cuenta por el legislador a la hora de dictar esta normativa y al ser más beneficiosa corresponde su aplicación.

Por último, solicitan que si el Tribunal *ad quem* no advierte como indiscutible que la norma a aplicar es el art. 120 y no el art. 119, ambas del Código Penal, debería admitir cuanto menos que la ley de fondo es poco clara en su redacción y de ser así, atento los principios de *in dubio pro reo* y ley penal más benigna, igualmente corresponde encuadrar el hecho en la norma más benigna, esto es, el citado art. 120.

Por todo ello solicitan el cambio de calificación legal propiciada (fs. 613/616).

III. En prieta síntesis, adviértase que la defensa no discute, sino que da por acreditada tanto la existencia material de los hechos (primero y segundo) como la participación del imputado O.A.M. en los mismos y sólo embate el encuadramiento legal de esas conductas dentro de la figura del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado y reiterado (art. 119, tercer párrafo y apartados a), b), c) y f) del cuarto párrafo del CP).

1. El tribunal de mérito -en lo que aquí interesa- fijó los hechos conforme la requisitoria fiscal de elevación a juicio, del siguiente modo: *Primer hecho: sin poder precisarse fecha exacta, pero ubicable entre el primero de enero y el veinticuatro de febrero del año dos mil ocho, en horas de la siesta, en oportunidad que el imputado O.A.M. –quien estaría infectado del virus H.I.V.- se habría encontrado en su domicilio, sito en calle Domingo de la Gándara 1114, de Barrio General Mosconi de esta ciudad, habría abusado sexualmente de M.S.DF., hija de su concubina M.C.DF., de 13 años de edad con la que convive y sin usar preservativo, para satisfacer sus instintos sexuales y en circunstancias en que la madre de la niña no se encontraba en la vivienda, le habría pedido a aquella que lo ayudara a armar una pileta en el patio y como los hermanitos de víctima, M.M. y L.M. –de cinco y cuatro años de edad respectivamente- aún estaban despiertos, el imputado M. le dijo a la niña M. que los hiciera dormir. Una vez dormidos, M. habría tomado a la niña de un brazo y la habría llevado a la habitación matrimonial, la habría desvestido y acosado sobre la cama matrimonial boca arriba, sacándose él el*

pantalón se habría subido arriba de la niña y le habría besado los pechos, vagina y el sector del ano, le habría tocado los pechos y la vagina con la mano y con el pene, luego le habría introducido el pene en la vagina y acto seguido la habría dado vuelta y le habría introducido el pene en el ano, bajo permanentes amenazas de que no le contara nada a nadie ya que de lo contrario la echaría a la calle a ella, a su mamá y a sus hermanitos, que la llevaría a un instituto de menores y no vería más a sus hermanos. Hecho del cual resultó un grave daño en la salud mental de la víctima. Segundo hecho: sin poder precisarse fecha exacta, pero ubicable entre el veinticuatro de febrero del año dos mil ocho y el primero de marzo del año dos mil ocho, entre las 21:00 hs. y las 22:00 hs., en oportunidad que el imputado O.A.M. –quien estaría infectado del virus del H.I.V.- se habría encontrado en su domicilio, sito en calle Domingo de la Gándara 1114, de Barrio General Mosconi de esta ciudad, habría abusado sexualmente de la menor M.S.DF., hija de su concubina M.C.DF., de 13 años de edad con la que convive, sin usar preservativo y para satisfacer sus instintos sexuales, en circunstancias en que la madre de la niña se encontraba internada en el Hospital Tránsito Cáceres de esta ciudad y los hermanos de la víctima M. y L. –de cinco y cuatro años de edad respectivamente- estaban durmiendo en la habitación, en ese contexto, M. habría entrado a la habitación donde dormían los niños, incluida la menor M. y luego de despertarla la habría llevado a la habitación matrimonial, la habría desvestido y acostado sobre la cama matrimonial boca arriba, le habría quitado el pantalón y la bombacha y él se habría sacado el short dejándolo al costado de la cama, para luego subirse arriba de la niña y le habría besado los pechos y la vagina, le habría tocado los pechos y la vagina con la mano, introduciéndole el pene en la vagina y acto seguido la habría dado vuelta y le habría introducido el pene en el ano, bajo permanentes amenazas de que no le contara nada a nadie ya que de lo contrario la echaría a la calle a ella, a su mamá y a sus hermanitos, que la llevaría a un instituto de menores y no vería más a sus hermanos. Hechos de los cuales resultó un grave daño en la salud mental de la víctima (fs. 567/568).

2. Al momento de calificar legalmente el accionar atribuido al imputado O.A.M., consideró acreditado con certeza que corresponde declararlo autor responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado y reiterado (dos hechos), en concurso real, en los términos de los arts. 119, tercer párrafo, apartados a, b, c y f del cuarto párrafo y 55 del Código Penal.

Para ello consideró que el acusado con la intención de menoscabar la integridad sexual de M.S.D.F. -de trece años de edad- y valiéndose de su condición de guardador de la nombrada la accedió sexualmente en dos oportunidades vía anal y vaginal, sin usar preservativo, aprovechando la convivencia con la niña y exponiéndola con ello al contagio de una enfermedad de transmisión sexual grave (H.I.V.) de la que el nombrado es portador, resultando de ello un grave daño mental a la víctima (fs. 602).

IV.1. A fin de determinar si el Tribunal de mérito aplicó correctamente la ley penal sustantiva, o si, por el contrario, incurrió en un error jurídico, es menester recordar que ambos tipos penales, el imputado por el *a quo* (art. 119, tercer párrafo del CP) y el requerido por la defensa (art. 120 del CP) se encuentran contemplados en el Título 3 del Código Penal, el que bajo la rúbrica "*Delitos contra la integridad sexual*" protege el derecho de toda persona cualquiera sea su género a un trato sexual libre y consciente (Inserción del Dip. CAFFERATA NORES, "Antecedentes Parlamentarios", La Ley, 1999-B, pág. 1614).

Ahora bien y a diferencia de lo que postula la defensa, los tipos penales traídos a estudio no comparten en cuanto a la descripción de la conducta incriminada una base común. Doy razones:

2. El tipo penal del abuso sexual, castiga a quien abusa sexualmente de otra persona que carece de libertad para consentir el acto ya sea, por su edad (hasta trece años) y cualquiera sea su edad, por los medios utilizados para cometerlo (violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio originado en una relación de dependencia, autoridad o poder), o bien por el aprovechamiento de alguna otra circunstancia de vulnerabilidad o debilidad de la víctima (art. 119, 1º párrafo, CP).

Este tipo básico se agrava por las modalidades del abuso sexual (art. 119, 2º y 3º párrafo, CP: "sometimiento gravemente ultrajante" o cuando "hubiere acceso carnal por cualquier vía") y se intensifica la pena cuando concurren ciertas calidades del autor (art. 119, 4º párrafo, apartado "b" y "e"), modos de ejecución (art. 119, 4º párrafo, apartado "d"), ciertas consecuencias en la víctima (art. 119, 4º párrafo, apartado "a" y "c" y art. 124) o por la edad y situación de la víctima (art. 119, 4º párrafo, apartado "f"). Todas estas modalidades agravatorias agregan, como se aprecia, alguna circunstancia que intensifica el disvalor del injusto y por ello elevan las escalas penales.

Es claro que el contacto sexual con mayores de trece años de edad será punible bajo la óptica del art. 119 del Código Penal, cuando medie una situación especial de

vulnerabilidad de la víctima o bien alguna de las modalidades coactivas previstas por la norma, que le impidan a aquélla consentir libremente la acción del agente.

En ese marco, los modos de ataque coactivos de los que puede valerse el sujeto activo para llevar a cabo la acción e impedirle a la víctima consentir libremente su conducta y a los que hace referencia la ley, se nuclean en: violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder.

El agente usa de violencia o amenaza cuando despliega energía física o “vis moral” para vencer la resistencia que le opone o para eliminar de antemano la que puede oponer la víctima (Creus, Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo 1, Editorial Astrea, 7º edición, Bs.As. 2007, p. 189).

Cuando la norma refiere que el agente usa un abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, implica un factor que anula el libre consentimiento, pero distinto de la fuerza física y la intimidación (TSJ, “Falcon” S. nº 56, 27/03//2009).

En definitiva, estos supuestos del art. 119 constituyen una modalidad especializada de coacción por medio de la cual el agente obliga a la víctima a hacer o tolerar alguna acción de naturaleza sexual para la cual no prestó o no pudo prestar su consentimiento, es decir, contra su voluntad.

3. Ahora bien, en relación a la figura menos gravosa, cuya aplicación postula la defensa, cabe destacar que esta Sala tiene dicho (“Falcón”, cit.), que el bien jurídico protegido por la figura del art. 120 del CP, es el libre desarrollo de la sexualidad de una persona como aspecto integrante de su personalidad para que pueda disfrutar plenamente de su libertad sexual en el futuro, por ello es necesario asegurarle la posibilidad de hacerlo con responsabilidad.

Esta figura penal requiere que el autor cuente con el consentimiento de la víctima para la realización de los actos de los que la hace objeto, el que puede ser dado en forma expresa o tácita. Este consentimiento -exigido por la figura-, carece de plena validez pues el autor lo obtiene aprovechándose de la inmadurez sexual de su víctima (mayor de 13 y menor de 16), circunstancia que le impide apreciar las consecuencias del acto; se trata -según la doctrina- de un consentimiento insuficiente o una madurez o inmadurez relativa (Reinaldi Victor F. “Los Delitos Sexuales en el código penal argentino Ley 25087, pag. 154, Ed. Lerner).

La norma exige también, el aprovechamiento de la inmadurez del menor, el que se deduce de las pautas que la ley brinda: mayoría de edad del autor; relación de

preeminencia entre autor y víctima u otra circunstancia equivalente. La relación de preeminencia, superioridad, prevalecencia o prerrogativa es una situación que puede darse en virtud de una relación parental, laboral, de tutoría, curatela, guarda o de otra índole.

Pero, cuando se doblega la voluntad de la víctima, quien, por su edad, por su situación de vulnerabilidad o por el medio utilizado por el sujeto activo se ve impedida de consentir libremente la acción, el hecho debe ubicarse en la figura del abuso sexual previsto en el art. 119, párrafo 1º, calificado por las circunstancias contempladas en los párrafos 2º y 3º.

4. De la plataforma fáctica tenida por acreditada, se desprende que el imputado O.A.M., de 44 años de edad, infectado con el virus del H.I.V., tomando del brazo a la víctima, M.D.F., de 13 años de edad e hija de su concubina, bajo permanente amenaza de que no le contara a nadie porque *la echaría a la calle a ella, a su mamá y a sus hermanitos, que la llevaría a un instituto de menores y no vería más a sus hermanitos*, la accedió carnalmente vía vaginal y anal en dos oportunidades en que su madre se encontraba ausente del hogar en el cual convivían.

De ello, claramente se deriva que le asiste razón al *a quo* en relación a que la conducta desplegada por el acusado configura el delito de abuso sexual con acceso carnal, toda vez que su ataque sexual fue cometido mediante el uso de amenazas concretas y serias de abandono en un instituto de menores a una víctima de trece años de edad que se encontraba en un contexto emocional de gran vulnerabilidad -su madre estaba gravemente enferma e internada, quien poco tiempo después de acontecidos los hechos de la acusación, falleció, quedando la joven y sus hermanos de 5 y 4 años de edad al cuidado del acusado-, doblegando de este modo su voluntad y siendo la actitud pasiva de la víctima demostrativa del miedo infundido.

En definitiva, el imputado realizó actos de contenido sexual no consentidos por la víctima y demostrativos de que su voluntad fue quebrantada y no, aprovechada por su inmadurez como demanda la figura del art. 120 del Código Penal

Repárese en que yerran los recurrentes cuando reducen el caso traído a estudio al solo dato de que se trata de una víctima de más de trece años de edad, sin sopesar que el acusado impuso su voluntad de someterla sexualmente, mediante el uso de amenazas, a accesos carnales, conducta que encuadra en el tipo penal del art. 119, tercer párrafo del Código de fondo.

Por lo expuesto, estimo correcto el encuadre legal efectuado por el sentenciante (art. 119, tercer párrafo, apartados a), b), c) y f) del cuarto párrafo, CP).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando en consecuencia, de igual forma

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por los Dres. Raúl Cano y Federico Arnulphi en su carácter de defensores del imputado O.A.M., con costas (arts. 550 y 551, CPP).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;
RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por los Dres. Raúl Cano y Federico Arnulphi en su carácter de defensores del imputado O.A.M. Con costas (CPP, arts. 550/551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.