



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, a los 25 días del mes de Abril de dos mil trece, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces, doctores Víctor Horacio Violini y Ricardo Borinsky, con la presidencia del primero de los nombrados, a fin de dictar sentencia definitiva en la causa número 16485 (Registro de Presidencia 54536), caratulada: "T., D. M. s/ recurso de casación", conforme al siguiente orden de votación: BORINSKY-VIOLINI.

ANTECEDENTES

En lo que interesa destacar, el Tribunal en lo Criminal número 2 de Mar del Plata condenó a T., D. M. a tres años de prisión, de ejecución condicional y seis años de inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina y reglas de conducta, con costas, por ser autor penalmente responsable de dos hechos de abuso sexual simple, en concurso real entre sí.

Contra dicho pronunciamiento interpuso recurso de casación la defensora Oficial (fs. 25/42 vta.) que el tribunal concedió (fs.43), radicándose con trámite abreviado (fs.49 y artículo 264 del Código Procesal Penal).

Encontrándose la Sala en condiciones de dictar sentencia definitiva, se plantean y votan las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A la primera cuestión el señor juez doctor Borinsky dijo:

Primero. La defensa discute la legalidad de la investigación en razón que la denuncia no es de la víctima sino del director de un nosocomio.

Entre otras razones que podrían darse para el rechazo del agravio, expreso, en coincidencia con el Fiscal, que el denunciante no echó mano de una facultad vedada sino que efectuó la denuncia en su condición de funcionario público que toma conocimiento del hecho cuando es impuesto del mismo por personal del hospital.

Además, y esto no es un dato menor, el impulso de la instancia es un derecho de la víctima y no del imputado.

Instar deriva del latín instar, que a su vez conduce a instancia y es igual a petición. Pero, como el término se utiliza en sentido jurídico, debe completarse su significación con el contenido de la ley, ya que instancia es el fundamento del principio procesal del impulso como impulso, y expresa el trámite fundamental que pone en ejercicio una acción contenciosa, o el pedimento que da inicio a la instrucción, cuando la misma no puede iniciarse sin petición de parte.

Por ello, el Código Penal establece que no procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado.

En consecuencia, la interpretación la suministra dicho Código, al entender que la instancia privada es la acusación o denuncia indispensable para proceder a iniciar una investigación preparatoria por delitos contra la libertad sexual –entre una mayor cantidad de supuestos-.

Este concepto normativo del vocablo, concuerda con la acepción gramatical antedicha y posibilita determinar sus efectos y poner al descubierto su naturaleza jurídica.

Si la denuncia es la comunicación a la Justicia o a sus auxiliares, sobre un asunto de su incumbencia, para que proceda si fuere el caso; la denuncia existió, y el delito es de acción pública.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Ésta –la Justicia– no puede hacer nada sin la denuncia mas puesto ya ese fundamento, nadie puede embarazarla en su camino, ni impedirle que llegue al término que deben tener las actuaciones.

Entonces, hubo instancia, dejando la acción pública sin trabas, a fin de ser ejercida como se ejerció, luego de ponerse en conocimiento de la fiscalía el hecho atribuido al imputado.

Así entendida, la instancia es un derecho exclusivo de la víctima del delito, o de sus representantes, removiendo el obstáculo, establecido por la ley, para el libre curso de la acción pública de oficio.

En otras palabras, la manifestación de voluntad del agraviado sólo opera como el único medio de remover la traba legal que mantiene en suspenso la pretensión punitiva del Estado.

Si la sociedad está evidentemente interesada en que esos atentados sexuales se repriman, la instancia sólo aparece, en su aspecto negativo, como la facultad de oposición al curso permanente e irrenunciable de la acción penal pública.

Lo evidente es que el particular puede oponerse a la libre acción pública y la instancia no es otra cosa que la renuncia a ese derecho de oposición.

Mas la mencionada naturaleza de la instancia no actúa en protección de los autores de estos delitos, y por ello la defensa no puede invocar la falta de instancia, que existió.

Y esto debe considerarse como buena lógica, a poco que se repare que una agresión sexual además de atentar contra la libertad sexual de quienes se encuentran imposibilitados de oponerse provocan, con la investigación misma, una victimización adicional, que a veces causa un daño mayor que el delito mismo.

Se presenta entonces, el conflicto de intereses entre los de la sociedad interesada en la punición de estos graves atentados y los de la propia víctima, digna de protección en su intimidad, y aunque herida ya por la concupiscencia del delincuente, es merecedora del secreto posterior al delito.

Es la tesis de Frank para quien el Estado, entre la necesidad de represión y el respeto de la intimidad personal, se ha inclinado por éste, anteponiendo la manifestación de voluntad del agraviado al ejercicio de la acción pública, lo que la caracteriza como condición de procedibilidad.

Así las cosas, al referirse al procedimiento y no a la acción del autor, es ajena a la tipicidad, y su ausencia no puede ser invocada por la defensa, ya que no fue establecida en su favor, sino en el de la víctima, que insisto, dijo lo necesario para dejar expedita la acción; y por estos fundamentos el motivo decae (artículos 72 del Código Penal; 210, 448, 451 y 465 del Código Procesal Penal).

Segundo. El veredicto declara probado que aproximadamente a las 17:00 horas del 30 de noviembre de 2005 luego de finalizada una cirugía practicada a Q. J., J. en el Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil de Mar del Plata, quien participara de la intervención como médico anesthesiologo, apoyó su pene erecto en la boca de la paciente inconsciente por los efectos de la anestesia, e inmediatamente después, tras ser conducida la mujer a la sala de recuperación tomó una de sus manos y frotó contra la misma el pene.

También se tiene por acreditado que alrededor de las 15:00 horas del 7 de agosto de 2009, en el sector de quirófanos del sanatorio ubicado en J. B. J. ... de la misma ciudad, el médico T. tras una cirugía a S., C. M., cuando la misma se estaba recuperando de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

anestesia que le practicara, apoyó y frotó reiteradamente sus genitales con la mano izquierda de la paciente.

Tercero. La defensora argumenta que el segundo hecho es atípico porque la mano tocada no es pudenda, además se encontraba cubierta por tela, no hubo erección, en clara demostración de la ausencia de intención y contenido sexual de la acción realizada.

Los mal llamados abusos (no existe derecho de usar sexualmente a otro) son agresiones sexuales que en el tipo aplicado en la sentencia constituyen residuos de violación.

Todos los seres humanos tienen un derecho irrenunciable a decidir sobre su sexualidad.

La ley protege la libertad sexual en su doble faceta de autodeterminación o disposición libre de su potencialidad sexual y el derecho a no verse envueltos, sin su consentimiento, en una acción sexual, sea que se la toque, sea que se la obligue a tocar al autor o a un tercero, o termine haciéndolo como consecuencia de la aproximación de un pene a sus manos inertes, como consecuencia de una situación de absoluta incapacidad para oponerse, aunque la misma provenga de la acción autorizada al autor (anestesia en quirófano).

Por ello existe cuanto menos el abuso sexual simple indicado en el fallo de primera instancia, si el autor lleva su pene, erecto o no, con condón o sin él, hacia una de las manos de la víctima, sea que esté vendada, enguantada o tapada por una tela.

Si la acción del autor es voluntaria como lo fue, hay dolo ya que no hay nada, absolutamente nada en la causa que pueda entenderse como expresión del consentimiento de la víctima. Por tanto el agravio es improcedente (artículos 8.2.h. de la CADH.; 119 primer párrafo, del Código Penal; 210, 448, 451 y 465 del Código Procesal Penal).

Cuarto. Abierta la instancia por recurso de la defensa salvo el voto en lo que atañe a la individualización de la exigua pena impuesta en atención a la naturaleza de los hechos y la culpabilidad del acusado.

Partiendo de que el médico T., D. M. padece parafilia y por ello se dispone entre las condiciones de la inamovible ejecución condicional de la condena un tratamiento psiquiátrico y psicológico, la recurrente denuncia lesión al derecho a la salud, ya que al ser inhabilitado a ejercer como médico se le impide procurarse el sustento para afrontar el costo de las terapias.

Entre otras consideraciones que podrían formularse para el rechazo del agravio, digo en compañía del Fiscal, que no se aportan elementos que permitan conocer diagnóstico, tratamiento, costos, situación económica e inexistencia de otros ingresos, por lo que la crítica es insuficiente y decae.

Digo, ya concluyendo, que la inhabilitación obedece a que los hechos se cometieron en el ejercicio de la profesión y está orientada a desarrollar una influencia inhibitoria del delito en el autor, cuanto menos actuando como médico por parte de quien tenía deberes incrementados para las libertades sexuales de sus víctimas (artículos 14.5. del PIDCyP.; 20 bis, 26, 27, 27 bis, 40, 41, 55 y 119 primer párrafo del Código Penal; 460 del Código Procesal Penal).

En consecuencia, con la propuesta de retribuir los honorarios de la defensora con un 20% de la suma fijada en la sentencia de primera instancia (artículo 28, parte final, del Decreto 8904), a esta cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

A la primera cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto del doctor Borinsky, y a esta primera cuestión, también VOTO POR LA NEGATIVA.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Borinsky dijo:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En atención al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto, con costas y regular los honorarios de la doctora M., A. M. en un 20 % de la suma fijada en la sentencia de primera instancia (artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 8.2.h. de la CADH.; 14.5. del PIDCyP.; 12, 19, 20 bis, 26, 27 bis, 29 inciso 3°, 40, 41, 55 y 119 párrafo primero, del Código Penal; 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal; 28, parte final, del Decreto 8904/77). ASÍ LO VOTO.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Voto en igual sentido que el doctor Borinsky.

Con lo que no siendo para más se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente

S E N T E N C I A

I.- RECHAZAR el recurso de casación interpuesto, con costas.

II.- REGULAR LOS HONORARIOS de la doctora M., A. M. en un 20% de la suma fijada a su favor en la sentencia de primera instancia.

Rigen los 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 8.2.h. de la CADH.; 14.5. del PIDCyP.; 12, 19, 20 bis, 26, 27 bis, 29 inciso 3°, 40, 41, 55 y 119 párrafo primero, del Código Penal; 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal; 28, parte final, del Decreto 8904/77.

Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase a origen.

FDO: RICARDO BORINSKY – VICTOR IGNACIO VIOLINI.-

ANTE MÍ: Andrea Karina Echenique.