

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/T01/CNC1

Reg. n° 790/2015

En la ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de diciembre de 2015, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Daniel Morin y Gustavo Bruzzone, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 401/436 por la defensa técnica de F. B. C.; en la presente causa n° 29.302/2011/T01/CNC1, caratulada “**C., F. B. s/ recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 25, a través del veredicto dictado el 10 de noviembre de 2014 resolvió –en lo que aquí interesa– no hacer lugar al planteo de nulidad formulado por el defensor público oficial y condenar a F. B. C., por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en concurso ideal con el delito de amenazas coactivas (arts. 12, 29 inc. 3°, 45, 54, 119, párrafo tercero y 149 bis, segundo párrafo, CP), a la pena de siete años de prisión (fs. 337/338). Sus fundamentos fueron expuestos el 17 de noviembre de 2014 (fs. 339/398).

II. Contra dicha resolución, el defensor público oficial Germán Artola interpuso recurso de casación (fs. 401/436), el que fue concedido el 5 de febrero último (fs. 437).

El recurrente fundó su impugnación en ambos incisos del art. 456 y los distinguió en cinco motivos:

a) Rechazo de la nulidad de la pericia psicológica efectuada a M. C. D. T. por no haber sido previamente notificada la defensa: según el recurrente, la pericia reviste carácter definitivo e irreproducible y su falta de notificación importó un desmedro en la posición de C. frente al proceso.

b) Rechazo de la nulidad de las pericias psicológicas y psiquiátricas efectuadas a C. por conculcar el derecho a no autoincriminarse: destacó que en ningún momento se le hizo saber a su asistido que lo que manifestara en esas entrevistas podría resultar

autoincriminatorio y que a raíz de ello, le asistía el derecho a no declarar contra sí mismo. Tampoco se le hizo saber el motivo de las entrevistas.

c) Arbitrariedad de la sentencia por ausencia de motivación o motivación aparente: alegó que la sentencia no refleja de ninguna manera y no resulta una conclusión lógica de la prueba producida en el debate oral y que se sustenta casi de manera exclusiva en los dichos de la denunciante, y el grado de credibilidad que los integrantes del tribunal le han dado a esas manifestaciones.

Agregó que se había soslayado el descargo brindado por su asistido y sumó críticas a los peritajes realizados sobre D. T. y el propio C.

Además, criticó la valoración de los testimonios prestados por las personas que trabajan en la actualidad o trabajaron en la empresa X.

Finalmente, mencionó las razones que tenía D. T. para formular la denuncia contra C. y resaltó algunas incongruencias no valoradas en la sentencia: la ausencia de una canilla en el sótano y la conducta que tuvo D. T. posterior al hecho.

d) Errónea aplicación del art. 119, 3º párrafo, CP: de manera subsidiaria, la defensa planteó que la conducta de C. se subsuma en el art. 119, segundo párrafo, CP.

Con apoyo en variada doctrina y jurisprudencia, consideró que “el acceso carnal por cualquier vía” solo abarca la introducción del órgano sexual masculino por vía vaginal o anal, por lo que la *fellatio in ore* como acción típica debe quedar fuera de esa interpretación.

e) Errónea aplicación de los arts. 40 y 41, CP, al mensurar la pena impuesta a C.: con sustento en las conclusiones del Dr. Luna (sin perjuicio de las objeciones constitucionales a su dictamen), la defensa aduce que el tribunal soslayó considerar las apreciaciones del profesional en torno a la personalidad de C. quien presenta un “desajuste en la esfera psico-sexual, una personalidad no normal desde el punto de vista del consentimiento y una proclividad a conductas sexuales no normales”. Con base en ello, la posibilidad de motivarse en la norma era reducida.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

III. En el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, se presentó Mariano Patricio Maciel, Defensor Público Oficial de la Unidad de Actuación n° 2 ante esta Cámara, quien reeditó y amplió los mismos agravios vertidos en el recurso de casación, con especial atención en los puntos “a”, “b”, “c” y “d” antes desarrollados.

IV. Por su parte, la querrela también formuló su presentación en el término aludido, ocasión en la que rebatió los agravios de la defensa y solicitó que el recurso de casación sea rechazado (fs. 464/471).

V. Se celebró la audiencia prevista por el art. 468, CPPN, a la que compareció el defensor oficial Mariano Maciel, junto con su asistido, F. B. C., de todo lo cual se dejó constancia en el expediente a fs. 474.

El defensor sostuvo el recurso interpuesto y planteó los mismos cuestionamientos que habían sido plasmados tanto en el recurso como en la presentación introducida en el término de oficina.

Antes de concluir la audiencia, el tribunal interrogó a C. en los términos del art. 41, CP.

Efectuada la deliberación establecida en el art. 468, CPPN, el tribunal se encuentra en condiciones de resolver.

CONSIDERANDO:

El juez Sarrabayrouse dijo:

1. Para analizar los agravios formulados por la defensa, seguiremos el orden en que han sido planteados.

A. Nulidad del peritaje psicológico efectuado a M. C. D. T. (artículo 258, CPPN).

De manera general y antes de introducirnos al examen de los planteos de nulidad formulado por la defensa, conviene recordar que una de las características del proceso inquisitivo reformado, y que lo ha llevado a su crisis actual, es el planteo continuo de nulidades con la intención de impedir que la causa avance. En este aspecto, el tribunal debe evitar que el proceso se transforme en una verdadera competencia para anularlo, pues como bien señala Julio B. J Maier “...*la nulidad y su*

sistema dan origen a un torneo cuya meta final es eliminar la mayor cantidad de actos posibles para que no puedan influir en la sentencia, pero cuya meta intermedia consiste en, cada tanto, intentar que el procedimiento regrese hacia atrás para comenzar de nuevo. Incluso los jueces, de oficio, intervienen en este torneo y evitan con este mecanismo la necesidad de dirimir el caso...”¹

La nulidad aquí impetrada fue planteada por la defensa como cuestión preliminar al iniciarse el juicio oral (acta de debate, fs. 321 / 322) y rechazada por los colegas de la instancia anterior a fs. 323 vta. *“...pues se trataría de una nulidad relativa y por tanto se encontraría precluida la oportunidad para oponerla, que fue aquella prevista en el art. 354 del Código Procesal Penal de la Nación...”*

La defensa no ha atacado las conclusiones del examen efectuado a D. T. sino que se ha quejado por que se practicó sin su participación.

Además de las sucesivas intervenciones de la defensoría pública durante la instrucción (indagatoria, fs. 80 y sigs.; préstamo de las actuaciones, fs. 118 y 120), la etapa intermedia (requerimientos de elevación a juicio de la querella y la fiscalía, fs. 145 /149 y 175 / 178, respectivamente) y el juicio (citación del art. 354, CPPN; ofrecimientos de prueba de las partes, fs. 195, 197, 200 /202) donde tomó conocimiento de la realización de los exámenes practicados a la querellante sin objetarlos, la prueba en cuestión no reviste el carácter de definitiva e irreproducible de acuerdo con los arts. 200 y 201, CPPN. En este sentido, establecer tales características es una cuestión de hecho; y sin perjuicio de esta afirmación, lo cierto es que de todas formas, en el caso particular, la defensa siquiera intentó demostrar ni ha alegado razones por las cuales el acto revestiría tal carácter de irreproducible ni indicó los motivos por los cuales, al ofrecer prueba, no propuso otro perito legalmente habilitado, ni intentó someter los resultados del examen ya realizado a consideración de otro experto ni su reproducción (art. 258 y 259, CPPN). Lo expuesto conduce al rechazo de este agravio.

¹ Cfr. autor citado, “Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia del Chubut. Exposición de Motivos”, CDJP 10 “A”, p. 589

B. Nulidad de los peritajes psicológicos y psiquiátricos realizados al imputado F. B. C. por violación a la garantía de no autoincriminación

La garantía que prohíbe la autoincriminación (arts. 18 y 75 inc. 22; CN; 5.1 y 8.2.g CADH y 14.2.g PIDCyP) tutela las comunicaciones verbales, escritas o gestuales del imputado debido a que en esos casos la prueba se encuentra en su mente y se requiere de un acto propio, dependiente de su voluntad, para acceder a ella. La interpretación armónica de las reglas constitucionales en juego permite sostener que el imputado no podrá ser inducido, engañado, constreñido o violentado a declarar ni a producir prueba en contra de su voluntad.²

El agravio planteado por la defensa en este punto puede resumirse del siguiente modo: si bien el imputado C. y su defensa fueron notificados de la realización de los peritajes, aquél no fue advertido que los análisis que se le realizarían podían ser utilizados en su contra. De esta manera, y según el recurrente, las reglas que regulan el *nemo tenetur* rigen analógicamente para el caso de los exámenes psicológicos y psiquiátricos, esto es, que los peritos que efectúan esta clase de prueba, o el tribunal, deben informar al imputado – examinado que tiene el derecho de guardar silencio, además de poner en su conocimiento el hecho que se le imputa.

En este aspecto, señala Julio Maier que “...*más compleja es, a mi juicio, la investigación de la personalidad del imputado, esto es, sobre su salud psíquica o estado mental, pues ella, de ordinario, requiere revelaciones y pruebas que sólo puede realizar el propio imputado o que ya ha realizado el propio imputado bajo la protección del deber de guardar reserva -por ej.: ante un profesional -; aquí el imputado es también objeto de prueba, para determinar su capacidad para delinquir o se culpable, o para medir la pena conforme a la extensión de su culpabilidad, pero los actos que de él son requeridos son, naturalmente, revelaciones mediante la palabra, oral o escrita, o, de tratarse de una investigación histórica, revelaciones anteriores protegidas, incluso penalmente (CP, 156), por la obligación de guardar reserva...*”³

² Cafferata Nores, José I. *Garantías y sistema constitucional* en Revista de Derecho Penal 2001-1, “*Garantías constitucionales y nulidades procesales P*”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 135.

³ Cfr. autor citado, *Derecho procesal penal*, t. II, Parte General. Sujetos Procesales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, ps. 243- 244.

Señala Volk que la jurisprudencia alemana rechaza que los peritos tengan el deber de instruir al imputado acerca de que él no tiene un deber de colaborar (principio *nemo tenetur*), esto es, la aplicación analógica del § 136, StPO y con la obligación que emana de este párrafo.⁴

Tal como correctamente señalaron los colegas de la instancia anterior, a fs. 15, el fiscal del distrito Saavedra – Núñez solicitó al Cuerpo Médico Forense la realización de “...*amplios estudios psiquiátrico y psicológico sobre el encausado, con miras a determinar, entre toda otra circunstancia de interés: qué tipo de personalidad posee, si presenta rasgos de conductas sexuales agresivas como la denunciada y / o desviaciones de la libido. Del mismo modo, sería prudente dar cumplimiento al examen mental previsto en el art. 78 del ritual, y ordenar el informe socio – ambiental correspondiente...*”. A fs. 21 el fiscal ordenó notificar a la defensora pública, diligencia cumplida a fs. 21 vta. La realización de esta medida fue nuevamente dispuesta por el fiscal a fs. 75 y otra vez notificada a la defensa (fs. 75 vta.). Luego, C. al prestar declaración indagatoria mantuvo la designación de la misma defensora que había sido notificada de la realización de los peritajes (cfr. fs. 78). Los estudios fueron agregados a fs. 93 / 99. Destacamos que con posterioridad, la defensa pública pidió en préstamo las actuaciones (fs. 118) ordenado por el juez de instrucción a fs. 119, con lo cual, tuvo conocimiento tanto de la realización como del resultado de los exámenes.

Al resolver el caso “**A.**”⁵ señalamos que el núcleo central para la vigencia del derecho de defensa es la posibilidad cierta de consultar con un abogado, pues no resulta legítimo que el Estado se beneficie del error o de la ignorancia de una persona para imponerle una sanción. El consejo que brinda un abogado permite conocer al asesorado los límites de las atribuciones estatales y los alcances de los derechos individuales, y contribuye a una correcta administración de justicia.⁶

⁴ Cfr. VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, 7a. ed., C.H. Beck, Munich, 2010, p. 213 y nota 52.

⁵ Sentencia del 26.05.15, registro n° 100/15, Sala I, jueces García, Sarrabayrouse y Días.

⁶ Cfr. Ipohorski, José, *Derecho penal y garantías constitucionales*, en Roberto Gargarella (coordinador), *Teoría y crítica del Derecho constitucional*, t. 1, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 291 – 293. Aunque referido al Derecho penal, estas consideraciones resultan perfectamente aplicables al procedimiento sancionatorio intramuros.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

De esta manera, consideramos que la notificación y las intervenciones sucesivas de la defensa del imputado fueron suficientes para que C. conociera los alcances de los peritajes psiquiátrico y psicológico ordenados durante la instrucción.

Por lo demás, no advertimos que en los exámenes realizados a C. haya sido interrogado sobre el hecho investigado o él brindara información al respecto.

De esta manera, corresponde rechazar el planteo de nulidad efectuado.

2. Arbitrariedad en la sentencia por ausencia de motivación o motivación aparente.

A. El tribunal de juicio tuvo por probado que *“el imputado F. B. C. abusó sexualmente de M. C. D. T., en el mes de abril del año 2011, en horas de la mañana, en el subsuelo del edificio sito en la Av. O. X de esta Ciudad, aprovechándose de la superioridad jerárquica que ostentaba frente a ella, en función de la relación laboral que los unía”*.

“En efecto, D. T., empleada de limpieza de la empresa X. sita en la calle E. S. X de esta Ciudad, se reunió el día del hecho-en el mes de abril del año 2011, a las 6:00 horas, en la estación de trenes “V.”, con su superior jerárquico F. B. C., coordinador de maestranzas de la misma firma, a instancias de este último, para concurrir junto a él al edificio sito en la Avenida O. X de esta Ciudad, donde aquélla debía cumplir horas extras de trabajo.

“Una vez allí, C. la condujo a una habitación de la planta baja del inmueble, situada junto a unas escaleras y luego, por ese cuarto hacia un subsuelo, mientras le explicaba las tareas de limpieza que debía realizar. Cuando llegaron a éste último lugar, un ambiente de reducidas dimensiones, C. permaneció en su interior con la víctima y cerró la puerta con llave; tras lo cual, le preguntó si se cambiaría de ropas, a lo que M. D. T. respondió que sólo se pondría una chaqueta.

“De inmediato, al tiempo que la damnificada se quitaba el abrigo que vestía, el imputado bajó el cierre de sus pantalones, dejando sus genitales al descubierto y le dijo: ¿Cómo arreglamos esto? Vos tenés trabajo gracias a mí...yo tengo más de treinta años en la empresa, si yo quiero te puedo hacer echar, total es tu palabra contra la mía, no te van a creer”, para después pedirle que le practicase sexo oral, al tiempo que manoseaba las entrepiernas de la víctima con las manos abiertas.

“D. T. se negó en todo momento, e intentó resistirse a los ataques, pidiéndole incluso por favor que depusiera su actitud, pero aquél arremetió con violencia tomándola con fuerza de los cabellos, y le ordenó: “Dale, chupámela”

“Entonces, con una mano, C. se bajó parcialmente los pantalones, y con la otra, arrastró la cabeza de la víctima hacia sus genitales y comenzó a frotarle el rostro contra su miembro, pero D. T. forcejeó para intentar zafarse del agresor; todo ello, mientras aquél le repetía que no la soltaría tomándola de los cabellos, cada vez con más fuerza. Finalmente, para lograr su cometido, golpeó repetidamente la cabeza de la damnificada contra la pared, hasta lograr introducir su pene dentro de su boca y segregar líquidos.

“Ante el reflejo de D. T. de alejarse, C. la increpó diciéndole: “Yo sé que te gusta, vos querías que te lo haga”, intentando nuevamente enterrar su miembro en la boca de la víctima.

“Producto del temor que le ocasionaron los ataques, la damnificada se orinó y, frente a ello, el encausado comenzó a masturbarse frente a ella, hasta eyacular; seguidamente, le dijo “Gorda pelotuda, no servís ni para chuparme la pija”

“Momentos después, ante el incesante llanto de la víctima, C. le refirió que se tranquilizara, que no había pasado nada, y le ordenó que se lavase el rostro, lo que ella así hizo, con una canilla del interior del cubículo. Y para intentar evitar que contara lo que había sucedido, le dijo: “De lo que pasó, no se lo digas a nadie, vos sabes lo que puede pasar, además nadie te va a creer es tu palabra contra la mía” y te van a trasladar lejos o te van a echar si lo contas”.

Para ello, los colegas de la instancia anterior valoraron las siguientes pruebas:

- a)** El relato efectuado por la víctima M. C. D. T.
- b)** Los testimonios brindados por H. B., O. F., G. B., G. Á. N., J. P. D. y M. D. B., empleados de la empresa “X.”.
- c)** Los peritajes psicológicos sobre la personalidad de la víctima efectuados por las licenciadas Viviana Frattoni, María Laura Scopelite y María Isabel Díaz.
- d)** Los informes psicológicos y psiquiátricos del imputado elaborados por la licenciada María Elena Chicatto y el Dr. Maximiliano Luna.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

B. Por su parte, la defensa consideró que la decisión “...no refleja, en modo alguno, ni resulta una conclusión lógica de la prueba producida en el curso del debate oral...se sustenta casi de manera exclusiva en los dichos vertidos en la audiencia por la denunciante de autos y el grado de credibilidad que los integrantes del Tribunal le han dado...”.

Su crítica se basó en:

a) El descargo de C., que colisiona con el relato de la denunciante.

b) La censura de los peritajes psicológicos de la víctima, pues F. trabaja en la emergencia, no utiliza ningún tipo de metodología y S. no recordaba la entrevista. En torno a D., no pudo recordar si D. T. le había manifestado un episodio que culminó con una condena a P. C. por un delito contra la integridad sexual del hijo de la víctima. Además, los tests utilizados no tienen por finalidad establecer la credibilidad del testigo.

c) El examen psiquiátrico de C. era un “estigma”, erigido como parámetro para convertirlo en autor de un delito.

d) La descalificación de los testimonios del personal que trabaja en la firma “X”, expuesta del siguiente modo:

- La valoración de los dichos de B. era arbitraria pues la ausencia de objeción por parte de C. cuando fue removido de su posición laboral jerárquica no importa asumir que el hecho ocurrió. Además, lo vertido por B. no corrobora lo afirmado por D. T.

- Se hicieron referencias a supuestos episodio similares que habrían tenido a C. como protagonista, pero nunca se requirió la presencia de esas terceras personas.

- Falcón dijo que en veinte años en la empresa nunca supo de otro altercado de C., pero D. T. señaló que C. inclusive la había amenazado para que no hable de lo ocurrido.

- B. afirmó que nunca recibió quejas en relación a C. y que el inconveniente con M. B. fue por un maltrato laboral.

- No se tuvo en cuenta el testimonio de A. D. C. M., quien dijo que nunca tuvo problemas con C.

- B. no refirió haber padecido situaciones similares, sólo sugirió otras personas que les podría haber ocurrido algo así.

- Por último, según el informe del desempeño laboral de N. que se agregó al debate, surge que éste sólo prestó servicios para “X.” en la firma “R.” sin haber compartido con empleadas mujeres por lo que no pudo haber presenciado que C. le haya tocado la cola a una compañera.

Agregó que el argumento del tribunal en torno a que se pidió la nómina de “empleados” y no de “empleadas” resulta arbitrario y contrario al principio de *in dubio pro reo*.

e) La arbitrariedad del tribunal *a quo* al no haber tenido en cuenta que en el proceso que terminó con una condena por un hecho de ataque sexual contra el hijo de la damnificada había un testigo con el mismo nombre y que dijo ser vecino de D. T.

f) La animosidad de la denunciante hacia C. pudo haber respondido a los reclamos indemnizatorios que en sede privada se están llevando adelante.

g) La demora de tres meses de D. T. en denunciar el hecho, cuando se demostró que anteriormente había formulado diversas denuncias.

h) La inspección ocular realizada en 2011 (cuando habría sucedido el hecho) no comprobó la existencia de una pileta o canilla en el sótano. La afirmación del tribunal *a quo* de que “...es público y notorio que en todos los sótanos de los edificios que se construyen desde hace muchos años, existe una canilla...” es de carácter absoluto y arbitrario y no responde a las pruebas colectadas en la causa.

3. Tal como reseñamos, los colegas de la instancia anterior construyeron la condena de C. a partir de la declaración M. C. D. T. prestada en el debate. El acta que refleja las audiencias de juicio celebradas documenta exhaustivamente la declaración de la testigo. Surge de allí el preciso y pormenorizado relato vertido por D. T., el cual se comprueba con la observación de la grabación audiovisual realizada, agregada a fs. 400.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

El tribunal *a quo* valoró la angustia de la testigo percibida durante su declaración, en particular “...*los gestos, el tono de voz, el llanto, en resumen la crisis de nervios al recordar los hechos por los que viniera acusado el imputado...*” (fs. 380 vta.). Es decir, que los colegas de la instancia anterior tuvieron en cuenta el estado de ánimo de la querellante al momento de declarar, sus gestos y lo que percibieron en la audiencia a partir de su relato.

Con anterioridad,⁷ precisamos que la psicología del testimonio tiende un puente entre el derecho y la psicología; ofrece conocimientos y técnicas que permitan una valoración confiable de la prueba testimonial. Estudia principalmente dos grandes ejes: la exactitud del testimonio y la credibilidad del testigo. Por credibilidad se entiende la correspondencia entre lo sucedido y lo relatado. En tanto, la exactitud puede definirse como la correspondencia entre lo sucedido y lo representado en la memoria, esto es, entre lo que ocurrió y lo que el testigo recuerda. Ambos conceptos están estrechamente relacionados porque la credibilidad depende en primer lugar de la exactitud del recuerdo, pero la credibilidad tiene autonomía como categoría porque además de la exactitud, depende de otros factores adicionales que pueden hacer que un testimonio a pesar de ser exacto, de todos modos, no sea creíble. Con respecto a la exactitud del recuerdo, hay que tener en cuenta que para poder evaluarla deben considerarse la influencia de procesos psicológicos como la percepción y la atención. A todo esto se suma que la memoria no puede entenderse como un proceso unitario sino que existen distintos tipos – sensorial, a corto plazo y a largo plazo – y que a su vez, en el proceso de memorización se distinguen las siguientes fases: codificación, retención y recuperación. La importancia de tener en cuenta estos conocimientos radica en que tanto los distintos tipos de memoria como las fases de memorización se ven influenciados

⁷ Cfr. las sentencias dictadas como juez del Tribunal de Juicio en lo Criminal, Distrito Norte, Tierra del Fuego en los casos “Ochoa”, sentencia del 14.11.2012, registro n° 30, t. II, folios 342 / 360, protocolo 2012; con anterioridad, “B.” del 18.06.2012, registro n° 13, t. I, folios 148 / 173, protocolo 2012.

por distintos factores que pueden alterarlos y provocar una ulterior modificación en el recuerdo.⁸

Por regla general, los hechos autobiográficos con una implicación emocional importante se recuerdan más detalladamente que los hechos rutinarios.

De esta manera, los elementos considerados por el tribunal *a quo* para analizar el testimonio de C. D. T. han sido correctos y la conclusión de que el mismo es creíble y que no presenta mecanismos de fabulación, inducción, invención o manipulación resulta válida. La forma de expresión de la testigo, sus recursos idiomáticos, la narración de lo vivido y los detalles explicitados son elementos de juicio correctos para ponderar el testimonio.

Además, los colegas de la instancia anterior agregaron otros elementos de convicción, es decir, que no consideraron aisladamente el relato de la querellante. En este sentido, el tribunal *a quo* valoró otras pruebas, complementarias a las manifestaciones de la damnificada, todo lo cual le permitió desechar la versión de C.

Un primer grupo lo constituyen los testimonios de los empleados que formaban parte de la planta de la empresa “X”; el segundo, la valoración de los informes psicológicos y psiquiátricos de C. y D. T.

Con respecto al primer grupo, consideró:

- B., jefe del área de personal de la firma, recibió a D. T. en la empresa y de ella escuchó la narración del hecho protagonizado por C. Por esta razón, dispuso su traslado a otro servicio y lo relegó de la parte de supervisión. Según este testigo, él mismo le comunicó esta decisión a C. y las razones por las que había sido tomada (fs. 382 vta.); esta circunstancia contradice la afirmación del imputado en cuanto a que desconocía las razones del cambio de su lugar de trabajo.

⁸ Cfr. al respecto DEANESI, Laura, *Introducción a la psicología del testimonio: Nuevas perspectivas*, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires*, 2010, ps. 5 - 14; ese trabajo está reproducido en Daniel PASTOR (director) / Nicolás GUZMÁN (coordinador), *Problemas actuales del Derecho procesal penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2012, ps. 439 – 448; véase en particular la bibliografía que se indica en las ps. 447 – 448.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

- F., D. y B., por su parte, fueron coincidentes en que D. T. les relató el hecho en que había sido atacada sexualmente por C. D. fue quien recibió el reclamo de D. T. y lo trasladó a B. (fs. 385 vta.) Además, la testigo B. refirió que cuando ingresó a trabajar en la empresa, le recomendaron que tuviera cuidado con C., porque era “atrevido” con las empleadas, al punto que en algún momento se le “insinuó” (cfr. fs. 383 vta.).

- El testigo N. declaró que le habían comentado que C. “*era medio zarpado con las mujeres que trabajaban*” y que en una ocasión lo vio tocándole la cola a una compañera, de la cual no recordó su nombre, que había trabajado sólo un mes.

- El testigo B., por su parte, corroboró lo declarado por B. sobre lo reportado por D. T. y la separación del cargo del imputado.

Para analizar estos testimonios, el tribunal *a quo* apreció que si bien conocían al imputado, no se advertía interés en perjudicarlo. Además, correctamente, la sentencia consideró que corroboraban la versión de D. T. porque se trataba de relatos análogos. Se trata de parámetros útiles para valorar la credibilidad del testimonio. En este sentido, los planteos de la defensa para descalificarlos son parciales, no afectan el núcleo central de lo manifestado por estos testigos, y por lo tanto, no pueden tener recepción.

Asimismo, los dichos de N. tampoco son decisivos para conmovir la conclusión del tribunal de la instancia anterior. Lo central es que los testigos mencionados brindan una versión con respecto al hecho juzgado coherente con la que brindó la querellante.

4. En lo que respecta a las profesionales que abordaron la situación de la damnificada, el tribunal valoró, en primer término, la declaración y el informe realizado por la licenciada Fratoni, trabajadora social, perteneciente a la Brigada Móvil de Atención a las Víctimas de Violencia Sexual. Junto con una psicóloga se acercó a la Comisaría y recordó que D. T. estaba muy angustiada, sentía miedo y que todo el tiempo veía al agresor. Este relato sumado a lo que sucedió en la audiencia, donde la querellante sufrió una severa crisis de nervios cuando llegó al “*...punto culminante...*” de su relato, fue considerado por los

colegas de la instancia anterior como otro elemento que aportaba credibilidad a los dichos de D. T. Además, el tribunal de mérito valoró que la licenciada Fratoní juzgó cierto el relato de la víctima, lo cual resulta pertinente.

Asimismo, el tribunal *a quo* tomó en cuenta los dichos de las licenciadas Scopolite y, especialmente, D. Con respecto a esta última, señaló que la experta había recordado que la mujer estaba muy afectada, muy mal y que cuando la entrevistaba “...tenían que cortar porque aparecían episodios de llanto y angustia que le impedían continuar...” (fs. 387). La licenciada había realizado varios test y entrevistas de lo que dedujo que el “...episodio ocurrido en su vida fue algo que impactó de una manera tal que como si hubiera desarmado algo de su estructuración de sus defensas, algo en el orden ocurrido, más allá de que ella después confirmara que a partir de ese hecho presentaba una serie de dificultades en su vida cotidiana, personal e íntima, tenía más miedo a los hombres, tenía dificultad en su vida personal e íntima con su marido...” (fs. 387 / 387 vta.). La sentencia también valoró la conclusión a la que arribó esta profesional: el relato de D. T. era consistente, no se observaba tendencia a la fabulación o al desborde imaginativo, además de verificarse elementos compatibles con indicadores de abuso sexual (fs. 387 vta.).

Por otra parte, el tribunal *a quo* rechazó correctamente la crítica de la defensa en cuanto a que la licenciada Díaz no había recordado si D. T. le manifestó el suceso que tuvo como víctima a su hijo. Es que, como señala la sentencia, este aspecto no resulta relevante para la solución del caso ni se vincula con el objeto de este proceso ni tampoco resulta trascendente para impugnar el informe de la licenciada.

Con respecto al agravio referido a la metodología de trabajo empleada por Díaz, compartimos también el análisis efectuado por los colegas de la instancia anterior; por lo demás, la defensa no ha demostrado que los métodos utilizados sean incorrectos o inidóneos, o que indujeran a alguna clase de error.

Por último, en lo que atañe a los peritajes realizados sobre C., carece de sustento la afirmación de la defensa en torno al “estigma” que genera este tipo de prueba. Se trata de un elemento más que, reunido con el resto de la prueba, puede servir para ponderar el hecho ocurrido.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

En este sentido, el tribunal de juicio destacó del informe del médico psiquiatra Maximiliano Luna quien señaló: “...*Del estudio psicodiagnóstico de la personalidad surge una pauta de hostilidad en la esfera psicosexual que puede dar lugar a la exteriorizaciones desajustadas...*”, lo que en modo alguno lleva a afirmar que es autor de un delito. La sentencia ha construido la condena de C. a partir del testimonio de D. T. complementado con otros elementos, donde el peritaje cuestionado tampoco es el elemento decisivo.

5. La defensa también atacó el testimonio de D. T. argumentando sobre la existencia o inexistencia de una pileta o canilla en el sótano donde ocurrió el hecho.

Entendemos que en este aspecto no resulta exigible a la testigo una precisión y exactitud absolutas en el recuerdo de lo sucedido; por lo demás, la defensa no logró rebatir la valoración de las fotografías incorporadas a la causa (ver fs. 310/319 realizada por el tribunal de mérito, cfr. fs. 286).

En otro orden, para analizar las críticas dirigidas al tiempo transcurrido entre el hecho y su denuncia sumada a una supuesta animosidad de D. T. con C. para obtener un rédito económico del asunto, no debe perderse de vista que el imputado era el superior jerárquico de la querellante, quien además, según su relato, la había amenazado para que no contara lo sucedido. Por su parte, la indemnización reclamada forma parte del derecho que le asiste a la denunciante, cuya suerte además, se dirime en otro fuero.

No basta con que la defensa se queje de que el *a quo* “le ha creído” a la D. T. en lugar de tomar por cierta la versión del imputado, pues no ha demostrado la existencia de un vicio en el razonamiento efectuado. Los colegas de la instancia anterior ponderaron distintos elementos para construir, correctamente, la condena de C.

En definitiva, el testimonio de la querellante tiene sentido global, guarda lógica y coherencia interna, y sus diferentes partes no son contradictorias sino que se combinan en un todo; el tribunal de mérito no advirtió que haya fingido alguna impresión sensorial (falsedad) o

negado hechos o afirmado otros inexistentes u omitido o silenciado (mentira) alguna situación relevante o conocida.⁹

6. Con respecto a la calificación jurídica, coincidimos con la posición del colega de la instancia anterior que votó en minoría y seguiremos la del juez García citada por el recurrente.

La reforma introducida por la Ley n° 25.087 fue objeto de duras críticas, principalmente por la deficiente técnica legislativa empleada y la vaguedad de los términos utilizados por el legislador en algunos de sus tipos penales.¹⁰ Además generó fuertes polémicas en torno a establecer si la *fellatio in ore* constituía una de las posibilidades del acceso carnal por cualquier vía.

Para quienes consideraban que se trataba de un abuso deshonesto, según la ley anterior, y no un caso de violación, se basaban en que “...la boca, careciendo de glándulas de evolución y proyección erógenas, no es apta como elemento constitutivo de concubito, aunque por resortes psicológicos y mecánicos sirva para el desfogue libidinoso...”¹¹

La posición opuesta sostiene que “...siendo la violación un acto esencialmente violento, caracterizado por el goce de una persona utilizando a otra contra su voluntad, toda conjunción carnal llevada a cabo sobre una persona de cualquier sexo (en alguno de los supuestos previstos por la ley), que involucre actividad directa de la libido del actor, que pueda representar para el mismo el coito o una

⁹ Cfr. Cafferata Nores, José y Holzwarth, Adriana, *La cuestión de la “sinceridad intrínseca” del testimonio*, en Cafferata Nores, José (comp.), *Eficacia del sistema penal y garantías procesales*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2010, p.156.

¹⁰ Gustavo AROCENA destaca la premura con que la Ley n° 25.087 fue aprobada en el Senado de la Nación (para “satisfacer una demanda de la sociedad” según el senador GENOUD), circunstancia que permite “...comprender, de alguna manera, las deficiencias técnicas que contiene la nueva regulación jurídica...”; cfr. autor citado, *Delitos contra la integridad sexual. Título III, Libro Segundo, Código Penal argentino*, Advocatus, Córdoba, 2001, ps. 17-18; Enrique A. GAVIER considera que la ley sancionada padece de graves defectos “...fruto de las urgencias reales o ficticias que enmarcaron su análisis y sanción, muchos de los cuales fueron por los propios Senadores...”, cfr. autor citado, *Delitos contra la integridad sexual*, 2ª ed., Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, p. 12; más recientemente, Oscar Alberto ESTRELLA sostiene: “La ley 25.087 ha merecido la casi unánime crítica de la doctrina nacional. Pareciera que el injustificado apresuramiento de nuestros legisladores por su sanción —y que aparentemente es uno de los principales factores de sus numerosos errores y defectos de técnica legislativa...—, no respondió a urgentes exigencias de una adecuada y conveniente política criminal o de una ‘demanda de la sociedad’, como se sostuvo en su tratamiento parlamentario, sino que respondió a la inadmisibles presión ejercida a través de sensacionalistas campañas montadas por diversos medios de comunicación masiva, con motivo de puntuales casos de delitos sexuales resueltos por nuestros tribunales...”; cfr. autor citado, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 23.

¹¹ Cfr. CNCorr., sala I, sentencia del 7/10/1982, “L., E. H.”, c. 25.989, BCNCyC, N° 5/1982, p. 206, donde se citó la opinión de NÚÑEZ; la cita de este fallo ha sido tomada de Edgardo A. DONNA/ Javier Esteban DE LA FUENTE/ María Cecilia I. MAIZA/ Roxana Gabriela PIÑA, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, t. II, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 575.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

forma sucedánea de éste, con intervención de sus órganos genitales y en la que exista una penetración o inmisión —por mínima que sea— en un orificio corporal de la víctima, sin importar si esa cavidad es normal o anormal para tal acto, constituye ‘acceso carnal’, y por consiguiente configura el delito de violación y el de abuso deshonesto. Consecuentemente, comete el delito de violación quien penetre con su órgano sexual masculino en la cavidad bucal de persona de uno u otro sexo, mediando la utilización de fuerza o intimidación...”.¹² Posteriormente, y ya en vigencia la Ley n° 25.087, en el mismo sentido se dijo que “...la fellatio in ore constituye uno de los modos de acceso carnal configurativos del delito de violación en los términos del art. 119, tercer párrafo del Código penal...”.¹³

Tal como lo señala el juez García en su voto en la causa **“B.”**¹⁴ de lo aquí se trata (y se trató durante la vigencia de la Ley n° 23.077) es establecer el significado de la expresión “acceso carnal” contenida en el art. 119, tercer párrafo, CP, lo cual a su vez, implica decidir qué método de interpretación es el adecuado para resolver la cuestión. En este sentido, el asunto no puede resolverse restringiéndose a la literalidad o a descripciones fisiológicas.

En general, existe consenso en nuestra doctrina que la expresión “acceso carnal” tiene sus equivalentes en las de “cópula”, “coito”, “concúbito” “conjunción o unión sexual”. Además, la expresión no está utilizada de modo normativo, médico o técnico, sino en su sentido vulgar y social. Por esta razón, “...el asunto debe definirse por un criterio cultural...”,¹⁵ esto es, del mismo modo que lo entendería un profano en una sociedad determinada. De esta manera, para que exista acceso carnal (y sus sinónimos) es necesaria la intervención de dos personas y que una de ellas introduzca el pene en el cuerpo de la otra. De allí que no satisfacen el supuesto de hecho de la norma, las conductas del sujeto activo que, aunque de significado sexual, no consisten en la

¹² Cfr. CNCP, sala III, sentencia del 19/11/1998, “B, D. E s/ recurso de casación”, c. 1623, reg. 501.98.3, voto del juez RIGGI; la cita ha sido tomada de Edgardo A. DONNA et al, op. cit. ps. 573-574.

¹³ Cfr. CNCP, sala I, sentencia del 11/10/2001, “S., O. R. y B., M. A. s/ recurso de casación”, causa 4649, reg. 4649.I; la cita ha sido tomada de Edgardo A. DONNA et al, op. cit. p. 574

¹⁴ Causa n° 9421, CNCP, Sala II, sentencia del 1 de abril de 2009, registro 14.184.

¹⁵ Cfr. DE LUCA, Javier / LÓPEZ CASARIEGO, Julio, *Delitos contra la integridad sexual*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 89.

penetración del pene en el cuerpo de otro, sino en la introducción de otra parte del cuerpo.

En cuanto a la cavidad penetrada, a partir de considerar que lo protegido por esta clase de delitos es la libertad de elección de realizar la cópula y, en su caso, cuándo, cómo y con quién, está claro que comprende tanto la vagina como la vía anal. En cambio, la situación es distinta en el caso de la introducción de un pene en el órgano bucal. Desde un punto de vista objetivo, *“...es un acto que tiene claro sentido sexual, pero no el significado de una cópula sexual, sino de un sucedáneo o sustituto de ésta...”* En este aspecto, la tipicidad *“...no puede depender del modo en que la víctima experimente o vivencie el acto. Una concepción tal llevaría a excluir del concepto de violación a los accesos carnales con víctimas privadas de sentido, o menores incapacitados de comprender su significado cabal, y a incluir en desmedro del principio de legalidad actos que objetivamente no constituyen el acceso carnal al que se refiere la ley, pero que son vividos subjetivamente como una cópula por la víctima...”* (cfr. voto del juez García, en la causa citada). En definitiva, quien realiza una *fellatio* no copula, sino que toma parte de un sustituto de la cópula.

Para interpretar la Ley n° 25.087 no puede recurrirse a la intención del legislador. En este aspecto, el debate parlamentario impide saber cuál ha sido efectivamente ésta, además de los límites que tal criterio de interpretación presenta. Así, el senador Yoma señaló: *“...La Cámara de Diputados pretende incorporar el tema de la ‘fellatio’ como violación, separándolo del abuso deshonesto. Por ende, la pena se agrava. Digo ‘pretende’ -ésta es la principal situación que tengo en el caso de votar la sanción de la Cámara de Diputados tal cual como viene redactada-, porque el proyecto de ley deja abierta la puerta para que los jueces interpreten el significado de ‘acceso carnal’. En efecto la sanción de la Cámara de Diputados dice “acceso carnal por cualquier vía”. Pero la cuestión es que, en la jurisprudencia, el acceso carnal es entendido como la penetración del pene, con lo cual quedaría fuera de esta concepto la penetración de los objetos – como ser los comúnmente denominados consoladores o cualquier otro elemento que no sea el pene- en cualquier cavidad ya sea bucal, anal o vaginal. Entonces, si bien, este delito constituirá una violación, la interpretación de los jueces podría llevar a no considerarlo como acceso carnal. Es cierto, que la sanción de la Cámara de Diputados habla de ‘acceso carnal por cualquier vía’, pero habría que ver si algún juez puede*

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

*llegar a considerar a la cavidad bucal como apta para producir el coito. En consecuencia, si bien la Cámara de Diputados pretendió cubrir este vacío, **temo que la ha dejado sin llenar, dejándolo librado a una interpretación judicial que puede no coincidir con el espíritu que tuvo el legislador al proponer esta reforma...***” (el destacado nos pertenece). El debate continuó cuando el Presidente del Senado respondió: “...El tema que plantea constituye una cuestión central y si bien la figura no estaría contemplada en el tercer párrafo del artículo 2, en donde se prevé una pena de seis a quince años, sí quedaría comprendida en el párrafo segundo, en donde se fija una pena de cuatro a diez años, porque se trataría de un abuso sexual con cualquier objeto, con lo cual el delito además sería no excarcelable...” Luego, la discusión del proyecto de ley prosiguió de la siguiente forma: “**Senador Yoma:** Lo que sucede es se pretende equiparar con la violación. **Presidente del Senado:** Estoy de acuerdo con lo que Ud. plantea, pero creo que su principal preocupación quedaría contemplada por el artículo 2. Además, si modificamos el proyecto que viene de la Cámara de Diputados, hoy no podría sancionar la ley. **Senador Yoma:** Precisamente a eso apunto mi explicación. A fin de evitar una modificación, quiero que se entienda cuál es el sentido que los legisladores le quisieron dar a la norma para que los jueces lo tengan en cuenta a la hora de dictar sus sentencias. La Cámara de Diputados elimina la figura de ‘abuso deshonesto’ e incorpora un nuevo delito, que es el de abuso sexual – al que se refería recién el presidente-, y que tiene una pena cuatro a diez años, es decir, menor a la de violación. Entonces, **en esta nueva figura sí quedaría comprendida la situación que señalaba, pero no como violación, que era justamente el sentido que le queríamos dar esta reforma.** De todas maneras, dejo planteado que el legislador se quiso referir a la penetración con cualquier objeto, con fines sexuales y en cualquier cavidad. Este es el sentido que le estamos dando a la reforma quienes en este momento informamos el proyecto...” (el destacado nos pertenece)¹⁶.

De esta manera, entendemos que la reforma en cuestión no amplió el alcance del significado “acceso carnal”.

7. El caso debe subsumirse como un supuesto de abuso sexual gravemente ultrajante, contemplado en el art. 119, segundo

¹⁶ Cfr. Antecedentes Parlamentarios, 1999- b, p. 1623 y sigs., La Ley.

párrafo, CP. Con anterioridad¹⁷ señalamos que el abuso sexual gravemente ultrajante establece una modalidad agravada de abuso sexual cuando por su duración o circunstancias de realización, hubiere configurado un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima. La razón determinante de la mayor criminalidad reside en el desprecio también mayor por la dignidad e integridad personal de la víctima que significa llevar a cabo hechos que implican un sometimiento (es decir contra la voluntad de la víctima), que por su duración o por las circunstancias de su realización son gravemente ultrajantes. Se trata de un concepto a determinarse casuísticamente, ya que en este tipo penal lo gravemente ultrajante no radica en la propia naturaleza del abuso sino en su duración o en las circunstancias de su realización¹⁸.

De esta manera, consideramos un abuso sexual gravemente ultrajante los hechos probados en la causa pues en primer lugar C. colocó a la víctima bajo su autoridad y dominio, que no sólo se derivaba de su jerarquía, sino también de la circunstancia de haber cerrado la puerta con llave del lugar donde sucedió la agresión, la manera de obligarla, mediante insultos y golpes, a que le practicara sexo oral. Existió un verdadero sometimiento de la víctima, quien fue aterrorizada, a tal punto que se orinó. De esta manera, las circunstancias de realización y la duración del hecho probado, llevan a encuadrarlo en el art. 119, segundo párrafo, CP. En cuanto al concurso con las amenazas coactivas, coincidimos con el voto del juez Goerner, en tanto se trata de un comportamiento independiente del abuso sexual gravemente ultrajante, existe un concurso real.

8. Lo hasta aquí analizado torna abstracto el tratamiento del último agravio introducido por la defensa, pues la nueva calificación seleccionada, conduce a reenviar la causa al tribunal de grado, para que fije una nueva pena de acuerdo con la escala prevista en el art. 119, segundo párrafo, CP y el concurso real propuesto.

¹⁷ Al desempeñarnos como jueces del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Norte, provincia de Tierra del Fuego autos “Acosta” sentencia del 9.4/.008, registro n° 6, tomo I, folios 73/90; también las sentencias en los casos “Seco” del 17.08.2004, registro 16, folios 214/243, protocolo 2004; “Martín” del 27.04.2005, registro n° 12, folios 149 /169, protocolo 2005.

¹⁸ Cfr. Gustavo Arocena, op. cit, p. 55.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

9. De esta manera, proponemos al acuerdo, hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa y casar el punto II del veredicto de fs. 337 /338 y calificar los hechos probados como abuso sexual gravemente ultrajante en concurso real con amenazas coactivas y reenviar las actuaciones para se fije nueva pena. Sin costas (arts. 456, inc. 1º, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN; 55, 119, segundo párrafo, y 149 bis, segundo párrafo, todos del CP).

El juez Bruzzone dijo:

1) Sobre el rechazo de la nulidad del peritaje efectuado sobre la víctima, adhiero a las consideraciones del colega Sarrabayrouse.

2) Sobre el rechazo de la nulidad de los peritajes a los que se sometió el imputado, no se advierte que en esa oportunidad haya sido interrogado por el hecho, y las notificaciones cursadas a la defensa sobre la realización del acto evitan toda otra consideración al respecto.

3) En cuanto a la entidad de la prueba y la tacha de arbitrariedad en su valoración, comparto también lo sostenido por el colega Sarrabayrouse.

4) No obstante, discrepo con la postura esgrimida por mi distinguido colega en torno a la subsunción legal que corresponde aplicar al hecho en estudio.

Aun coincidiendo con el voto precedente en lo que respecta a la deficiente técnica legislativa empleada en la redacción del tipo penal en cuestión, no quedan dudas, a mi criterio, que la modificación introducida al art. 119, CP a través de la Ley n° 25.087 incluyó a la *fellatio in ore* como un supuesto de abuso sexual de los descriptos en el tercer párrafo del citado precepto legal.

Si bien lo que denominamos interpretación auténtica no siempre es decisiva para la adecuada aproximación a un tipo penal, en el debate parlamentario la cuestión que genera la discrepancia fue expresamente abordada. En su desarrollo diferentes legisladores dejaron asentada su opinión respecto de las dificultades interpretativas que traía aparejada la redacción del tipo, donde se afirmó que era “un tema que ha preocupado a jueces y a juristas en estos tiempos; es el problema de la ‘fellatio’. Se sigue caracterizando como abuso deshonesto la penetración

del pene en la cavidad bucal de una persona, cuando obviamente constituye el mismo nivel de agresión sexual que el acceso carnal”. Del mismo modo se dijo que, con la introducción de esta reforma, “el legislador se quiso referir a la penetración con cualquier objeto, con fines sexuales, y en cualquier cavidad. Este es el sentido que le estamos dando a la reforma quienes en este momento informamos el proyecto” (Senador Yoma). En la misma línea, se sostuvo que “la ampliación de este tipo penal tiene por objeto impedir lo que actualmente se reitera en la jurisprudencia penal argentina: que la *fellatio in ore* sea considerada un abuso deshonesto y no una violación...” (Senador Genoud).

En realidad, la mayor dificultad interpretativa que allí se evocó giró en torno a las diversas posturas jurisprudenciales que podían encontrarse respecto del concepto de “acceso carnal” y las formas en que éste podía llevarse a cabo, y la principal preocupación evidenciada por los miembros informantes en aquella oportunidad era la de la posibilidad de que los jueces den a la norma un sentido distinto al de la voluntad del legislador, que como quedó expuesto no es otra que incorporar a la *fellatio* como un supuesto de abuso sexual mediante acceso carnal.

Así pues, entiendo por lo que surge de aquellos antecedentes que ilustran el debate en la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, que existió un consenso extendido en torno a que la disposición “por cualquier vía” pretendió ampliar el supuesto de hecho contenido en la norma, ofreciendo una alternativa de acceso carnal distinta a las ya existentes bajo la redacción anterior, que solamente preveía la posibilidad de penetración por vía vaginal o anal.

En este sentido, es evidente que la expresión “por cualquier vía” vino a significar algo distinto de lo que ya se encontraba previsto en la ley al momento de operar su reforma, pues no es concebible una modificación sustancial en la redacción del precepto que no surta consecuencias legales, porque resultaría vana y sobreabundante. Ya con anterioridad a esta reforma se reconocía la posibilidad de acceso carnal por vía vaginal y anal, desde el momento en que se contempló que tanto mujeres como varones podían ser víctimas de esta clase de hechos.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

Frente a ello, insisto, es claro que la expresión “por cualquier vía” implicó la ampliación del supuesto de hecho contenido en la norma, previendo una forma de acceso carnal alternativa, distinta a las antes mencionadas, que es aquella que se lleva a cabo por vía oral.

Independientemente de la aptitud de cópula que pudieren presentar la vagina y el ano, si por “acceso” entendemos la penetración dentro de una de las cavidades del cuerpo humano, y por “carnal” aquél que es realizado con el miembro viril del hombre, más allá del rol de víctima o victimario que pueda ocupar cada uno de los intervinientes durante el acto, entonces podemos concluir que la penetración del pene en la cavidad bucal de la víctima, configura un acceso carnal en los términos del art. 119, tercer párrafo del Código Penal.

Lo dicho no implica extender este supuesto a aquellos otros en los que se utilizan otros órganos distintos al pene u otras cavidades de la víctima inidóneas para producir un coito o sucedáneo, pues la ley debe ser interpretada no sólo conforme a parámetros razonables, sino también de acuerdo al significado social que se le otorgue a una determinada conducta en las circunstancias coyunturales en que se dicta.

Por lo expuesto, y por compartir los argumentos ofrecidos por el voto mayoritario del tribunal, entiendo que corresponde rechazar el recurso de la defensa también en lo que respecta a la calificación legal del episodio en estudio.

5) Frente a ello, corresponde analizar entonces la crítica que ha formulado el recurrente en torno a la individualización de la pena impuesta a su asistido, toda vez que, por la forma en que votó el colega preopinante, la cuestión desde su posición devino abstracta por el reenvío propuesto.

A la hora de graduar el monto de sanción a imponer, de acuerdo a las pautas de los arts. 40 y 41, CP, el tribunal tomó en cuenta como atenuantes “su falta de antecedentes penales, sus hábitos laborales y familiares” y como agravantes “la modalidad de la acción, la falta de motivos que lo llevaron a delinquir y el abuso sobre el estado de necesidad de la víctima...”.

Sin embargo, lo que la defensa cuestiona es que no se ha ponderado el informe pericial confeccionado por Dr. Luna, del cual se desprende, a su criterio, una presunta capacidad de culpabilidad disminuida en C.

Contrariamente a lo expuesto, entiendo que las conclusiones a las que arribó el Dr. Luna en su informe pericial no son suficientes para demostrar aquello que alega la defensa. En este sentido, el recurrente debió realizar un esfuerzo mucho mayor para demostrar porqué los desajustes en la esfera psico-sexual, y “la personalidad ‘no normal’ desde el punto de vista del consentimiento” de los que dio cuenta el perito, representarían una afectación grave a su capacidad de conocer y auto-direccionar su conducta conforme a la norma, máxime si se atiende a que los expertos que lo examinaron en distintas oportunidades durante la tramitación del proceso, concluyeron en que no presentaba alteraciones morbosas en sus facultades mentales y que, pese a la presencia de un desorden de personalidad, no se demostraba “una merma cognitiva ni intelectual” que pudiera tener implicancias sobre la intensidad de reproche de la conducta.

En virtud de ello, la pena de siete años de prisión impuesta a F. B. C., que se ubica un año por encima del mínimo legal previsto para el tipo penal atribuido, y un año por debajo de la pena solicitada por el Ministerio Público fiscal en su alegato, luce ajustada al reproche de culpabilidad por el hecho, sin que se adviertan razones preventivas de otra clase que determinen la disminución de la sanción impuesta. Así voto.

El juez Morin dijo:

1.- Coincido con lo expuesto por el juez Sarrabayrouse en los puntos 1 a 5 de su voto.

2.- Sin embargo, entiendo que la calificación legal escogida por *a quo* al encuadrar los hechos objeto de estudio resulta acertada.

La reforma introducida por la Ley n° 25.087 instauró en el primer apartado del art. 119 del Código Penal la figura base del abuso sexual y, en los apartados restantes, dos modalidades agravadas de aquél: a) cuando por su duración o circunstancias de su realización

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

importare un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima; b) cuando hubiere acceso carnal.

Como tantas otras veces en un país donde la inflación legislativa es la regla, el código penal es reformado constantemente; en algunas oportunidades sin razones de política criminal alguna y en otras, tal es el caso de la Ley n° 25.087, por necesidades valederas pero mediante una deficiente técnica legislativa que, a la postre, dificulta la tarea de los intérpretes.

Así, el motivo principal que originó la reforma, esto es brindar una solución legislativa al problema que planteaba la *fellatio in ore*, para muchos no fue claramente zanjado y, por ende, se ha llegado a sostener que todo cambió para que nada cambie.

Podría sostenerse que el término “cualquier vía” puede llegar a plantear algún tipo de inconveniente interpretativo. No obstante ello, pese a los defectos que pudiere tener su redacción, es posible arribar a una solución plausible acerca de los supuestos de hecho que deben quedar subsumidos en ese tipo penal.

En primer lugar, si se analiza el conjunto “cualquier vía” desde una interpretación gramatical “al revés” se advierte que la doctrina que propone que el sexo oral no se encuentra comprendido, no se hace cargo de explicar, entonces, cuál es el significado que corresponde asignar a esa frase.

Por otra parte, desde una interpretación histórica del precepto bajo análisis, se observa que el texto vigente anterior a la reforma establecía que sería reprimido “con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con una persona de uno u otro sexo” y que al tiempo en que iniciaba el trámite parlamentario de la Ley n° 25.087 en la Cámara de Diputados, era pacífica la doctrina que entendía que el acceso carnal podía tener lugar por vía vaginal o anal.

La consideración de la necesidad de una reforma y la introducción de esta frase en un contexto en el que ya existía una interpretación consolidada en ese sentido, conduce a concluir, necesariamente, que a través de dicha modificación se quiso introducir

en la ley algo más que lo que hasta ese momento se consideraba allí incluido.

Y qué fue lo que se quiso incorporar, surge con total claridad del trámite parlamentario que precedió a la reforma referida, en el que se redactaron diversos proyectos que tuvieron como denominador común el interés por incluir dentro de la figura de violación al supuesto de la *fellatio in ore*.

La preocupación que existió en torno a esta cuestión se puede advertir con una simple lectura del debate parlamentario en la cámara de origen.

Así, en los fundamentos del proyecto propuesto por los diputados Carrió, Carca, Fayad y Bravo, que fue el finalmente considerado por ambas cámaras –con modificaciones–, se hizo referencia a que “se propone modificar la definición del artículo 119 (violación), partiendo de un concepto más amplio y teniendo en consideración la defensa del bien jurídico mencionado (...). (L)a concepción de la acción es más amplia que en el código actual, ya que permite incriminar como violación a todo tipo de penetración, incluyendo casos como la *fellatio in ore* (...)”, lo que se justifica “en la comprobación de que los efectos psicológicos y físicos, emocionales y sexuales sobre la víctima son los mismos en estos casos que en los que mencionaba la figura tradicional”¹⁹. Luego, se aclaraba que “(l)a tradición y la oportunidad biológica han otorgado a la violación vaginal un lugar principal como un crimen con una particular historia política, pero la invasión puede ocurrir a través de la boca o el ano (...). Todos estos actos forzados deben ser tratados conceptualmente como ofensas igualmente graves desde la perspectiva del derecho, dado que la vía de la penetración es menos significativa que la degradación a los efectos de la injuria al bien jurídico que se pretende tutelar”.

En esta misma dirección, el diputado González Gaviola precisaba que “(e)l objeto del presente proyecto, es incluir y redefinir de

¹⁹ Cfr. La Ley, Antecedentes Parlamentarios, 1999-b, p. 1555/1556. En iguales términos: ver fundamentos del proyecto de los diputados Federico T. M. Storani, Graciela Fernández Mejjide, Rodolfo Rodil, Carlos A. Álvarez, Carlos A. Raimundi, Irma F. Parentella y Nilda C. Garré (*op. cit.*, p. 1581); y fundamentos de Juan P. Cafiero, quien agrega que la figura tradicional incluía la “penetración de pene en ano o vagina” (*op. cit.*, p. 1592).

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

manera clara, precisa y no interpretativa la tipificación del delito de violación, incorporando dentro de la conducta delictiva de tal figura al acceso carnal mediante relación sexual, anal y/o vaginal. El debate acerca de si el sexo oral contra la voluntad de la víctima es violación o abuso deshonesto resulta materia judicial y doctrinaria dudosa desde hace muchos años, ya que la figura actualmente existente de la violación sólo tipifica la conducta delictiva en caso de existir acceso carnal, dicho de otro modo, se configura el delito cuando se produce una penetración en el ano o en la vagina de la víctima. Por ello, queda librado a la interpelación y a juicio de la sana crítica de los magistrados la incorporación de la *fellatio*, contraria a la voluntad de una de las partes, como acto configurativo de la violación. La figura de sexo oral, parece estar en el límite entre la configuración del hecho delictivo de violación o el de abuso deshonesto, y la *fellatio* –succión de pene–, no constituye, a criterio de una buena parte de la doctrina y jurisprudencia, el acceso carnal al que alude el Código Penal, sino que se encuadra dentro del abuso deshonesto (...). La tipificación del delito de violación en forma precisa y agravada debe ser necesariamente redefinida, y tiene fundamentos no sólo en la interpretación de texto original del Código, sino que además debemos contemplar los daños psicológicos que se producen en una víctima violada, como además, el riesgo existente de contraer diversas enfermedades infecciosas por medio del sexo oral. Cualquier conducta sexual contraria a la voluntad de una de las partes debe ser necesariamente reprochada y condenada, pero no debe confundirse y dejar a la libre interpretación de un magistrado, la calificación de una conducta como la *fellatio* forzada a su encuadramiento dentro de la figura de la violación, o dentro de otra figura penal casi residual, como el abuso deshonesto”²⁰.

También los diputados Corchuelo Blasco, Das Neves y Melogno²¹, reconocían que “en derecho discuten hace varios años sobre si el sexo oral, contra la voluntad de la víctima, es abuso deshonesto o violación”, lo que “puede salvarse si se da una redacción clara a la

²⁰ *Op. cit.*, p. 1572/1573.

²¹ *Op. cit.*, p. 1573.

tipicidad del delito penal”, por lo que proponían “agregar al acceso carnal previsto en el artículo 119 del código de fondo, las características de ‘vaginal, anal u oral’” a fin de evitar toda discusión doctrinaria²².

Y el diputado Sat hacía referencia a “la diferencia de criterio en algunos fallos jurisprudenciales, que han provocado reacciones adversas de la población”, considerando acertado “dejar establecido en la norma, que también el acceso carnal puede ser producido por vía oral”²³.

Por su parte, el diputado Rubeo, en su propuesta de proyecto de ley, aclaraba que “(s)e considerará equiparado al acceso carnal la práctica del sexo oral en las situaciones previstas en el presente artículo”. Y en los fundamentos de aquél proyecto, expresaba que “(d)esde los albores de nuestra jurisprudencia y doctrina existen encontradas opiniones con relación a encuadrar la conducta del sexo oral como violación o como corrupción e inclusive como abuso deshonesto, generando tales interpretaciones desigualdad ante la ley (...). Al margen de ello, los muy versados fallos que sostienen las distintas posturas, a pesar de la base científica que poseen, no logran satisfacer la protección con la que debe contar la sociedad frente a esta modalidad tan especial de atentar contra la libertad sexual de las personas”, por lo que “es hora de poner fin a la arbitraria situación que crean tales disímiles posiciones”²⁴.

La misma preocupación tuvieron los legisladores de la cámara alta, lo que se hace evidente con lo expuesto por el senador Yoma, quien en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la reforma, afirmaba que “(e)l hallazgo principal es un tema que ha preocupado a jueces y a juristas en estos tiempos; es el problema de la ‘fellatio’. Se sigue caracterizando como abuso deshonesto la penetración del pene en la cavidad bucal de una persona, cuando obviamente constituye el mismo nivel de agresión sexual que el acceso carnal”.

²² Ver también propuesta del proyecto del diputado Cafferata Nores, quien recomendaba incorporar como segundo párrafo del artículo 119, CP, la aclaración de que “(a) los fines de este artículo, acceso carnal es toda penetración anal o vaginal realizada mediante el uso de cualquier parte del cuerpo del autor, o mediante el uso de cualquier objeto apto para producirla y la penetración peneana en la cavidad bucal” (*op. cit.*, p. 1574).

²³ *Op. cit.*, p. 1575.

²⁴ *Op. cit.*, p. 1604.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

Específicamente, destacaba que “(l)a Cámara de Diputados pretende incorporar el tema de la ‘fellatio’ como violación, separándolo del abuso deshonesto. Por ende, la pena se agrava. Digo ‘pretende’ –ésta es la principal preocupación que tengo en el caso de votar la sanción de la Cámara de Diputados tal como viene redactada–, porque el proyecto de ley deja abierta la puerta para que los jueces interpreten el significado de ‘acceso carnal’ (...). (S)i bien la Cámara de Diputados pretendió cubrir este vacío, temo que lo ha dejado sin llenar, dejándolo librado a una interpretación judicial que puede no coincidir con el espíritu que tuvo el legislador al proponer esta reforma (...). (Q)uiero que se entienda cuál es el sentido que los legisladores le quisieron dar a la norma para que los jueces lo tengan en cuenta a la hora de dictar sus sentencias (...). (D)ejo planteado que el legislador se quiso referir a la penetración con cualquier objeto, con fines sexuales y en cualquier cavidad. Este es el sentido que le estamos dando a la reforma quienes en este momento informamos el proyecto.”²⁵

Asimismo, el senador Genoud advertía que “(e)s cierto que la figura de violación se ha enriquecido al ampliar el tipo penal. Pero también lo es el hecho de que, como consecuencia de la ampliación del tipo penal, al hablarse de acceso carnal por cualquier vía, con el afán de incorporar lo que se llama fellatio in ore –el senador por La Rioja realizó una mayor pormenorización– quedamos expuestos a que si extrapolamos o exageramos la figura, el dedo en la oreja o en la boca también constituiría penetración en una cavidad del organismo. Está en la buena interpretación que hagan los jueces el producir las soluciones apropiadas. La ampliación de este tipo penal tiene por objeto impedir lo que actualmente se reitera en la jurisprudencia penal argentina: Que la fellatio in ore sea considerada abuso deshonesto y no violación, cuando constituye un hecho degradante que puede desviar la conducta moral de la víctima. Ahí estuvo, entonces, el objetivo que persiguieron los legisladores que impulsaron este proyecto de ley (...). Por lo tanto, aceptamos la propuesta tal como fue girada por la Cámara de Diputados

²⁵ *Op. cit.*, p. 1622/1623.

y realizamos este planteo a efectos de que sirva como fuente de interpretación de los jueces”²⁶.

Por último, el senador Maya alentaba “políticas judiciales” como las por entonces aplicadas por algunos tribunales, que consideraban que “la penetración en la cavidad bucal contra la voluntad de la víctima constituye un delito de violación”, porque “consagra(n) con anticipación a este proyecto una política tendiente a establecer este tipo de sanción penal”²⁷, mientras que el senador Yoma advertía que otros tribunales interpretaban que “esa situación constituía un abuso deshonesto y no una violación”, lo que a su entender hablaba “de la necesidad que tenemos de sancionar este proyecto de ley hoy, a fin de superar, justamente, ese tipo de conflictos”²⁸.

En suma, está claro que si lo que se pretendía era añadir el sexo oral al grupo de casos sobre los que no había discusión acerca de que quedaban comprendidos en la figura de la violación, simplemente se podría haber acudido a la fórmula “acceso carnal por vía vaginal, anal u oral”.

Pero igualmente claro es que existe un límite a la interpretación de la ley por parte de los jueces. Por tanto, si existe una frase en el texto, los legisladores se encargaron de dejar especificado cuál fue el significado que se le quiso dar, y dieron razones consistentes en apoyo de su posición, esa es la interpretación que debe prevalecer.

Sobre esta base, debe concluirse que la *fellatio in ore* se subsume en el tipo previsto en el tercer párrafo del artículo 119 del Código Penal.

3.- En cuanto al monto de pena que corresponde imponer a C., coincido con la solución propuesta por el juez Bruzzone.

En virtud del acuerdo que antecede, la **Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, por mayoría, RESUELVE:**

²⁶ *Op. cit.*, p. 1623.

²⁷ *Op. cit.*, p. 1628.

²⁸ *Ibid.*

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29302/2011/TO1/CNC1

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 401 / 436. Sin costas (artículos 456, incisos 1º y 2º, 465, 468, 469, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Eugenio C. Sarrabayrouse Daniel Morin Gustavo A. Bruzzone
(en disidencia parcial)

Ante mí:

Paula Gorsd
Secretaria de Cámara