

Reg. n° 332/2017

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 3 días del mes de mayo de 2017, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Fernando Niño, Eugenio Sarrabayrouse y Daniel Morin, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 633/642 en este proceso n° **8230/2012/TO1/CNC1**, caratulado **“V., W. J., s/ recurso de casación”**, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 10 de esta ciudad, por sentencia cuyos fundamentos fueron leídos el 6 de octubre de 2015 (fs. 632), resolvió:

“CONDENAR a W. J. V., de las demás condiciones personales del principio, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual reiterado en tres oportunidades, una de ellas gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización, todos en concurso real entre sí, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (artículos 12, 29, inciso 3°, 45, 55 y 119, párrafos primero y segundo del Código Penal; 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)”.

II. Contra la sentencia condenatoria, la defensa oficial interpuso el recurso de casación glosado a fs. 633/642, remedio procesal que fue concedido a fs. 643 por el tribunal de juicio.

III. Radicadas las actuaciones en esta instancia, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes

decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 649).

Seguidamente, el agraviado presentó en el término de oficina y mantuvo los fundamentos que dieron origen al recurso de casación interpuesto, al tiempo que hizo reserva del caso federal.

IV. El 26 de octubre de 2016 se celebró la audiencia prevista por los artículos 465, 4º párrafo, y 468 del cuerpo legal citado, de lo cual se dejó constancia en el expediente (fs. 671).

En tal oportunidad, comparecieron:

- El defensor oficial Mariano P. Maciel, a cargo de la Unidad de Actuación n° 2 ante esta Cámara, quien se remitió a lo expuesto tanto en el recurso de casación como en el término de oficina.

- La fiscal María Luisa Piqué, quien consideró que debía rechazarse el recurso interpuesto por la defensa.

V. Tras la deliberación, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Luis Fernando Niño dijo:

1. Tal y como se consignó en el epígrafe, el tribunal oral condenó a W. J. V. por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual reiterado en tres oportunidades, una de ellas gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización, todos en concurso real entre sí.

Para arribar a ese pronunciamiento, los magistrados tuvieron por acreditado la existencia del suceso y la responsabilidad del encausado, dando por cierto que entre el 28 de mayo de 2010 y el 8 de marzo de 2012 el nombrado abusó sexualmente, al menos en tres oportunidades y de modo reiterado, de la menor M. A. B. R. –nacida el 16 de noviembre de 2001 (fs. 45/46)–, hija de su entonces pareja. Tales actos se desarrollaron cuando, tras retirarla de la escuela a la que concurría, V. llevaba a la niña su domicilio en la calle V. M. X, piso Xº, departamento “X” de esta capital.

En esas circunstancias de tiempo y lugar, el encartado abusaba sexualmente de la menor, sometiéndola a toqueteos en la vagina y la cola, la desnudaba y le aproximaba el pene en la vagina y en la cola con el objetivo de penetrarla y le exhibía películas pornográficas. Por otra parte, amenazaba a la menor para que no contara lo padecido y le decía que le iba a doler más, con lo que la coaccionaba.

De las “varias veces” en las que habrían tenido lugar esta clase de ataques de contenido sexual –conforme lo apuntó la niña–, de la prueba colectada en el debate sólo pudieron acreditarse dos situaciones de abuso sexual mediante manoseos en la cola y en la vagina, y una tercera, relacionada con la ya mencionada aproximación del pene sobre la anatomía desnuda de la nena.

La pieza procesal recurrida recreó el cuadro histórico reseñado, tomando, fundamentalmente, los siguientes elementos de cargo para sustentar la decisión:

a) Los dichos de la propia víctima –oralizados en el marco de la Cámara Gesell–, quien relató los detalles de las agresiones sexuales ejecutadas por V., distinguiéndolas de aquellas que habría padecido por parte de “C.”, anterior pareja de su madre. A esos efectos, brindó detalles de tiempo, lugar y modo de las prácticas a las que fue sometida por el imputado.

b) Lo declarado por M. G. S., quien ratificó los dichos de la afectada en cuanto a la existencia de los abusos por parte de V. Explicó que se enteró de lo que sucedía porque la niña relató su padecimiento a Y. M. R. y que, por ese motivo, se la llevó a vivir a su casa. Asimismo, la pequeña le confesó las prácticas a las que era obligada por el acusado en el domicilio de aquél y de las amenazas proferidas si revelaba lo que allí ocurría.

En íntima relación con los episodios investigados, hizo referencia a que W. la iba a buscar al colegio a veces.

c) A su turno, Y. G. M. R. confirmó los dichos de la testigo S., en cuanto a que la nena le había relatado haber sido víctima de actos de abuso sexual tanto por “C.” como por “W.”, destacando que este

último había intentado violarla. Dijo, además, que M. A. le contó que los ataques ocurrieron varias veces, que tuvieron lugar en la casa de éste y que se ubicaron temporalmente luego de que la retirara de la escuela, en momentos en los que la esposa estaba trabajando.

d) Las manifestaciones incorporadas por lectura de: la directora del Colegio X (fs. 26/27), de la maestra M. S. (fs. 171/172), de M. I. H. (fs. 167/168), de P. E. Y. (fs. 160/161), de A. O. T. (fs. 163/164) y las constancias del legajo sobre la menor de la Escuela X, del Distrito Escolar X (fs. 80/89, 125/134, 176/196, 200/201 y 241/246), así como la constancia de atención psicológica de fs. 221.

e) Las conclusiones arribadas en la audiencia por la Dra. Virginia Berlinerblau y la psicóloga Delia Causse, quienes indicaron que la concurrencia de instancias abusivas fundaban la idea de un “abuso acumulativo”, idóneo para la alteración de la normalidad psíquica de la menor.

f) Se tomaron en consideración, también, los testimonios de V. B. y V. V., de los que se concluyó que no entran en colisión con los de la niña ni los de la madre de ésta, al tiempo que dejan abierta la posibilidad para que los abusos sexuales denunciados hayan ocurrido en el departamento del imputado, en los días y horas referidos por la damnificada.

g) También, se hizo especial hincapié en el informe de la psicóloga, Marcela Zavalía Trapiella (fs. 344/345), quien indicó que *“la niña posee estructura psíquica neurótica con implementación de mecanismos de defensa de carácter esquizoide (por los que escinde del pensamiento consciente los afectos concomitantes); observándose asimismo, una modalidad de desenvolvimiento con rasgos manipulatorios que responderían a su necesidad de compensar la inseguridad y el sufrimiento a través del control ejercido sobre los factores de la realidad exterior”*. De tal análisis, la profesional descartó fabulación o inducción de terceros sobre la menor y refirió haber detectado signos de existencia conflictiva por perturbaciones de orden sexual e índices de padecimiento y vivencias de daño en este orden. A su vez, también expuso que la niña

presentó un conocimiento sexual que excede a su etapa de desarrollo, detectándose un grado de erotización y estimulación elevadas.

En función del caudal probatorio enunciado, el tribunal tuvo por acreditado que W. J. V. abusó sexualmente de la menor M. A. B. R., en –al menos– tres ocasiones, entre el 28 de julio de 2010 y el 10 de marzo de 2012.

2. La defensa oficial, en su escrito, cuestionó la validez del fallo condenatorio y delimitó el objeto de tratamiento de su impugnación en tres tópicos. En el primero, postuló la absolución de su defendido por entender que la condena se construyó en base a una incorrecta valoración de la prueba, violándose de tal modo los principios de inocencia e *in dubio pro reo*. En segundo orden, se agravió por la arbitrariedad en la que habría incurrido el tribunal al subsumir una de las conductas acreditadas en el artículo 119, párrafo 2º, CP. Y, por último, solicitó que se declare inconstitucional el aludido precepto legal por no satisfacer las exigencias del mandato de certeza, derivado del principio de legalidad, consagrado en los artículos 18, CN y 9, CADH.

3. a) Sintetizados los planteos propuestos por el recurrente en su recurso y mantenidos en instancia, habré de abocarme al tratamiento del primeramente deducido.

A esos efectos, refirió el letrado oficial que, a partir de la prueba incorporada al debate, no quedó debidamente acreditada la participación de V. en los sucesos que se le endilgaron y que, por el contrario, su firme negativa fue corroborada por los dichos de las testigos V. V. y V. B., quienes dieron cuenta acerca de las circunstancias de lugar y tiempo en las que su defendido tuvo contacto con la menor A. B. R. Puntualmente, la defensa señaló a B. como quien circunscribió a dos las veces que el encartado habría recogido del colegio a la niña, oportunidades en las que no se quedaron solos, sino que aquella estuvo presente.

Además, alegó la existencia de otras evidencias que demostrarían la inocencia de su defendido, tales como:

a) la posibilidad de que la niña haya imaginado que fue el acusado quien protagonizó las situaciones de abuso que denuncia cuando, en realidad, aquellas habrían sido concretadas por la anterior pareja de su madre, o también por el simple hecho de haber presenciado este tipo de actos. Agregó como muestra de la falta de solidez de los dichos de la menor, su relato en Cámara Gesell haciendo referencia de que recordaba cuando su padre le cambiaba los pañales, suceso que sería imposible que pudiese recordar.

b) que G. M. R., al enterarse de lo denunciado, restó credibilidad a los dichos de la menor porque era habitual que mintiera. Asimismo, también ciñó las oportunidades a la salida del colegio.

c) lo señalado por la tía de aquella –M. G. S.– en cuanto a que, pese a vivir con la niña, se enteró por medio M. R. de lo que sucedía.

d) la falta de certeza para circunscribir en un número de tres los abusos perpetrados, ya que la madre de la menor dijo que el imputado estuvo en una o dos ocasiones a solas con ella, lo que se corrobora con los testimonios de las docentes incorporados por lectura al debate. Asimismo, destacó que el testimonio de la madre reforzó la versión exculpatoria del acusado al sostener que nunca, antes de la denuncia efectuada por la tía de la niña, su hija le había mencionado nada con respecto a los actos denunciados.

e) las declaraciones de las docentes y psicólogas del colegio al que asistía la menor, de los que se desprende que nunca la niña hizo alusión a ningún hecho de violencia de este tipo, siendo que cuando correspondió hacerlo respecto de otros sujetos sí lo hizo.

Por otra parte, el recurrente agregó que el resultado de los exámenes psicológicos efectuados a la niña son sólo indicios y que, como tales, tienen entidad con relación al aspecto que comprendió el estudio, mas no arrojan certeza sobre lo verdaderamente acaecido, dado que los hechos no fueron percibidos por los sentidos del profesional.

En definitiva aludió a que, si bien el cuadro probatorio conduce a sostener que es probable que la niña haya vivido diferentes

tipos de maltrato psicológico, físico y verbal, lo cierto es que el *a quo* no alcanzó a demostrar que su asistido haya ejercido obrar alguno en ese sentido, razón por la cual se impone el beneficio de la duda razonable a su favor y la consecuente absolución.

3. b) Adelanto que no habré de asignar razón a los planteos deducidos por la defensa, pues considero que el tribunal de juicio valoró la prueba recibida en el debate bajo apego a la regla de la sana crítica y los principios que la regulan. En función de tales parámetros de análisis, el *a quo* consideró demostrado que W. J. V. protagonizó al menos tres actos de abuso sexual contra la menor M. A. B. R., alcanzando, consecuentemente, el grado de convicción necesario para tenerlos por acreditados.

Antes de adentrarme en contestar los agravios del recurrente, vale recordar que en casos como el ventilado en autos, en los que por sus circunstancias especiales de realización no existen testigos más allá de sus naturales víctimas, la prueba debe ser “apreciada en su integridad”, es decir, “teniendo en cuenta sus relaciones mutuas y la forma en cómo se prestan soporte unas a otras o dejan de hacerlo”¹ y que, a nivel internacional, el estándar probatorio para supuestos de violencia sexual se construye a partir de la declaración de la víctima, si es que ha sobrevivido a la agresión²; tales pautas de análisis, como se verá, fueron atendidas correctamente por el Tribunal Oral en la pieza procesal recurrida.

Sentado aquello, en cuanto a la efectiva ocurrencia de los sucesos, se alza como pieza fundamental de cargo el relato coherente y detallado de la menor, quien en ocasión de ser evaluada bajo el mecanismo de Cámara Gesell (transcripción de fs. 391/397) contó detalladamente en qué consistieron los ataques sexuales que padeció en manos del acusado, el lugar concreto de su realización, desde que fecha

¹ Conforme Corte IDH, “Caso Villagrán Morales y Otros”, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, N° 63, párr. 232. Citado por DI CORLETO, Julieta; “Valoración de la prueba en casos de violencia de género” en “Garantías constitucionales en el enjuiciamiento Penal” -Florencia G. Plazas y Luciano A. Hazan (comps.); Ed. Del Puerto; Buenos Aires; 2015; pag. 457.

² Ídem, pág. 456; fallo de la Corte IDH, “Caso Contreras y otros vs. Salvador”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C, N° 232, párr. 100.

comenzaron a ejecutarse –diferenciándolos con los endilgados a la anterior pareja de su madre, “C.”– y las amenazas que le profería el acusado para que no revelara lo que estaba sucediendo.

Concurre, asimismo, en apoyo de la versión de la niña, los testimonios de M. G. S. (fs. 613/vta.) y Y. G. M. R., quienes fueron muy precisas en recordar la conflictividad familiar en la que estaba inmersa la pequeña y el modo en cómo la niña abordó –con cada una de ellas– la temática de los ataques sexuales sufridos tanto en manos de “C.” como, posteriormente, de “W.”.

En cuanto a las críticas de la defensa –detalladas en el párrafo que antecede–, he de comenzar por poner de manifiesto que resulta falto de sustento la afirmación que pugna por la inocencia del acusado sobre la base de su propia negativa, socorrida por los dichos de las testigos V. V. V. y V. G. B., si se repara en que ambos testimonios no refieren a la posibilidad de que la menor haya concurrido al domicilio del imputado en otras oportunidades, distintas, por cierto, de las que tomaron efectivo conocimiento las declarantes. De tal suerte, se lee del testimonio prestado en audiencia por la primera (fs. 614/vta.) que sólo vio en una oportunidad a A. en la casa del acusado, mientras que la segunda contó que la menor concurrió unas tres veces a su casa, en las cuales ella estuvo presente. Ninguna de las dos testigos niega la concurrencia de la menor en otros días distintos de los que ellas tomaron efectivo conocimiento. En ese sentido, comparto la reflexión que en la sentencia se anuncia (fs. 626) y que indica que ambos testimonios “*no entran en colisión con (los) de la niña, (los) de la madre y dejan pues posibilidades abiertas para los días y horas del abuso sexual en ese lugar*”. Vale agregar, que también aparece como dato conducente para creer en la versión de la niña, la referencia de la testigo B. acerca de que V. –al menos una vez– la retiró del colegio y la llevó a su domicilio.

Tampoco encuentro posible desacreditar la acusación en base a la alegada posibilidad de que la pequeña haya imaginado las situaciones de abuso descritas, producto de haberlas sufrido en manos de

otra persona (Carlos) o por el simple hecho de haber presenciado cuando su madre mantenía contacto sexual con sus parejas.

En efecto, la hipótesis que introduce la defensa y que pretende demostrar que la afectada –producto de su situación de vulnerabilidad– confundió al autor de los abusos relatados aparece huérfana, tanto de algún soporte científico, como de constancias en el expediente que así lo respalden. Es claro a mi modo de ver, luego de examinar la entrevista en Cámara Gesell, que la afectada no tuvo inconvenientes en diferenciar los tramos temporales y espaciales en los que su madre se relacionó sentimentalmente con aquellas personas que, luego se supo, abusaron sexualmente de ella en el transcurso de su desarrollo; relato que, además, supo sostener en el tiempo sin variaciones sustanciales. Por otra parte, de los distintos escenarios también da cuenta Y. G. M. R. (fs. 615/vta.) al afirmar que la niña le refirió “*de otro tema igual (pero) con otra persona*” y que el sujeto que sí la había violado era W. Por su parte, M. G. S. habló de contextos diferentes al referir que A., en un primer momento, no le dijo nada de C., manifestando temor por contar lo que el acusado le hacía en su departamento.

Sin perjuicio de la posible confusión en cuanto al autor de los abusos, la defensa volvió a insistir con poner en tela de duda la existencia misma de los hechos, sobre la base de que habrían sido producto de la imaginación de la damnificada, argumentando que tal extremo se condice con los dichos de G. M. R., quien al enterarse de los hechos denunciados les restó credibilidad porque era habitual que la niña mintiera.

Sobre el punto habré de coincidir con el análisis dispensado en la sentencia fundado en la opinión de la profesional M. Z. T. (fs. 344/345), quien descartó fabulación o inducción de terceros sobre la pequeña, al tiempo que situó como síntomas de los abusos esos trastornos que ahora padece. Las conclusiones de la aludida psicóloga, que dan cuenta de que A. presentaba “*un conocimiento sexual que excede a su etapa de desarrollo*” (fs. 345), acompañado de “*un conjunto de indicadores específicos que resultan compatibles con lo esperable ante hechos padecidos de abuso*”

sexual” (foja citada) y el preciso detalle aportado por la afectada acerca de los abusos padecidos, aparecen como elementos suficientes para confirmar el razonamiento del *a quo* sobre el punto y que aluden a que el hecho de que la niña proyecte su mundo interno convulsionado, distorsionando aspectos de la realidad –lo que no implica ausencia de capacidad de discriminación– “*no es previo a los abusos padecidos sino consecuencia de los mismos*” (fs. 627). A ello, se agrega que el recurrente no aportó nuevos argumentos que los planteados al momento de alegar en el juicio que permitan desvirtuar el razonamiento empleado por el tribunal en tal sentido.

De igual modo habrá que descartar el argumento que intenta restar espontaneidad a la confesión de la menor por el solo hecho de haber contado a M. R. lo que ocurría y no a su tía, M. G. S. –cuando era con esta última con la que convivía en ese momento– en tanto aparece absolutamente incierto suponer que, en este tipo de situaciones, se encuentre preestablecida la forma en que la víctima atine a proceder a la hora de revelar su padecimiento. Múltiples factores habrán de incidir en tan compleja decisión, en el fuero íntimo del sujeto que sufre un avasallamiento de su integridad sexual, difícilmente comprensible por un tercero. Sin perjuicio de tales consideraciones, no luce irrazonable que la niña haya confiado en M. R., en tanto registra el mismo grado de parentesco que G. S. (fs. 613/vta).

En cuanto al número de abusos, tampoco corresponde brindar razón a la crítica de la defensa que propone la falta de certeza sobre el tópico, en función de que la madre de la menor habría sido clara al limitar en dos las ocasiones en las que el imputado estuvo a solas con su hija en el departamento de aquél, situación que se corroboraría, además, con los testimonios de las docentes incorporados por lectura al debate.

En efecto, el relato de S. L. R. S., referido a que hayan sido solo dos las ocasiones en las que V. retiró a la niña del colegio pues, colide con el relato de aquélla que aludió a “muchas veces” y a lo largo de tres años al detallar la ocurrencia de los abusos. Por lo demás, el

propio uso del potencial plasmado en el acta de debate da cuenta de una estimación sin pretensión de exactitud. Luego, tampoco la defensa precisa cuáles serían los registros que refrendarían tal cálculo, ni da cuenta de cuáles serían las docentes que avalan su postura.

Asimismo, si bien –como lo apuntó el recurrente– la pequeña sólo comentó con sus maestras o autoridades del colegio los abusos que sufría por parte de “C.”, luce plausible la explicación de la vicedirectora de la institución a la que concurría la niña a fs. 171/172, al referir que, a medida que fue creciendo, dejó de contar lo que le sucedía fuera de ese ámbito.

De otra parte, constituye una regla de la experiencia común que el relato de un niño no puede ser objeto de un control de logicidad de la misma estrictez que el de un mayor de edad, pauta que obliga –de otra parte– a su control por un profesional y al cotejo con otros indicadores que posibiliten dotar a ese relato de elementos propios que posibiliten arribar a la reconstrucción de los hechos históricos pretendidos de verificación. De eso se ha tratado en esta ocasión.

Aparece acertada, entonces, la conclusión del *a quo* al señalar que “el relato de M. A., sumado a los testimonios de M. R., de su tía y de su madre y los informes psicológicos realizados en la investigación determinan que las pruebas sean múltiples en su naturaleza aunque tengan como fuente de producción principal al mismo sujeto”.

Por añadidura, la validez de sus dichos encuentran plena sintonía con las directrices que emanan de la Convención de los Derechos del Niño (art. 34) y la Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU) que proclama que “(t)odo niño deberá ser tratado como testigo capaz, a reserva de su examen, y su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad sólo en razón de su edad, siempre que por su edad y madurez pueda prestar testimonio de forma inteligible y creíble, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia”⁵

En este orden de ideas, entiendo que la reconstrucción de los hechos ensayada por el tribunal oral, tras ponderar el mérito de las probanzas acumuladas de manera armónica y global, luce suficientemente fundada y abate la pretensión defensiva de absolución sostenida sobre los mismos puntos de ataque cabalmente atendidos en la sentencia por el voto que lidera el acuerdo.

A mi modo de ver, entonces, y como adelanté, las críticas genéricas que ha realizado la defensa técnica a la sentencia cuestionada, no son de recibo en esta instancia, habida cuenta de que se basan en una consideración parcializada de la prueba reunida; y los cuestionamientos que efectúa, pretendiendo asignar validez a los dichos de su asistido, no desvirtúan la contundencia del relato de la menor, ni las conclusiones arribadas por los profesionales que dieron cuenta de las secuelas que los ataques a su integridad sexual dejaron en la psiquis de la pequeña.

La Corte tiene dicho que la arbitrariedad de la sentencia se configura, entre otros casos, cuando se han considerado las pruebas, los indicios y presunciones en forma fragmentaria y aislada, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio; y en especial, cuando se ha prescindido de una visión de conjunto y de la necesaria correlación de los elementos probatorios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios (Fallos C.S.J.N.: 308:641). Tal cuadro de situación dista de configurarse en este caso, por las razones expuestas, resultando pues, en este aspecto, infundado el agravio global traído a tratamiento.

Por todo lo hasta aquí señalado, cabe concluir que la reconstrucción histórica de los sucesos que los magistrados de juicio han desarrollado en la sentencia impugnada, se ajusta a los parámetros normativos que la rigen, sin que las alegaciones ensayadas en su contra conmuevan su consistencia como pieza jurídica, con la salvedad de su calificación jurídica.

Corresponde, entonces, la interpretación “a contrario sensu” del artículo 456, inciso 2º, del CPPN.

4. a) Como segunda cuestión, la defensa solicitó que se case la sentencia y se modifique la calificación legal por la de abuso sexual simple. Subsidiariamente, requirió que se declare la inconstitucionalidad del art. 119, párrafo 2º del Código Penal.

Alegó dos razones para sostener su petición, la primera, la falta de toda fundamentación –arbitrariedad– para aplicar la agravante contemplada en el art., 119 segundo párrafo del Código Penal, y la segunda, que el tribunal valoró erróneamente la prueba que permitió, finalmente, arribar a esa calificación legal.

En esa tarea, refirió que el abuso sexual gravemente ultrajante requiere la verificación de una de dos variables. La primera, relacionada a la duración y, la segunda, a las circunstancias de realización; sin la presencia de alguna de ambas, concluyó, no debe aplicarse la agravante en cuestión.

Recordó que si de “circunstancias” se trata, éstas sólo podrían ser de modo, tiempo o lugar y que, puesto que las de “tiempo” han sido expresamente deslindadas en la redacción cuando se alude a la “duración” del acto, necesariamente debe repararse en las dos restantes – de modo y de lugar–. Se ha entendido, reflexionó la defensa, que deben incluirse en el tipo aquellas conductas que resulten particularmente humillantes para la víctima en función del lugar (vía pública, etc.) o de un modo que la cosifique (presencia de terceros, sadismo, bestialidad, etc.); lo cual no se ha verificado en el caso examinado.

Asimismo, agregó que tampoco aparece reflejado en las particularidades del hecho el otro requisito “duración”, ya que el acto no se habría prolongado más allá de lo considerado como normal.

Finalmente, aludió, no se halla debidamente justificado en la sentencia que se encuentren satisfechos los requisitos del tipo subjetivo de la figura comentada pues, el aludido injusto debió haber sido querido por el agente. Se trata, agregó, de un elemento subjetivo distinto del dolo.

4. b) En cuanto a la falta de motivación, de adverso con lo sostenido por la defensa en su primera objeción a la calificación jurídica

propuesta, se observa que el juez preopinante (fs. 626/626/vta.) brindó los motivos que –conforme a su entendimiento– conducían catalogar de gravemente ultrajante al menos uno de los hechos de abuso sexual acreditados en perjuicio de la menor.

Allí se consignó que la afectada rememoró *“que (el acusado) en ocasiones se quedaba en calzoncillos acostado en la cama y la tiraba hacia atrás y la desnudaba...”* y que *“(a)demás, el hecho de que pretendiera avanzar en la penetración y desistiera de esta por razones anatómicas supone, en relación con las características de la víctima en relación al sujeto agente, un grave ultraje. Ya no se trata de tocamientos en la vagina y la cola o la mostración de películas de contenido sexual. Lo que aquí se advierte es que frente a una menor de corta edad, V. desplegó su órgano sexual en dirección al coito –más allá de que supiera de la imposibilidad, sin grave daño a la anatomía de la niña, de concretarlo- en un contexto de intenso sometimiento, con alusiones al dolor y amenazas”*.

Esas fueron las razones del *a quo* para aplicar la agravante al tipo básico del delito de abuso sexual, aquí cuestionada por la defensa.

4. c) Adelanto que habré de adjudicar razón al cambio de calificación propuesto por la defensa.

Tal como lo ha sabido señalar el distinguido colega Daniel Morin al pronunciarse, en el ámbito de esta misma Sala, respecto de la estructura del segundo párrafo del artículo 119 del Código Penal *“(l)a vaguedad acerca de qué es lo que constituye la materia de la prohibición coloca a este tipo en un ámbito en el que podría ser cuestionada su constitucionalidad”* (C. 512/2016, “D.”, rta. el 11/7/2016), situación salvable –a duras penas– por un intérprete empeñado en delimitar su marco de modo acorde con el insoslayable axioma de legalidad.

En tal ocasión y en tren de lograr la correcta hermenéutica se destacó la concreta advertencia del legislador que obró como miembro informante del respectivo proyecto de ley de reformas al Código Penal, el catedrático cordobés José Cafferata Nores, alertando que *“no debe perderse de vista que este tipo penal requiere una situación de **sometimiento** de la víctima de carácter sexual, vocablo que tiene un elocuente significado gramatical”* (el realce en negrita me pertenece).

Validos –entonces– una vez más, de ese código de todos que es el Diccionario de la Real Academia Española, hallamos que “someter” significa “sujetar”, “humillar”; y que “sujetar” es “someter al dominio, señorío o disposición de alguien”, en tanto que “humillar”, dicho de una persona, implica “pasar por una situación en la que su dignidad sufra algún menoscabo”.

Si a esas modalidades de actuación se añade la exigencia de grave ultraje, vale decir, de un “ajamamiento, injuria o desprecio” que –además– resulte “de mucha entidad o importancia”, resulta claro que las “circunstancias de realización” de cualquiera de los comportamientos acreditados durante la audiencia celebrada lejos están de satisfacer los requisitos típicos de la agravante en cuestión; al menos, no encuentro elementos suficientes para tener por comprobado fehacientemente que los actos señalados en la sentencia, por sus características, hayan alcanzado a una cosificación de la víctima en base a una prolongación extraordinaria de tales conductas o a especiales circunstancias de dominación.

Dicho esto, resulta inoficioso el tratamiento del planteo subsidiario interpuesto por la defensa, solicitando la inconstitucionalidad de la mencionada agravante.

Corresponde, en definitiva, casar parcialmente la sentencia en lo que a la calificación legal se refiere y establecer que W. J. V. deberá responder penalmente por el delito de abuso sexual reiterado en tres oportunidades (arts. 55 y 119 párrafo 1º y 456 inc. 1º y 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

5) En función del cambio de calificación propuesto en el apartado que antecede, habré de declarar abstracto el planteo de constitucionalidad del art. 119 inc. 2º, deducido por la defensa.

6) En definitiva, propongo al acuerdo: hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial a fs. 633/642 y, casar parcialmente la sentencia de fs. 620/631 en razón de la errónea interpretación de la ley aplicable –art. 119, segundo párrafo del Código Penal–. En consecuencia, establecer que W. J. V. habrá de

responder en calidad de autor por el delito de abuso sexual simple reiterado en tres oportunidades. Tal modificación amerita –si mis colegas la comparten– que se proceda a establecer la pena que corresponda imponer al nombrado, según las pautas de los arts. 40 y 41, CP. (arts. 456 inc. 1º, 465, 468, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1. La defensa planteó tres agravios contra la sentencia de condena: a) la incorrecta valoración de la prueba y la violación de los principios de inocencia e *in dubio pro reo* (punto 5.1.b de su escrito); b) arbitrariedad “...del plexo probatorio que condujo a subsumir la conducta dada por cierta en la figura prevista por el art. 119, párrafo 2º del CP...”, punto 5.2, fs. 637; c) “...errónea aplicación del artículo 119 párrafo 2º del C.P. Ausencia de motivación suficiente. Inconstitucionalidad de la agravante por el carácter ‘gravemente ultrajante del abuso’...” (punto 5.2, fs. 637 vta.).

2. En cuanto al primer agravio, esto es la crítica a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia se adhiere, en lo sustancial, al análisis y la solución propuesta por el juez Niño (ver punto 3.I de su voto).

3. Con respecto a los agravios indicados como “b” y “c”, ambos están íntimamente vinculados y están dirigidos a cuestionar desde diferentes perspectivas la aplicación en el caso del art. 119, segundo párrafo, CP.

4. En primer lugar, corresponde tratar la inconstitucionalidad planteada por la defensa, pues una resolución favorable a esta petición tornaría abstracto el tratamiento de los agravios referidos a la errónea subsunción en esta figura.

Tal como se dijo en el precedente “**P.**”⁴, no puede pasarse por alto que la cuestión constitucional introducida en el recurso no surgió por primera vez, o de modo sorpresivo, en la sentencia del tribunal *a quo*, de modo tal que le hubiera impedido a la defensa efectuar un planteo oportuno. La calificación del hecho, ahora cuestionada por su

⁴ Sentencia del 1.12.2016, registro n° 965 / 16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Niño y Morin.

inconstitucionalidad, fue propuesta por el fiscal general en su alegato (ver fs. 621 de la sentencia; también fs. 617 del acta de debate) lo cual no provocó ninguna consideración desde esa perspectiva y en aquella oportunidad por parte de la defensa, pues sólo se limitó a señalar su “...*dudosa constitucionalidad...*”. Por lo tanto, no se aprecia ni ha sido alegado algún motivo que dispense de la carga del planteamiento oportuno de la inconstitucionalidad del art. 119, segundo párrafo, CP.

En este caso particular, la defensa propone directamente que este tribunal examine las infracciones constitucionales en las que habría incurrido el legislador al sancionar la norma en cuestión, sin explicar cuál habría sido el impedimento para plantear este mismo asunto ante el tribunal que se encontraba habilitado a juzgar el caso. Tampoco menciona infracción alguna en cabeza del juzgador, que posibilitara considerar una omisión de expedirse oficiosamente sobre el asunto que, producto de una reflexión tardía, acerca ahora a esta instancia de casación.

Conviene reiterar, que éste no es un tribunal de consulta ni mucho menos uno que ejerce un control de constitucionalidad concentrado. Aun admitiendo el sistema difuso y la posibilidad de que los jueces dicten de oficio la inconstitucionalidad de una regla, esto no exime a la parte de plantear oportuna y correctamente cuál es el conflicto constitucional *y su directa incidencia en el caso a resolver*.

En efecto, la competencia de esta cámara es apelada y no originaria, y tiene por objeto corregir un error atribuido a una decisión recurrida. En este sentido, incluso admitiendo la declaración de inconstitucionalidad de oficio, no puede soslayarse el límite que implica para este tribunal pronunciarse, por primera vez, sobre cuestiones no decididas en la instancia precedente. Si, como se dijo, el objeto del recurso es la sentencia considerada errónea, ello limita a esta instancia, en tanto aquí se introduzca una cuestión no sometida a la decisión del anterior tribunal, pues ello implica que éste no pudo analizarla. La parte que intente soslayar este confín debe realizar un esfuerzo de

argumentación adicional que muestre la existencia de un error u omisión tal que permita eventualmente superar aquella frontera.

Por último, cuando se habla de la *gravedad institucional* que implica la declaración de inconstitucionalidad, esa expresión debe interpretarse como un esfuerzo a realizar para no invadir las esferas propias del legislador y no extralimitar el poder de los jueces. Ésta fue una de las luchas de la Ilustración: limitar la arbitrariedad de éstos y que no impongan sus preferencias o gustos personales sobre las leyes, expresión de la voluntad general. Esta concepción, a su vez, se encuentra en la génesis histórica del predominio de la interpretación literal, el papel de los jueces y el nacimiento del recurso de casación, tal como se lo conoció en nuestro ordenamiento jurídico hasta hace poco tiempo.⁵ En este aspecto, la discusión sobre el alcance de los principios constitucionales abre paso a un amplio margen de discrecionalidad: la única forma de limitarla es mediante la argumentación, esto es, la explicación de las razones por las cuales los jueces deciden como deciden, lo que permite a su vez, controlarlos. En definitiva, se trata de que todo el enorme poder que implica la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes sea acompañado por una gran responsabilidad y medida en su ejercicio.

Por lo demás, tampoco se ha puesto de resalto en ninguna porción del escrito de la defensa que la infracción constitucional denunciada pueda ser calificada de palmaria u ostensible en su afectación, de un modo tal que justifique su tratamiento oficioso.

Las deficiencias expuestas precedentemente eximen de mayores consideraciones sobre el cuestionamiento constitucional del tipo penal aplicado y sellan así definitivamente el asunto.

Lo dicho, conduce a declarar inadmisibles este agravio de la defensa.

⁵ Sobre la evolución del recurso de casación, véase por todos, Daniel PASTOR, *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2001, en particular ps. 15 – 35; en la jurisprudencia, el *leading case*, “Casal” (Fallos: 328: 3329).

5. Resta entonces, analizar la correcta adecuación típica del hecho calificado como abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo, CP).

Tanto el fiscal general como el tribunal *a quo* se refirieron a este suceso al describir los abusos reprochados al imputado: “...*W*...*tras retirarla de la escuela...le tocaba las partes íntimas, con la mano en la cola y la vagina, que quería meterle el pene en la vagina, pero no podía porque no entraba y le hacía doler...*” (fs. 620 vta. de la sentencia); luego, en el voto del colega Yacobucci se lee: “...*V. abusaba sexualmente de la menor sometiéndola a toqueteos en la vagina y la cola, la desnudaba y le aproximaba el pene en la vagina y en la cola con el objetivo de penetrarla y le exhibía películas pornográficas. Por otra parte, amenazaba a la menor para que no contara lo padecido y le decía que la iba a doler más, con lo que la coaccionaba...*”. Luego, al circunscribir los hechos a dos, el último lo relacionó “...*con la ya mencionada aproximación del pene sobre la anatomía desnuda de la nena...*” (ver fs. 623 vta.). Más adelante, se dice: “...*A. describió la existencia de comportamientos exteriorizados por el imputado en el departamento que ocupaba. Indicó en esa línea tocamientos en su ‘cola de adelante’, en la ‘vagina’, en la ‘cola’, la aproximación del pene de V. cuando la había desnudado en la cama con pretensiones de penetrarla –no lo hizo, dijo ella, porque no podía- y la exhibición de películas de contenido sexual...*” (fs. 626, cuarto párrafo). Luego, se agrega: “...*el hecho de que pretendiera avanzar en la penetración y desistiera de esta por razones anatómicas supone, en relación con las características de la víctima en relación con al sujeto agente, un grave ultraje...*” (fs. 626, último párrafo). Con posterioridad, el voto que lideró el acuerdo precisó: “...*V. además de aprovechar la edad de la niña, la intimidó y violentó para obligarla a realizar actos sexuales que conmovieron el libre desenvolvimiento de la víctima. Esto se apreció en el relato de M. A. cuando describió los tocamientos en la vagina y la cola, las situaciones estando W. en calzoncillo tirado en la cama y ella sentada a los pies viendo televisión, el acusado la tiraba hacia atrás y la dejaba sin ropas, moviéndose sobre la vagina con el pene. En ese marco, en que V. también la amenaza si decía algo – le iba a doler más – y le impedía dirigirse al baño, como pretendía la menor...*”. (cfr. fs. 629).

Finalmente, la sentencia reafirma los hechos que consideró probados: “...Esto es, los manoseos de V. con sus manos debajo de las ropas de la niña en las zona de la vagina y la cola, situación vivida al menos en dos ocasiones y la aproximación una vez desnudada y puesta bajo el cuerpo del acusado, de su pene orientado a la penetración. Esto, además, en el contexto de observación de una película con escenas sexuales. En este último caso, como se dijo, el modo de sometimiento resulta gravemente ultrajante, en virtud de la edad de la menor y las características del agente. V. la tomó a A., la desnudó, aprovechó que él ya estaba en ropa interior, la sometió bajo su cuerpo, le aproximó el pene, con afirmaciones amenazantes y de posible dolor, que le hicieron pensar a la niña que la iba a acceder carnalmente. Extremo descartado por la diferencia anatómica –no ‘podía’ dijo la nena-. Hay, en este suceso, un plus de sujeción, un modo de afectación de la integridad sexual y un contexto que intensamente afectan el bien jurídico de la menor. Así, el ultraje, la ruptura de la indemnidad, es grave...” (cfr. fs. 628).

6. Sin perjuicio de que la forma en que la sentencia consideró probado este hecho parece indicar más bien la existencia de una *tentativa de acceso carnal*, (pues de otro modo, no se explica la amenaza de que a la menor le iba a doler más, porque implica *ya* un dolor *presente* a lo que se suma, el “desistimiento” *por razones anatómicas*), cuestión que no puede ser analizada en virtud de la prohibición de la *reformatio in pejus*, lo cierto es que las críticas desarrolladas por la defensa en el punto son escuetas y remiten a meras generalidades (cfr. el punto 5.2 del recurso). En este aspecto, el recurrente no se ha encargado ni de analizar ni de rebatir adecuadamente los distintos elementos ponderados por el tribunal *a quo* para tipificar la conducta en el art. 119, segundo párrafo, CP. Así, nada dijo sobre que el imputado desnudó a la menor, la puso bajo su cuerpo, le aproximó el pene, la amenazó y le impidió ir al baño. La defensa debió analizar cada uno de esos elementos y demostrar porqué resultaban insuficientes o impertinentes para adecuar la conducta probada en el art. 119, segundo párrafo, CP. Por el contrario, el camino elegido fue el de la crítica genérica sin ninguna referencia concreta al caso particular.

7. Por todo lo expuesto, corresponde: a) rechazar el recurso de casación en lo relacionado con los agravios vinculados a la valoración de la prueba y a la aplicación del art. 119, segundo párrafo, CP y b) declarar inadmisibile el recurso en lo relativo al planteo de inconstitucionalidad de la mencionada agravante, sin costas (arts. 456, 469, 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPP).

El juez Daniel Morin dijo:

1.- Adhiero, en lo sustancial, a lo considerado por el colega Niño en lo relativo a la valoración de la prueba realizada en la sentencia.

2.- Sobre la errónea aplicación de la ley sustantiva alegada por la defensa, fundada en que el *a quo* encuadró uno de los hechos que tuvo por probados en el art. 119, segundo párrafo, CP, cabe tener presente que en el precedente “D.”⁶ expuse los parámetros que deben ser valorados al aplicar dicho tipo penal.

En tal oportunidad, sostuve que la vaguedad acerca de qué es lo que constituye la materia de la prohibición de esa figura –que alude a los casos en los que el abuso sexual provoca un *sometimiento gravemente ultrajante* para la víctima– coloca a este tipo en un ámbito en el que podría ser cuestionada su constitucionalidad; y que ello determina que el intérprete apele a los mecanismos hermenéuticos a su disposición a fin de intentar una delimitación acorde con el principio de legalidad.

Afirmé, asimismo, que la discusión parlamentaria, aunque otorga algunas pautas de interpretación, no resulta suficiente a los efectos de lograr ese cometido, por lo que debe acudir al análisis semántico de los términos incluidos en el tipo, para establecer las conductas que aquél abarca.

Y destacué que, según la primera acepción que brinda el Diccionario de la Real Academia Española, someter significa sujetar, humillar a una persona; concluyendo, entonces, que el legislador al introducir este término quiso remarcar la idea de humillación o degradación de la víctima y, en consecuencia, descartar actos fugaces o

⁶ Causa n° 20859/2014, rta. el 11/7/16, reg. n° 512/16.

discontinuos que, desde una visión objetiva, no son generadores de este estado.

Señalé que en este tipo de casos se debe verificar un plus de antijuridicidad motivado en un atentado adicional a los valores más íntimos y sensibles de la persona.

Relevé que, en cuanto a las consecuencias que debe provocar ese sometimiento, es decir un ultraje grave, la doctrina ha establecido que este supuesto concurre cuando se reduce al sujeto pasivo al estado de cosa, de modo que se ejerce sobre éste un dominio o disponibilidad tal que anula su libertad o autodeterminación⁷.

Agregué que el tipo penal se completa brindando dos pautas de orientación para poder determinar cuándo se va a dar el sometimiento gravemente ultrajante. El primero de ellos va a estar dado por la duración del abuso; en tanto que el segundo por las circunstancias de su realización.

Y expliqué que, en lo que respecta a la duración, debemos encontrarnos frente a una conducta cuya prolongación en el tiempo sea excesiva o inusual en relación a aquél que habitualmente se requiere para consumir el hecho. Precisamente este plus en el tiempo, necesariamente implicará un mayor vejamen y degradación para la víctima y allí es donde radica el motivo de la agravante.

En el supuesto aquí analizado debe descartarse esta circunstancia, ya que de las constancias de la causa no surge que el abuso llevado a cabo por V. reúna las características que exige la modalidad bajo análisis.

Por otra parte, en lo que respecta a las circunstancias de su realización, mencioné que pueden incluirse aquellos casos donde se hayan llevado a cabo actos escandalosos y particularmente humillantes, de contenido degradante para la víctima, ya sea por la naturaleza del acto mismo o por los medios y la oportunidad en que fueron llevados a cabo.

⁷ Cfr. DONNA, EDGARDO A.; *Delitos Contra la Integridad Sexual*; Rubinzal Culzoni, pág. 44, con cit. de De Gavier.

En este punto, a diferencia de lo sostenido por el juez Niño, entiendo que de la descripción de los sucesos que se tuvieron por probados en estas actuaciones, los actos realizados por V. –tocamientos de las partes íntimas (cola y vagina) de la víctima, la aproximación del órgano genital sobre el cuerpo desnudo de la niña, las amenazas vertidas para que no contara lo padecido, la exhibición de películas de contenido sexual y la prohibición de ir al baño– constituyeron un verdadero sometimiento humillante de M. A. B. R. en el sentido que requiere el tipo penal aplicado, tanto por su naturaleza como por la oportunidad en que tuvieron lugar, pues el nombrado se aprovechó de la menor cuando se encontraba a solas con ella, realizó las conductas descriptas y la amenazó con causarle mayor dolor si contaba lo vivido a terceros.

Dichos actos colocaron a la niña bajo su autoridad, ejerciendo V. un dominio psíquico sobre ella, reduciéndola al estado de cosa.

De esta manera, considero que la calificación legal adoptada por el tribunal de juicio es correcta, en tanto se adecua al estándar fijado en el precedente citado, teniendo en cuenta fundamentalmente las particulares circunstancias de realización del hecho.

Por tal razón, corresponde descartar el agravio introducido por la defensa en este punto.

4.- Por último, en lo relacionado con el planteo de inconstitucionalidad del art. 119, segundo párrafo, CP realizado por el recurrente, comparto la solución propuesta por el juez Sarrabayrouse, pues considero que la parte no ha realizado un planteo oportuno de la cuestión, lo que conduce a su inadmisibilidad.

5.- Sobre esta base, voto por rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de W. J. V., sin costas (arts. 456, 469, 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal,**

RESUELVE:

I. Por mayoría, **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial a fs. 633/642, con relación a los agravios dirigidos a cuestionar la valoración de la prueba y la aplicación del art. 119, segundo párrafo, CP. Sin costas (arts. 456, 468, 469, 530 y 531, CPPN).

II. Por mayoría, **DECLARAR INADMISIBLE** el aludido recurso de casación, en cuanto al pedido de inconstitucionalidad del art. 119, segundo párrafo, CP. Sin costas (arts. 456, 468, 469, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Luis Fernando Niño

Eugenio Sarrabayrouse

Daniel Morin

Ante mí:

Paula Gorsd

-Secretaria de Cámara-