



MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA

REGISTRO N° 826/14

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los **20** días del mes de mayo de dos mil catorce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por la juez Angela Ester Ledesma como Presidente y los jueces doctores Pedro R. David y Alejandro W. Slokar como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la decisión obrante a fs. 1003/vta. de la presente causa n° 15.908 del registro de esta Sala, caratulada: "RUIZ, Juan Carlos s/recurso de casación"; representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé y por la defensa la señora Defensora Pública Oficial, doctora Mariana Grasso.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar el juez doctor Pedro R. David y la juez Angela Ester Ledesma, respectivamente.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1º) Que por sentencia de fecha 15 de mayo de 2012, cuyos fundamentos fueron leídos el día 22 de mayo de 2012 (fs. 1003/vta. y 1007/1045vta.), el Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 de la Capital Federal, en la causa N° 3524 de su registro, resolvió: **I)- CONDENAR a JUAN CARLOS RUIZ [...]** por ser autor material y penalmente responsable del delito de **ABUSO SEXUAL DOBLEMENTE AGRAVADO POR HABER MEDIADO ACCESO CARNAL Y EL USO DE ARMAS DE FUEGO, REITERADO EN DOS OPORTUNIDADES** a la pena de **QUINCE AÑOS de PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO, ACCESORIAS LEGALES** y al pago de las **COSTAS DEL PROCESO** (arts. 5, 12, 19, 29 inc. 3º, 45, 55 y 119 tercer párrafo inciso "d" del Código Penal); **II)- CONDENAR a JUAN CARLOS RUIZ, a la PENA ÚNICA de TREINTA Y DOS AÑOS de PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO, ACCESORIAS LEGALES** y al pago de las **COSTAS DEL PROCESO,**

comprensiva de la mencionada en el punto primero y de la de dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas, que por sentencia firme de fecha 26 de octubre de 2009, le impusiera el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 26, en la causa Nº 2915, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual doblemente agravado por haber sido cometido con acceso carnal y con armas de forma reiterada -3 hechos- en concurso ideal con robo con armas -hecho 2- (art. 58 del Código Penal)" (fs. 1003/vta.).

Contra esa decisión la defensa interpuso recurso de casación (fs. 1049/1061vta.), que fue concedido (fs. 1062/1063) y mantenido (fs. 1075).

2º) Que con invocación de sendos motivos previstos en el art. 456 del rito, el recurrente planteó que la sentencia es arbitraria por carecer de fundamentación suficiente y que además se impusieron agravantes merced a una errónea interpretación del derecho.

En primer término, se agravió por la valoración de los dichos de las damnificadas, pues consideró que había razones para descreer de aquellos testimonios. Memoró que previo a la detención de su pupilo, las víctimas habían señalado a otro hombre como quien las atacó sexualmente, lo que resultó en el encarcelamiento preventivo de un inocente durante dos meses. Señaló que el tribunal omitió considerar la pericia de la Lic. María Amalia Cejas, perito propuesta por la defensa del hombre injustamente acusado, quien sostuvo que una de las adolescentes tenía "tendencia a la mendacidad y el ocultamiento" (fs. 1053) y que la restante "presentaba un pensamiento con tendencia a las confabulaciones".

Asimismo, sindicó que las jóvenes no solamente mintieron respecto de la primigenia acusación a Christian Domizi, sino que también lo hicieron respecto del horario y las circunstancias en que ocurrió el hecho.

También planteó que aún si no se considerara mendaces a las damnificadas, debería atenderse a que pueden haberse equivocado en punto al reconocimiento de Juan Carlos Ruiz como


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARÍA DE CÁMARA

el autor del hecho, de la misma manera que lo hicieron al sindicarlo a Christian Domizi. Destacó que el reconocimiento no puede ser certero pues el encartado fue arrestado más de siete meses después del hecho, lo que puede haber afectado el recuerdo de las mujeres.

Agregó que existen inconsistencias entre el testimonio de las víctimas sobre la apariencia física del agresor y las características fisionómicas de Ruiz, ya que una de las declarantes refirió que el autor le llevaba una cabeza, siendo que ella medía 1,60 m y su pupilo alcanza apenas 1,64 m de altura.

De otra banda, sostuvo que los elementos invocados como indicios cargos no conducen inequívocamente a la condena, pues el hallazgo de armas en poder de Juan Carlos Ruiz es explicable por su calidad de agente policial, la presencia de servilletas en el automóvil es algo común que no puede fundar sospechas sobre la comisión de delito alguno y la constatación de que el automóvil de su novia pasó por un peaje en el horario del hecho no permite colegir que se encontraba conduciendo aquel rodado. Memoró que el vehículo lleva un dispositivo de telepeaje y que, según se constató, se registra el paso diario de aquel automotor por aquel lugar en diversos horarios, ya que es un sitio de paso necesario entre el domicilio del inculcado y el de su novia.

Concluyó que: "...puede advertirse claramente que los sentenciantes no efectuaron un análisis objetivo de todos los elementos de prueba incorporados al debate, sino que en virtud de la similitud entre el *modus operandi* del hecho que Ruiz reconoció haber cometido y, por el que fue finalmente condenado en la causa nro. 2915 del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 26, fue condenado nuevamente en esta instancia" (fs. 1055).

De otro lado, consideró errónea la calificación del hecho como agravado por su comisión con acceso carnal y postuló que la *fellatio in ore* no puede ser entendida como "acceso carnal". Refirió que el principio de máxima taxatividad impone la interpretación restrictiva y consecuentemente la exclusión

de aquella modalidad comisiva.

Asimismo, impugnó la calificación del hecho como agravado por su comisión con armas, ya que no se secuestró el objeto utilizado y, por tanto, no pudo constatarse su aptitud para el disparo por lo que, consecuentemente, fue imposible determinar si se trataba efectivamente de un arma.

En punto a la pena impuesta, señaló que debieron unificarse las condenas, ya que la condena firme dictada con anterioridad se dictó en infracción a las reglas del concurso, por existir concurrencia material entre los hechos juzgados por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 26 y los de la presente. En ese orden, planteó que la pena no podía superar los 25 años de prisión: "Dado el carácter estructural de la ley nº 26.200 el mandato constitucional de certeza jurídica general (y en especial para la ley penal) y el orden de valores y consiguientes reproches por su lesión que emanan de la Constitución Nacional y ésta, se impone considerar que la ley 26.200 opera como derogación de las disposiciones de las leyes anteriores que resulten incompatibles con ella" (fs. 1060), fijándose así el máximo de la pena de prisión en 25 años.

Finalmente, planteó la inconstitucionalidad de los arts. 12 y 19 CP, ya que afectan el principio de proporcionalidad mínima de la pena, dado que el encierro no impide el ejercicio de la patria potestad y la administración de los bienes.

3º) Que durante el plazo del art. 465 del CPPN y en la oportunidad del art. 466 del mismo cuerpo legal, se presentó el Fiscal General (fs. 1077/1080vta.) y solicitó el rechazo del recurso de casación. Sostuvo que el tribunal contó con prueba suficiente para pronunciar la condena, ya que su convicción se fundó en múltiples testimonios concordantes, prueba indiciaria, versiones de profesionales que entrevistaron a las damnificadas y, especialmente, en el relato de las víctimas. Asimismo, consideró acertada la calificación jurídica de los hechos.

A su turno, se presentó la defensa (fs. 1082/1089) y solicitó que se haga lugar al recurso.

4°) Que a fs. 1094 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del CPPN. En tales condiciones, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

-II-

Que el recurso de casación es admisible, toda vez que se trata de una impugnación dirigida contra la sentencia de condena que resulta recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 459 del rito, y en el escrito de interposición se han invocado agravios que podrían caer bajo el art. 456, inc. 2 según los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (Cfr. considerando 5° del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11° del voto del juez Fayt, y considerando 12° del voto de la jueza Argibay) y de conformidad con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Mohamed vs. República Argentina" (sentencia del 23 de noviembre de 2012 sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 162).

-III-

Que los agravios de la defensa se dirigen a impugnar la valoración de la prueba que efectuara el *a quo* y, concretamente, postulan la ausencia de elementos que avalen la hipótesis acusatoria.

Sin embargo, se advierte del fallo que el tribunal de juicio contó con elementos bastantes para arribar a la convicción necesaria respecto de la autoría responsable en los hechos denunciados por parte del imputado, por lo que -en suma- la crítica de la defensa no revela más que su disconformidad respecto de la valoración de la prueba que realizaron los jueces.

El tribunal estableció que: "...el día 06 de noviembre de 2007, entre las 04:30 y las 05:30 horas, Juan Carlos Ruiz,

abusó sexualmente de F[...]G[...]O[...] y V[...]A[...]O[...], quienes en ese tiempo contaban con 16 años de edad, lo que implicó un sometimiento gravemente ultrajante para las damnificadas. Para lograr su cometido, el agresor interceptó a las víctimas mientras éstas caminaban por la calle Varela, casi en su intersección con Gregorio de Laferrere, de esta ciudad, y exhibiéndoles previamente un arma de fuego, las obligó a subir al asiento trasero de un vehículo tipo cupe, con vidrios polarizados, de color verde o gris oscuro, exigiéndoles además que se colocaran boca abajo"; "Luego, el imputado manejó hasta detenerse en un descampado cerca de una autopista donde, tras hacer pasar a G[...]O[...] al asiento delantero del acompañante, tocó sus partes íntimas y la obligó a que le practicara sexo oral, eyaculándole en la boca. Seguidamente le indicó a la menor que fuera nuevamente al asiento trasero junto a su amiga, retomando la marcha del vehículo, deteniéndose momentos después y obligando a O[...] a que se pasara al asiento delantero derecho donde le refirió que se bajara los pantalones, y tocándole por debajo de su bombacha la vagina y el ano y, tomándola por la cabeza desde la nuca, la condujo hasta su miembro obligándola a realizarle sexo oral, eyaculando también dentro de su boca. Posteriormente, les exigió que se colocaran en el asiento trasero de la unidad y las condujo hasta las proximidades del domicilio de O[...] donde las liberó" (fs. 1024/vta.).

Ahora bien; teniendo presente que a falta de inmediación respecto de la prueba válidamente introducida al debate no puede examinarse más de cuanto surge al respecto en la sentencia y en el acta del juicio, del cotejo de dichos componentes no resultan circunstancias que riñan, según se demanda, con los extremos que se tuvieron por acaecidos en el decisorio en crisis.

En efecto, sobre el planteo de la defensa, se advierte que el tribunal asignó credibilidad al testimonio de las damnificadas, habida cuenta que consideró que aquellos fueron corroborados por abundante prueba indiciaria.

Al respecto, el tribunal sostuvo que no existen

razones para dudar de la veracidad de los testimonios de las damnificadas, pues ellas evidenciaron profundas secuelas derivadas del suceso sufrido, a punto tal que ambas rompieron en llanto durante la audiencia. Asimismo, consideraron que: "...la circunstancia de que *ab initio* se diera un dato falso acerca del horario en el que el sometimiento sexual tuviera efectiva ocurrencia, a efectos de evitar una eventual reprimenda de M[...V[...S[...], madre de la víctima G[...O[...], en nada afecta la verosimilitud del relato de las víctimas". De la lectura de la sentencia surge que las jóvenes explicaron que ambas habían ido a bailar con autorización de los padres de V.A.O., pero sin conocimiento de los progenitores de F.G.O.. En este sentido, según lo relatan los padres de V.A.O., las adolescentes relataron los hechos tal como fueron probados durante el juicio, inmediatamente después de llegar a la casa de V.A.O., sin ocultar ningún tipo de información. No obstante, luego modificaron el relato, con el fin de que la madre de F.G.O. no supiera que su hija había salido por la noche sin su autorización. Aquella circunstancia fue aclarada poco después y explicada por las damnificadas.

De otro lado, se sustentó la credibilidad de sendos relatos ya que fueron avalados por los peritos oficiales, quienes sostuvieron que las jóvenes "no fabulan y que fueron objeto de una experiencia traumática de índole sexual" (fs. 1025), dando preeminencia a las experticias del Cuerpo Médico Forense por sobre una peritación de parte aportada por quien fuera erróneamente acusado en la presente causa. Este criterio resulta a todas luces razonable "pues sobre ellos no resulta posible presumir parcialidad" (Causa N° 15.294, Sala II CFCP, "Castro, Sergio Mario s/recurso de casación", reg. n° 650/14, rta. 25/4/2014; como también Fallos: 295:265 y 331:636, voto de los doctores Zaffaroni y Fayt).

También se destacó la concordancia entre los testimonios de las damnificadas y las de sus progenitores y se sindicó que no existen razones para creer que todos ellos hubieran urdido una "sórdida conspiración" en contra del

encartado, toda vez que no se vislumbra razón alguna que hubiera motivado la primigenia acusación a Domizi y el posterior reconocimiento de Ruiz como el verdadero agresor.

Sobre aquella confusión, se sindicó que el cotejo de las fotografías de Domizi revela un sorprendente parecido físico con la apariencia del encartado, lo que permite descartar toda mala intención en el equívoco que derivó en el lamentable encarcelamiento preventivo de un inocente.

De otra banda, se relevaron cuantiosos elementos que indican indudablemente la autoría de Juan Carlos Ruiz. Se comprobó que el día del hecho el incuso se encontraba de franco en su trabajo en la Comisaría de la Mujer y la Familia de San Isidro. También se comprobó que el automóvil que conducía habitualmente pasó por el telepeaje en el horario referido por las víctimas y ello coincidió con lo declarado durante el juicio por una de las jóvenes, quien sostuvo que el agresor conducía por la autopista y que notó que pasaron sin detenerse por un peaje, pues sintió que el vehículo pasaba por los reductores de velocidad que se encuentran antes de arribar a los puestos.

Otro elemento aportado fue que por su condición de policía, Juan Carlos Ruiz llevaba siempre armas y que, al momento de su aprehensión, se encontraba armado, lo que coincide con la circunstancia señalada por sendas damnificadas en punto a que el agresor les exhibió en todo momento un arma de fuego y que incluso pudieron ver las balas que llevaba en la guantera.

Asimismo, dentro del rodado se hallaron servilletas de las características descritas por las víctimas, las que se encontraban en el mismo lugar que ellas refirieron.

De tal suerte, cabe concluir que el tribunal contó con pruebas suficientes para arribar al pronunciamiento condenatorio. En efecto, como es conocido, no puede soslayarse que el art. 398 del ritual establece que los jueces tienen el deber de valorar las pruebas recibidas y los actos del debate conforme las reglas de la sana crítica y, asimismo, cuentan con

la obligación de reflejar esa valoración en la sentencia conforme los arts. 123 y 404 inc. 2 del mismo cuerpo legal, que constituyen una derivación de la garantía de defensa en juicio y del principio republicano (arts. 1°, 18 y 28 CN).

Es este método el que demanda que la valoración crítica de los elementos de prueba sea racional, lo que implica exigir que respete las leyes del pensamiento (lógicas) y - además- que sea completa, en la doble valencia de fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas y de no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados, exigencias con las cuales se procura lograr que la decisión se baste a si misma como explicación de las conclusiones (cfr. mi voto en la causa N° 12.135 de esta sala, caratulada: "Bravo Mamani, Richard Wilfredo s/recurso de casación, reg. n° 20.978, rta. 13/12/2012).

Desde esta perspectiva, los elementos probatorios no fueron considerados en la sentencia en forma aislada, sino que forman parte de un complejo entramado, donde el resultado final se construye a partir de una visión de conjunto con una adecuada correlación de los testimonios oídos en juicio, datos periciales y elementos hallados en poder del encartado.

En definitiva, y por tales razones, propongo al acuerdo rechazar el recurso en orden a los motivos de agravio referidos a la arbitrariedad de la sentencia.

-IV-

Que asimismo la defensa se agravió respecto de la calificación jurídica del hecho como agravado por haber sido cometido con acceso carnal. Sostuvo que la *fellatio in ore* no puede ser considerada como tal, por aplicación del principio que impone la interpretación restrictiva de las normas que habilitan o intensifican el poder punitivo.

Al respecto llevo dicho que: "Bien es sabido que la ley se expresa en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, aunque es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos y realice el máximo esfuerzo para otorgar la mayor precisión posible a su obra (cfr. Jescheck, Hans

Heinrich; Weigend, Thomas, 'Tratado de Derecho Penal. Parte General', 5ta. edic. corregida y ampliada (trad. de Miguel Olmedo Cardenete), Granada, 2002, p. 136; Jakobs, Günther, 'Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación' (trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 95 y ss.); Roxin, Claus, 'Derecho Penal. Parte general I', (trad. de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 137 y ss.). De allí que no baste que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma estricta y con la mayor precisión técnica posible conforme al principio de máxima taxatividad legal, que se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*, que se consagra en el texto constitucional (arts. 18 y 19 y, mediante el inc. 22 del art. 75, en los arts. 9 de la CADH y 9 del PIDCP)"(causa n° 8568, Sala II, caratulada: "Sibilla, Alberto J. s/recurso de casación", reg. n° 19.554, rta. 13/12/2011).

Asimismo, he considerado que: "...si por analogía se entiende completar el texto legal en forma que considere prohibido lo que no prohíbe, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración jurídico-penal, porque la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable, que es la máxima capacidad de la palabra. Ello obedece a que es necesario extremar los recursos para que sólo la ley formal sea fuente de criminalización primaria, no pudiendo el juez completar los supuestos (Zaffaroni, Eugenio Raúl, et al., "Derecho Penal. Parte General", Bs. As., 2002, p.118)" (*Ibidem*).

Y he agregado: "el principio de interpretación restrictiva también se expresa en un segundo momento que, sin duda, es puramente interpretativo: dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restrictivo. Y las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización. Sólo en casos

excepcionales la regla general de la interpretación semánticamente más restrictiva de criminalización cede ante otra más amplia, y esto es cuando el sentido restrictivo provoca una consecuencia ridícula o absurda, que la literal más amplia evita" (*Ibidem*).

En ese orden, los antecedentes de la especie deben remontarse a la voluntad legisferante y las razones que inspiraron la reforma, que aparece expresada no sólo en la pretensión del legislador sino también en la letra expresa de la ley.

Así es: nadie abriga dudas de que el legislador al momento de reformar el capítulo del Código Penal que hoy se denomina "Delitos contra la integridad sexual" ha tenido el claro propósito de incluir la *fellatio in ore* como una de las modalidades de acceso carnal. Tal finalidad se plasmó efectivamente en el texto de la ley, con el agregado "por cualquier vía" referido al acceso carnal (*vid.* sobre ello la alocución de los Senadores Yoma y Genoud, entre otros, y desde la doctrina así también Bovino, Alberto, *Delitos sexuales y justicia penal*, p.196 y Rodríguez, Marcela, *Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas*, p. 156, ambos en Birgin, Haydeé, comp., "Las trampas del poder punitivo", Biblos, Buenos Aires, 2000).

Sobre ello resulta especialmente elocuente el informe de comisión sobre las modificaciones al digesto sustantivo que fueron sancionadas en la ley n° 25.087 (conformado por los Diputados Carrió, Carca, Bravo y Fayad), donde se puntualizaba que: "...la concepción de la acción es más amplia que en el código actual, ya que permite incriminar como violación a todo tipo de penetración, incluyendo los casos de *fellatio in ore* [...] los ataques sexuales no se limitan a la cópula genital forzada [...] la tradición y la oportunidad biológica han otorgado a la violación vaginal un lugar principal [...], pero la invasión puede ocurrir a través de la boca o el ano o por otros actos igualmente gravosos para la integridad de la víctima [...] quien puede decir que la humillación sufrida por la penetración

anal u oral forzada es una violación menor de los espacios íntimos, privados una menor injuria a la mente, al espíritu, al sentido de sí misma de la víctima. Todos esto 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...".

A la luz de todo ello, si bien es cierto que el texto efectivamente sancionado permite interpretaciones que pueden ser consideradas como extremadamente ampliatorias del alcance de la circunstancia calificante -tal como acertadamente lo señala buena parte de la doctrina-, en orden a que una inteligencia amplia de "acceso carnal por cualquier vía" podría dar lugar a conclusiones irracionales y extravagantes (tales como sostener que introducir la lengua en el orificio de la oreja pueda ser considerado como abuso sexual agravado en los términos de la ley), lo cierto es que a la luz del debate legislativo ésa y otras hipótesis absurdas no resultan equiparables a la discutida en autos. De tal suerte que la interpretación según la cual la *fellatio in ore* se encuentra contemplada dentro de los casos que la ley considera como agravados en nada compromete al intérprete a arribar a soluciones ampliatorias y ridículas del tipo (cfr. mi voto en causa n° 15.744, caratulada: "Cruz Cordero, Cristian Andrés s/recurso de casación", reg. n° 21.064, rta. 20/12/2012).

En efecto, en las particulares circunstancias de la hipótesis en análisis, los ataques de índole sexual se produjeron bajo la modalidad de la *fellatio in ore* y ese supuesto fáctico se encontró claramente contemplado en el debate legislativo como forma agravada, por lo que aún admitiéndose la pobre factura técnica del texto, cuanto menos para la hipótesis en trato debe asignársele preeminencia a la clara voluntad del legislador democrático por sobre la persistencia de aquella antigua disputa doctrinal entre Núñez y Fontán Balestra que no se condice con la valoración actual que


MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA

expresa la labor legisferante, que por lo demás, no se evidencia inconstitucional.

Sobre ello, no puede escaparse que para la correcta interpretación de la ley la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha relevado que: "para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484)".

Cierto es que la expresión "acceso carnal" es anfibológica y no se revela apta para denotar de modo automático una específica conducta. Esta relativa indeterminación de los conceptos utilizados por las leyes desde siempre ha sido abordada doctrinariamente. Al respecto, supo reflexionar Hart que: "...Aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya 'separadas' las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables" (Hart, Herbert L.A., "El concepto de derecho", trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 157-158, cit. mi voto

en causa N° 15.268, caratulada: "Benítez Alvarez, Carlos Esteban s/recurso de casación", reg. nº 20.832, rta. 20/11/2012).

Pues bien; a la luz del citado debate parlamentario deviene menester concluir que el caso de la *fellatio in ore* resulta expresamente abarcado por el tipo y se lo equipara con la penetración vaginal o anal a partir del propósito legislativo, lo que excluye aquellos supuestos de penumbra. En tales condiciones cabe evocar cuanto se lleva dicho respecto de la presente discusión: "Esa voluntad del legislador, que algunos se resisten tanto a considerar, aparece claramente expresada en la ley sin necesidad de mayores esfuerzos. Más bien, consideramos forzada la interpretación contraria a la que aquí se propicia, que parece no sólo ir en contra de la voluntad del legislador, sino, como ha quedado demostrado, de la propia letra de la ley" (D'Alessio, Andrés J. y Divito, Mauro A. "Código Penal de la Nación, comentado y anotado", edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2010, tomo II, p. 251; Arocena, Gustavo, en "Derecho penal. Parte Especial, 1, Dogmática (Interpretación)", Fabian I. Balcarce, Dir., Lerner, Córdoba, 2007, p. 264).

Asimismo, corresponde relevar que la decisión legislativa se ajusta al criterio expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del "Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú" (rta. 25/11/2006) en orden a que: "Siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril" (párrafo 310, el resaltado me pertenece).

Ad abundantia, corresponde syndicar que resulta tan



MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA

inapropiada la equiparación –por vía de ridiculización– de la *fellatio in ore* con la introducción de la lengua en la oreja, como la consideración igual de situaciones tan disímiles desde la perspectiva de la víctima, como el sometimiento a la práctica de sexo oral con una caricia sexualizada no consentida. El presente caso revela palmariamente el grado de afectación del bien jurídico, que excede sustancialmente la del abuso sexual simple, cual es la calificación propuesta por la defensa.

Repárese que el espíritu de la reforma estuvo regido por la modificación radical del bien jurídico afectado y, por tanto, del entendimiento que debe darse a la finalidad de la ley. Con anterioridad al texto de la ley n° 25.087 se atendía la "honestidad", entendida como un valor social vinculado con concepciones religiosas sobre la ilegitimidad de toda relación sexual fuera del matrimonio, de moralidad o recato (Cfr. De Luca, Javier A. y López Casariego, Julio E., Delitos contra la integridad sexual, en Zaffaroni, E.R. y Baigún, D. (dir), "Código Penal y normas complementarias. Análisis jurisprudencial y doctrinal", T. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 486-487 y Di Corleto, Julieta B., "Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación", en NDP 2006/B, Editores del Puerto).

En ese orden, la reforma legal se enfocó en la "integridad sexual", que se vincula con los derechos individuales de las víctimas, referidos a la libertad de elección que tiene cada persona sobre su propia sexualidad (Cfr. Rodríguez, Marcela, Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas, en Birgin, Haydeé (comp.), "Las trampas del poder punitivo", ya citado), esto es, la "libertad, reserva o autodeterminación sexual, o autonomía para la elaboración del propio plan de vida sexual" (Arocena, Gustavo, "Derecho penal. Parte Especial", cit., p. 253).

De tal suerte, si se tiene en cuenta la intención general que se tuvo al momento de introducir las mentadas

reformas en la regulación legal de los abusos sexuales, es necesario atender especialmente la gravedad que tiene el hecho desde la perspectiva de la víctima. En tal sentido, se debe concluir que no parece desacertada ni desproporcionada la inclusión de la *fellatio in ore* como abuso sexual agravado por acceso carnal, debido a que ese tipo de sometimiento puede ser tanto o más intrusivo y traumático para quien lo sufre, toda vez que la felación coactiva involucra una conducta activa de la víctima en el hecho, mientras que la penetración por las vías tradicionalmente entendidas como susceptibles de ser accedidas "carnalmente", "por vía normal o anormal" supone un gravísimo sometimiento pasivo. Por ello, más allá de la defectuosa tipificación, resulta razonable el criterio legislativo que equipara punitivamente todas estas situaciones, puesto que desde la perspectiva de la persona ofendida se traduce en una afectación equivalente en su intensidad.

No puede obviarse que sobre ello se ha dicho que: "El requisito de coito tradicional en la violación ha sido criticado como una comprensión masculina de lo que constituye sexo y violación sexual" y se concluyó que la redefinición de los tipos penales según la perspectiva de la víctima debe modificar tales concepciones tradicionales (cfr. Estrich, Susan, "Real Rape", Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 83.).

Por fin, nunca es ocioso memorar que el estado argentino se ha comprometido internacionalmente a "Prevenir, sancionar y erradicar" la violencia contra las mujeres y que la minimización de tales agresiones supondría el incumplimiento de tales compromisos en virtud de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (ratificada por ley 24.632 B.O. del 9/4/1996) que define, en su art. 2.b la violencia contra la mujer, cuando reza: "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: [...] que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual [...]". Asimismo,

el art. 7. impone las obligaciones de "b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer", [...] " e. tomar todas las medidas apropiadas [...] para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer" y "f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos".

Al respecto, corresponde evocar cuanto llevo dicho en la causa n° 11.141, caratulada: "Gómez, Gustavo Adrián s/recurso de casación" (reg. n° 19.885, rta. 26/4/2012) "La ratificación de esta convención por parte del estado argentino evidencia e impone el especial compromiso por prevenir, investigar y sancionar todo acto contrario al derecho de las mujeres a una vida sin violencia (art. 7.b y art. 3), eleva este derecho a la mayor jerarquía y califica a los actos de violencia contra la mujer como infracciones de especial gravedad, que se encuentran reñidos con los valores más fundamentales de nuestra sociedad".

Es por tales razones que propicio el rechazo del presente motivo de agravio.

-v-

Que en punto al agravio referido a la errónea aplicación del inciso d) del art. 119 CP, asiste razón a la defensa. En efecto, se observa que no se ha podido comprobar que el arma secuestrada en poder el encartado hubiera sido la misma que aquella utilizada para perpetrar los ataques sexuales, toda vez que el arresto de Juan Carlos Ruiz se produjo aproximadamente ocho meses después del hecho. Por tal motivo, fue imposible establecer si aquel objeto era apto para el disparo.

De tal suerte, si bien resulta evidente que la exhibición del arma y los proyectiles provocó un grado máximo de intimidación en ambas adolescentes -ambas refirieron que pensaron que las iba a matar-, no pudo constatarse que la

presencia del adminículo haya constituido objetivamente un incremento del peligro para la vida de las damnificadas. Ello así pues la agravación por el uso de un arma exige la concurrencia de ambos extremos, por lo que la ausencia de comprobación sobre la aptitud para el disparo no permite acreditar la agravante prevista en el art. 119 inc. d) CP (Cfr. D'Alessio, Andrés J. y Divito, Mauro A. "Código Penal de la Nación, comentado y anotado", edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2010, tomo II, p. 258, también *mutatis mutandis* esta sala en causas n° 8586, caratulada: "Sibilla, Alberto J. s/ recurso de casación", reg. n° 19.554, rta. 13/12/2011; n° 15.822, caratulada: "Ramírez, Gustavo Daniel y otro s/recurso de casación"; n° 11.141, caratulada: "Gómez, Gustavo Adrián s/recurso de casación", reg. n° 19.885, rta. 26/4/2012).

Por tales razones, y cuanto menos por imperio del principio *favor rei*, corresponde hacer lugar al recurso en punto al presente motivo de agravio.

-VI-

Que este tribunal no puede dejar de señalar que tanto las damnificadas como sus progenitoras denunciaron haber sido maltratadas en la oportunidad en que sendas niñas debieron acudir al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción N° 48, con el fin de efectuar el reconocimiento en rueda de la persona que se encontraba acusada.

En efecto, tal como se desprende de la sentencia el a quo relevó que F.G.O. refirió: "Cuando la llamaron para una rueda de reconocimiento, la dicente lo reconoció a Domizi, pero agregó que ella tiene problemas de la vista usa lentes y ese día no los había llevado, además habían sido maltratadas, las trataron de mentirosas y al momento de efectuar el reconocimiento las apuraron, por lo que pudo haberse confundido" (fs. 1011vta.).

Asimismo, M.G.R. memoró que: "lo del Juzgado de Instrucción N° [4]8 fue terrible"; "el preso estaba en Marcos Paz y no quería subir a la camioneta"; "Su hija recibió malos

tratos en el juzgado y la juez le gritaba"; "eso hizo poner muy nerviosa a las dos, les gritó a las chicas, el trato fue malísimo" (fs. 1013vta.).

También M.V.S. sostuvo que: "acompañó a su hija cuando efectuó el reconocimiento en rueda de personas por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 48 [...]. F[...] tiene un problema en la mácula [...] había olvidado los anteojos hizo reconocimiento sin anteojos. Que ese día estuvieron ahí casi siete horas esperando en el juzgado, enterándose después que la persona a reconocer no había querido subir al celular, que en razón del tiempo que estuvieron esperando y los malos tratos recibidos al momento de realizar el reconocimiento, F[...] ya estaba tan nerviosa, con dolor de cabeza, que los vio y dijo 'no me parece ninguno', pero V[...] dijo 'me parece que es tal número' y la juez empezó a gritar que no podían tener duda" (fs. 1015vta.).

Corresponde sindicar que el trato deshumanizado y hostil que denunciaron sendas adolescentes resulta un hecho inaceptable de violencia institucional, el que -por haber sucedido en el contexto de una investigación en orden a un grave delito sufrido por ellas- compromete la responsabilidad del estado argentino en virtud de la Convención *Belém do Pará*, por obstaculizar el derecho de las mujeres acceder a: "...procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos" (art. 7.f). No es ocioso memorar que la República Argentina se ha comprometido a: "abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación" (art. 7.a).

En el presente, la espera de casi siete horas y el denunciado maltrato de la jueza interviniente no solamente produjeron la revictimización de las damnificadas, sino que comprometieron la finalidad del acto del reconocimiento,

provocando nerviosismo en las testigos, instándolas de manera agresiva a que efectuaran el reconocimiento y favoreciendo, en definitiva, la conmoción y confusión de ambas víctimas, lo que derivó en el procesamiento y encarcelamiento preventivo de Christian Domizi por dos meses, a pesar de su inocencia.

En virtud de estas consideraciones, corresponde a este tribunal remitir copias de las piezas pertinentes a fin de dar intervención al órgano disciplinario del Consejo de la Magistratura, a sus efectos.

-VII-

Ad finem, dada la variación en la adecuación típica producida, deberá fijarse nueva pena luego de la correspondiente audiencia contradictoria con participación de las partes y ante un tribunal distinto del que pronunció la sentencia recurrida. Será en tal oportunidad cuando la defensa tendrá ocasión de plantear todo aquello que crea conveniente sobre los restantes extremos de agravio.

De tal suerte, en razón de la resolución que se propone, deviene inoficioso un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de los arts. 12 y 19 CP y la arbitrariedad en la determinación de la pena única.

Por tales motivos, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente, sin costas, al recurso interpuesto, casar parcialmente la sentencia recurrida, condenar a Juan Carlos Ruiz por ser autor del delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido con acceso carnal, reiterado en dos oportunidades y dejar sin efecto el punto dispositivo II de la sentencia recurrida.

En consecuencia, corresponde apartar -con la comunicación pertinente- al Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 de la Capital Federal y remitir las actuaciones a la oficina de sorteos de la Secretaría General de esta Cámara para que desinsacule un nuevo tribunal que, previa audiencia contradictoria con presencia de las partes y de *visu* del imputado, deberá fijar nueva pena, de conformidad con lo aquí decidido (arts. 173, 470, 471 a contrario sensu, 530 y ccds.

tratos en el juzgado y la juez le gritaba"; "eso hizo poner muy nerviosa a las dos, les gritó a las chicas, el trato fue malísimo" (fs. 1013vta.).

También M.V.S. sostuvo que: "acompañó a su hija cuando efectuó el reconocimiento en rueda de personas por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 48 [...]. F[...] tiene un problema en la mácula [...] había olvidado los anteojos hizo reconocimiento sin anteojos. Que ese día estuvieron ahí casi siete horas esperando en el juzgado, enterándose después que la persona a reconocer no había querido subir al celular, que en razón del tiempo que estuvieron esperando y los malos tratos recibidos al momento de realizar el reconocimiento, F[...] ya estaba tan nerviosa, con dolor de cabeza, que los vio y dijo 'no me parece ninguno', pero V[...] dijo 'me parece que es tal número' y la juez empezó a gritar que no podían tener duda" (fs. 1015vta.).

Corresponde sindicarse que el trato deshumanizado y hostil que denunciaron sendas adolescentes resulta un hecho inaceptable de violencia institucional, el que -por haber sucedido en el contexto de una investigación en orden a un grave delito sufrido por ellas- compromete la responsabilidad del estado argentino en virtud de la Convención *Belém do Pará*, por obstaculizar el derecho de las mujeres acceder a: "...procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos" (art. 7.f). No es ocioso memorar que la República Argentina se ha comprometido a: "abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación" (art. 7.a).

En el presente, la espera de casi siete horas y el denunciado maltrato de la jueza interviniente no solamente produjeron la revictimización de las damnificadas, sino que comprometieron la finalidad del acto del reconocimiento,

provocando nerviosismo en las testigos, instándolas de manera agresiva a que efectuaran el reconocimiento y favoreciendo, en definitiva, la conmoción y confusión de ambas víctimas, lo que derivó en el procesamiento y encarcelamiento preventivo de Christian Domizi por dos meses, a pesar de su inocencia.

En virtud de estas consideraciones, corresponde a este tribunal remitir copias de las piezas pertinentes a fin de dar intervención al órgano disciplinario del Consejo de la Magistratura, a sus efectos.

-VII-

Ad finem, dada la variación en la adecuación típica producida, deberá fijarse nueva pena luego de la correspondiente audiencia contradictoria con participación de las partes y ante un tribunal distinto del que pronunció la sentencia recurrida. Será en tal oportunidad cuando la defensa tendrá ocasión de plantear todo aquello que crea conveniente sobre los restantes extremos de agravio.

De tal suerte, en razón de la resolución que se propone, deviene inoficioso un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de los arts. 12 y 19 CP y la arbitrariedad en la determinación de la pena única.

Por tales motivos, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente, sin costas, al recurso interpuesto, casar parcialmente la sentencia recurrida, condenar a Juan Carlos Ruiz por ser autor del delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido con acceso carnal, reiterado en dos oportunidades y dejar sin efecto el punto dispositivo II de la sentencia recurrida.

En consecuencia, corresponde apartar -con la comunicación pertinente- al Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 de esta ciudad y remitir las actuaciones a la oficina de sorteos de la Secretaría General de esta Cámara para que desinsacule un nuevo tribunal que, previa audiencia contradictoria con presencia de las partes y de *visu* del imputado, deberá fijar nueva pena, de conformidad con lo aquí decidido (arts. 173, 470, 471 a contrario *sensu*, 530 y ccds.

CPPN).

Finalmente, deberá extraerse testimonios de la sentencia recurrida y de este pronunciamiento y remitirlas a la Comisión de Disciplina del Consejo de la Magistratura de la Nación, a sus efectos.

Así voto.

El señor juez doctor **Pedro R. David** dijo:

Que comparte la solución propuesta por el juez Slokar.

Así vota.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

Sellada como viene la cuestión, solo habré de postular una disidencia parcial en lo que respecta a la calificación legal, pues no considero aplicable al caso el art. 119, tercer párrafo, del Código Penal, en atención a los fundamentos expuestos al votar en la causa n° 15744, caratulada "*Cruz Cordero, Cristian Andrés s/recurso de casación*", reg. n° 21.064 de la Sala II, de fecha 21 de diciembre de 2012.

En tales términos, dejo expresado mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, **RESUELVE:**

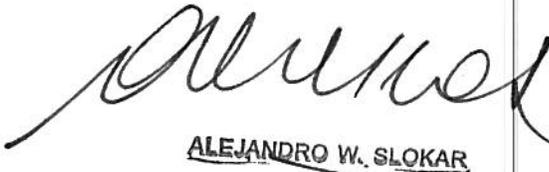
I. Por mayoría, **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso interpuesto, **SIN COSTAS, CASAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida, **CONDENAR** a Juan Carlos Ruiz por ser autor del delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido con acceso carnal, reiterado en dos oportunidades y **DEJAR SIN EFECTO** el punto dispositivo II de la sentencia.

En consecuencia, **APARTAR** -con la comunicación pertinente- al Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 de esta ciudad y **REMITIR** las actuaciones a la oficina de sorteos de la Secretaría General de esta Cámara para que desinsacule un nuevo tribunal que, previa audiencia contradictoria con presencia de las partes y de *visu* del imputado, deberá fijar nueva pena, de conformidad con lo aquí decidido (arts. 173, 470, 471 a contrario sensu, 530 y ccds. CPPN).

II. Por unanimidad, **EXTRAER TESTIMONIOS** de la

sentencia recurrida y de este pronunciamiento y **REMITIRLOS** a la Comisión de Disciplina del Consejo de la Magistratura de la Nación, a sus efectos.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.



ALEJANDRO W. SLOKAR



ANGELA ESTER LEDESMA



MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA

NOTA: Para dejar constancia que el Dr Pedro R. Dorid participó de la deliberación, votó y no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 399 in fine CPPN)



MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA