

PRUEBA: Delitos contra la integridad sexual. Testimonio de la víctima. Prueba indiciaria.
PRUEBA TESTIMONIAL: Testimonios de niño víctimas: pautas para su valoración. Directrices emanadas de documentos internacionales. ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (art. 119 2do. párr. CP). **Diferencias con el abuso sexual simple y el agravado por acceso carnal. Razón de la agravante. Actos públicos o con trascendencia pública.**

I. Frente a delitos contra la integridad sexual, el testimonio de la víctima aparece como la prueba dirimente, puesto que esta clase de hechos suele cometerse en ámbitos de intimidad, ajenos a las miradas de terceros. En consecuencia, los elementos de juicio que corroboran el relato de las víctimas constituyen, en su mayoría, prueba indirecta.

II. La prueba indirecta no resulta óbice para sostener una conclusión condenatoria, en la medida en que los indicios meritados sean unívocos y no anfibológicos y a su vez sean valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria.

III. En relación al relato de un niño, cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del mismo, su lectura debe ir necesariamente acompañada -cual sombra al cuerpo- de la explicación experta, en tanto aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el Juzgador y que por ende no pueden motivar su decisión.

IV. Las consideraciones referidas en relación al relato de un niño, lo son en plena sintonía con las directrices que emanan de documentos internacionales (Convención de los Derechos del Niño (art. 34), y Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU), en los que se proclama que cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia.

V. La figura de abuso sexual gravemente ultrajante, se sitúa en un lugar intermedio entre la figura base del abuso sexual (art. 119, 1er. párr., CP) y la de éste con acceso carnal. Con lo que se busca dar una solución político-criminalmente adecuada a casos que en el ordenamiento derogado respondían a la misma calificación legal (o sea, la del delito de abuso deshonesto), pese a presentar diferencias cualitativas en el daño provocado que tornaba injusta la aplicación de la misma escala penal. Se trata de supuestos en los que la magnitud de la humillación de la víctima determina una diferencia cualitativa en la entidad del ultraje, que excede el marco de los posibles abusos sexuales más simples del primer párrafo del art. 119 del CP, pues no es lo mismo el

tocamiento furtivo de alguna zona pudenda de la víctima, que llevar a cabo un acto que tenga otro tipo de connotación más relevante y que, por ende, importe un mayor ultraje a la dignidad de la persona.

VI. La razón que fundamenta la agravante del art. 119 –2do. párr.- del CP reside en la mayor ofensa a la dignidad e integridad sexual, moral y personal de la víctima, que sufre un grado de degradación o vejación superior al del abuso sexual simple. Un mayor agravio a la dignidad o integridad sexual de la víctima que debe colegirse de alguna de las dos circunstancias que señala la norma: la duración del abuso sexual o las circunstancias de su realización; vale decir, una circunstancia fáctica temporal, o cualquier otra circunstancia fáctica relativa a dicho abuso sexual, por ejemplo, el modo o el lugar de su realización, las personas intervinientes o presenciales del mismo, etc.

VII. El acto sexualmente abusivo realizado con trascendencia pública, o ante la propia familia comportan abuso sexual gravemente ultrajante.

TSJ, Sala Penal, Sent. n° 544, 30/11/2015, “**PEÑALOZA, Javier Agustín p.s.a. abuso sexual gravemente ultrajante, etc. –Recurso de Casación-**”. Vocales: Tarditti, López Peña y Cáceres de Bollati.

SENTENCIA NÚMERO: QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO

En la Ciudad de Córdoba, a los treinta días del mes de noviembre de dos mil quince, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de los señores Vocales, doctores Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados **“PEÑALOZA, Javier Agustín p.s.a. abuso sexual gravemente ultrajante, etc. -Recurso de Casación-” (SAC 453907)**, con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Gustavo A. Utrera Ramos, en carácter de defensor del imputado Javier Agustín Peñaloza, en contra de la Sentencia número veintiuno, del diecinueve de marzo de dos mil trece, dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de San Francisco Provincia de Córdoba.

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

1°) ¿Se encuentra debidamente fundada la sentencia dictada en orden a la participación de Peñaloza en los hechos endilgados?

2°) ¿Se ha aplicado erróneamente en la sentencia dictada el art. 119, segundo párrafo del CP?

3°) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Sebastián Cruz López Peña, Aida Tarditti y María Marta Cáceres de Bollati.

A LA PRIMERA CUESTIÓN:

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

I. Por sentencia número veintiuno, del diecinueve de marzo de dos mil trece, la Cámara en lo Criminal de la ciudad de San Francisco, provincia de Córdoba -Tribunal Colegiado-, resolvió -en lo que aquí interesa-: “...1°) Declarar que *JAVIER AGUSTIN PENALOZA, alias “Lolo”, ya filiado, es autor responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante reiterado, en número de dos hechos, en concurso real (art. 119 segundo párrafo; 55 del C. Penal), que la requisitoria fiscal de fs. 139/145 le atribuye, e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de seis años de prisión, con accesorias legales y costas (arts. 5, 9, 12, 40 y 41 del C. Penal y arts. 550 / 551 del CPP).*” (fs. 297).

II. El Dr. Gustavo A. Utrera Ramos, tempestivamente, articula el presente recurso de casación en contra del decisorio mencionado, invocando ambos motivos de la vía escogida -art. 468 inc. 1° y 2° del CPP- (fs. 373 vta.).

Bajo el título “inobservancia de las normas que éste código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, el recurrente cuestiona la fundamentación probatoria brindada por el sentenciante.

Respecto al primer hecho, considera que no se encuentra acreditado que su defendido se masturbara frente a la niña. Entiende que tocarse el pene con un dedo no implica masturbarse y que es imposible exhibir el pene sin manipularlo. Asimismo, refiere que su defendido padece soriasis y alega que la “mancha roja de la que salía sangre” -a la que hizo referencia la víctima- es a raíz de dicha enfermedad, resultando equivocada la conclusión del a quo quien interpretó que se trataba del glande del pene (fs. 378 vta.). En lo referente al segundo hecho, sostiene que la niña fabula, toda vez que refirió que Peñaloza le metía en la vagina cucharitas de plástico y tenedores, cuando del informe médico surge que a la víctima nunca le han introducido dedos, u objetos como palos, cucharitas, tenedores ni en su vagina ni en su zona anal, y que no había vagina congestiva y enrojecida (fs. 378 vta. / 379). Asimismo, advierte que el tribunal no tomó en consideración que la niña IGK había sido víctima de abuso por parte de su progenitor JCK -lo cual fue corroborado por su madre, su abuela y su tía-, y entiende que si dicha circunstancia hubiese sido tomada en cuenta por el juzgador otra hubiese sido la conclusión a la que arribara. En dicha línea argumental, entiende que si bien FJK, no fue abusada por su progenitor, ha adquirido el discurso de su hermana haciéndolo suyo, toda vez que en su corta vida sólo ha escuchado hablar sobre dicha problemática (fs. 379 vta. / 380 vta.).

En relación a ambos hechos, esgrime que la Licenciada Braida manifestó que el tema de la consulta puede estar relacionado a situaciones abusivas tanto como a otras situaciones, no es exclusivo, y que las niñas al ser dadas de alta en el año dos mil doce no revestían daño psicológico (fs. 379). Por otro lado, manifiesta que si bien los Licenciados Víctor Molina y Mariana Cravero concluyen que existió abuso, no puede soslayarse que la psicología no es una ciencia exacta (fs. 379 y 380 vta.).

En virtud de lo manifestado, la defensa considera que se debe absolver a su pupilo procesal, pues -a su ver-, de la prueba colectada surgen evidentes indicios unívocos de la inocencia de su defendido y de la culpabilidad de otra persona (fs. 381).

Hace reserva del caso federal (fs. 381 vta.).

III.1. Entrando al análisis del recurso, surge que el principal agravio de la defensa se dirige a sostener que no se encuentra acreditada la participación de su pupilo procesal en los hechos

endilgados.

Adelanto mi opinión en sentido desfavorable a las pretensiones del quejoso, doy razones:

En forma preliminar, es necesario recordar que ésta Sala tiene dicho que frente a delitos contra la integridad sexual, el testimonio de la víctima aparece como la prueba dirimente, puesto que esta clase de hechos suele cometerse en ámbitos de intimidad, ajenos a las miradas de terceros (T.S.J. Cba., Sala Penal, S. n° 216, 31/8/2007, "Avila"; S. n° 12, 20/2/2008, "Díaz"; S. n° 212, 15/8/2008, "Boretto"; S. n° 333, 17/12/2009, "Aranda"; S. n° 334, 09/11/11, "Laudin"; S. n° 305; 19/11/12, "Serrano"; entre muchos otros). En consecuencia, los elementos de juicio que corroboran el relato de las víctimas constituyen, en su mayoría, prueba indirecta. Empero, ello no resulta óbice para sostener una conclusión condenatoria, en la medida en que los indicios meritados sean unívocos y no anfibológicos y a su vez sean valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria (TSJ, S. n° 45, 29/07/1998, "Simoncelli"; A. n° 109, 05/05/2000, "Pompas"; A. n° 95,18/4/2002, "Caballero"; A. n° 1, 02/02/2004, "Torres"; S. n° 311, 8/10/13, "Astudillo"; entre muchos otros).

Sentada la base precedente, es preciso resaltar que, del análisis de la resolución puesta en crisis, se desprende que en cada uno de los hechos endilgados a Peñaloza, el tribunal basó su decisión no sólo en las manifestaciones vertidas por las propias víctimas -quienes declararon en reiteradas oportunidades a lo largo del proceso, y en cada una de sus deposiciones han sido coherentes y coincidentes en su núcleo básico-, sino que también tomó en consideración -teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos- un gran cúmulo de prueba indiciaria, que avala los mismos y apuntala la conclusión asertiva respecto a la condena del imputado -FJK (fs. 06/07 vta., 13/13vta.) y IGK (fs. 09/10, 15/15vta.)-.

En efecto, las pericias e informes psicológicos, realizados por expertas en la materia, concluyen que las damnificadas son testigos creíbles, pues además de encontrar en ellas indicadores psicológicos compatibles con victimización de tipo emocional y sexual, también determinaron que no fabulaban y no se observaron en ellas tendencia a la influenciabilidad. Se advirtió solidez y coherencia en sus relatos, siendo los mismos claros, precisos y sin contradicciones, no infiriéndose intromisión de discursos ni mensajes foráneos en su proceder (fs.130/133 y 134/137).

Por otro lado, las pericias psiquiátrica y psicológica del imputado determinan que es una persona capaz de comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones. A su vez, posee una

estructura de personalidad con rasgos psicopáticos y perversos, detectándose a nivel psicosexual marcada inmadurez e inestabilidad afectiva. La inmadurez a nivel psicosexual favorece la elección de objetos sexuales también inmaduros, por lo que la tendencia a la paidofílica podría estar presente en el peritado. No se evidencian sentimientos de culpabilidad o remordimientos. Escaso interés por vincularse en lo humano a nivel vincular, parece establecer vínculos utilitarios. Posee baja capacidad de sublimación, es decir, de demorar la reacción impulsiva para adecuarla a las exigencias de la realidad o sustituir la actuación por la satisfacción en la fantasía. Ello lo torna proclive al pasaje al acto, en tanto evidencian otros indicadores de impulsividad, de fallas en el control racional de las tendencias instintivas y marcada conflictividad a nivel psicosexual, constituyendo éstos, posibles factores motivadores de la conducta delictiva (fs. 57, 115/117).

*Los dichos de la progenitora CRP y de la abuela RDCH, que respaldan, en lo medular, las versiones de las damnificadas (fs. 01/01 vta. y 39/39vta.).

*La niña FKJ fue una observadora directa de lo que el encartado le hacía a su hermanita IGK y viceversa. Así, FJK manifestó "...piyico la colita a I., Lolo..." (fs. 06 vta.), al tiempo que IGK dijo "...la F. vio cuando el Lolo me pellizcaba y la F. le pegaba porque la F. me defendía...". "...Que en una ocasión (no sabe precisar la fecha), ella se encontraba en una silla sentada, mirando los dibujitos, y su tío se acercó, le sacó el pantalón y la bombacha y le metió 2 cucharitas de plástico (otra vez, tenedores) en la vagina. Que su hermana F. estaba presente cuando su tío le hacía esto y la "defendió", pegándole a Lolo... Que ella vio cuando su tío Lolo también le sacaba la ropa - bombacha, pollera y remera-, a su hermana Fátima y la pellizcaba en la pierna, pero nunca vio que la pellizcara en la cola o la vagina" (fs.10 y 15 vta.).

*Informe médico de IGK, del que se desprende que la víctima le manifestó -coincidentalmente- a la Dra. Saavedra que su tío la manoseo en la zona genital por debajo de la ropa (fs. 14).

*Acta de secuestro y fotografías de un lapicero con dieciocho lápices de color y dos cucharas de helado plásticas (fs. 22 y 26/27).

*El cambio conductual de ambas niñas. En efecto, a FJK se le escapa la orina y padece terrores nocturnos, al tiempo que IGK presenta problemas de adaptación escolar para prestar atención (fs. 290);

*El hecho de que el imputado es tío de la víctimas, lo que le facilitó la comisión del hecho, toda vez que su mamá en reiteradas oportunidades las dejaba al cuidado del mismo (fs. 288/289);

*La similitud de las acciones desplegadas por el imputado en perjuicio de ambas niñas, lo cual se desprende de los testimonios de ambas niñas. Así, Peñaloza desvestía a sus sobrinas y simulando un juego les tocaba los genitales, en algunas ocasiones con las manos y en otras con objetos tales como lápices y cucharitas de helado.

En función de la reseña que precede, concluyo que existen múltiples indicios que coadyuvan a corroborar los hechos investigados, como así también la participación que en ellos le cupo al prevenido Peñaloza.

No obstante ello, en los apartados siguientes, nos detendremos a analizar cada una de las críticas traídas por el recurrente respecto a los hechos endilgados a su asistido:

a) En relación con el hecho nominado primero, carece de dirimencia el ataque esgrimido por el quejoso respecto a que no se encuentra acreditado que Peñaloza se masturbara frente a la niña y que tocarse el pene con un dedo no implica masturbarse. Ello así, toda vez que, el hecho que el Tribunal tuvo por acreditado no hace alusión a que el acusado haya realizado dicha conducta -masturbarse- frente a su sobrina.

Por otro lado, si bien el acusado presenta unas manchas rojas en su cuerpo, lo cierto es que la niña utiliza el término “ronchita” y “colita” como si fueran sinónimos, y no sólo eso, sino que además al referirse a ambos -ronchita y colita-se señala los genitales.

A los fines de ilustrar al respecto, resulta pertinente transcribir parte del testimonio brindado por FJK a una de las Psicólogas de este Poder Judicial-. Así, “...Preguntada para que diga si él le pedía algo, dice que le decía “¿querés tocarme la colita? (señala los genitales)”, preguntada para que diga si le veía la colita a Lolo, dice “sí, tenía la ronchita grande, grande roja, era caliente (dibuja un círculo en un papel en el que está dibujando)”, ¿le tocaste la colita? “sí, acá (señala los genitales) con un lápiz”.” (fs. 06 vta.).

En virtud de ello, estimo razonable la conclusión a que arribo el Tribunal respecto a que cuando la niña habla de la “ronchita” se refiere a los genitales de su tío y no a las manchas propias de la enfermedad que según la defensa él padece -psoriasis-, la que por otro lado, vale aclarar, no se encuentra acreditada (fs. 274).

b) En lo referente al hecho nominado segundo, tampoco resulta de recibo la crítica esgrimida por el quejoso respecto a que, médicamente no se comprobaron lesiones y que por tanto, la niña fabula al sostener que su tío le metía cucharitas y tenedores de plástico en la vagina. Ello así, toda vez que, si bien los informes médicos de las niñas no dan cuenta de que las mismas hayan

presentado lesiones, lo cierto es que ello no resulta óbice para reputar creíbles y fiables sus dichos, más aún cuando contamos con pericias psicológicas que concluyen sobre la veracidad de sus relatos y con el secuestro de los elementos utilizados por el abusador a los fines de realizar el acto. Tampoco puede soslayarse que el sentenciante únicamente tuvo por acreditados tocamientos -con las manos y con los elementos mencionados-, y no sólo eso, sino que además los hechos acaecieron presumiblemente entre el mes de agosto y el veintinueve de noviembre de dos mil once, y la revisión médica fue realizada el día veinte de diciembre de dos mil once, por lo cual no resulta extraño que el facultativo no haya constatado lesiones ni enrojecimiento.

Por otro lado, cuando alega que el a quo no tomó en consideración que la niña había sido abusada previamente por su progenitor, es preciso señalar que esta crítica ya fue expuesta durante el debate, no asumiendo la defensa los extensos argumentos brindados por el Tribunal a la hora de desacreditar que el autor de los presentes hechos sea JCK (fs. 294 vta. / 295).

Así, el juzgador -en base a la documental aportada por la defensa- tuvo en cuenta que se trata de dos causas independientes, que los acusados son personas distintas, los hechos ocurrieron en fechas diferentes -tres años de diferencia entre una y otra causa-, y fundamentalmente, cabe agregar que, a lo largo de todo el proceso, al ser entrevistadas por distintas personas y al serles practicados los correspondientes informes y pericias psicológicas, ambas niñas hicieron referencia a los abusos cometidos por su tío Lolo y nunca mencionaron a su progenitor (fs. 290).

En virtud de ello, y teniendo en cuenta no sólo la credibilidad y la fiabilidad de sus relatos, sino también que las niñas no resultan influenciadas por otras personas, cabe desechar también el argumento defensivo respecto del cual FJK -quien no habría sido abusada por su progenitor-, adquirió el discurso de su hermana haciéndolo suyo.

c) Con relación a ambos hechos, es importante destacar que más allá de cuál fue el tema de consulta psicológica, es decir, si estuvo vinculado a un tema de abuso o a cambios conductuales de las niñas, lo cierto es que del testimonio de la Licenciada Braida -brindado durante el debate-, se desprende, claramente, que tanto IGK como FJK refirieron haber sido abusadas por su tío, quien les tocaba la colita (fs. 289 vta. / 290).

Por otro lado, y en relación a que la psicología no es una ciencia exacta, esta Sala tiene dicho que en lo que respecta a la valoración del relato del niño, cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada -cual sombra al cuerpo- de la explicación experta, en tanto aquel extremo se

encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el Juzgador (o que, disponiendo de ellos, no pueden motivar su decisión por no ser controlables a las partes) y que por ende no pueden motivar su decisión (T.S.J., Sala Penal, S. n° 8, 1/07/1958, "Cortés"; S. n° 193, 21/12/2006, "Battiston"; S. n° 305, 19/11/2012, "Serrano", cfr., C.S.J.N., "González c. Trenes de Buenos Aires S.A."; "Medina c. Siam Di Tella, S.A.", 05/12/1978).

Las consideraciones que preceden, resta agregar, lo son en plena sintonía con las directrices que emanan de documentos internacionales (Convención de los Derechos del Niño (art. 34), y Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (O.N.U.)), en los que se proclama que " cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia" (Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, apartado B.2.d, Oficina Internacional de los Derechos del Niño, Canadá, 2003, en "Infancia y Adolescencia. Derechos y Justicia", Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Colección de Derechos Humanos y Justicia N° 5, Poder Judicial de Córdoba, pág. 169; Cfr. jurisprudencia citada).

Atento lo expuesto, es razonable concluir que la sentencia cuestionada se encuentra debidamente fundada y que la participación de Peñaloza en los ilícitos atribuidos está debidamente acreditada. Así voto.

La señora Vocal doctora Aida Tarditti, dijo:

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

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da el señor Vocal Dr. Sebastián Cruz López Peña, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

I. Por otro lado, la defensa cuestiona que el juzgador subsumió mal los hechos en el derecho. Así, luego de transcribir las conductas llevadas a cabo por Peñaloza en perjuicio de ambas niñas -a FJK le mostraba el pene y la menor se lo tocó; y a IGK le tocaba los genitales con las manos y con cucharitas, tenedores y fibras de colores-, entiende que las mismas configuran el tipo básico

del abuso sexual simple. Ello así, toda vez que hubo tocamientos en zonas genitales, pero no hubo introducción de dedos o de elementos como lápices, fibras, cucharitas o tenedores dentro de la vagina de ninguna de las niñas. Asimismo, entiende que aún en el caso de que su defendido se hubiese masturbado frente a FJK, ello tampoco configuraría el abuso sexual gravemente ultrajante, ya que no hubo eyaculación en la cara de la niña, tampoco hubo cunnilingus o sexo oral por parte del acusado en relación a ambas niñas. Cita jurisprudencia. (fs. 374 vta. / 378).

II. 1. El Tribunal de mérito fijó los hechos del siguiente modo: “.PRIMER HECHO

: En fecha que no ha podido ser precisada con exactitud pero ubicable entre el mes de agosto y el veintinueve de noviembre del año dos mil once, en distintas horas del día, el imputado Javier Agustín Peñaloza encontrándose en el patio o en el interior del domicilio sito en calle San Martín N° 176 de la localidad de La Paqueta, Provincia de Córdoba, en numerosas oportunidades y aprovechando la inadvertencia del resto de los familiares que circunstancialmente se encontraban de visita en su morada, desplegó un accionar consciente y voluntario sobre su sobrina F.J.K. (quien contaba con tres años de edad) consistente en efectuarle tocamientos sobre la ropa en las partes pudendas de la nombrada vinculadas a su sexualidad, y en ocasiones tras desnudarla y hacer lo propio él, le manoseó los genitales, se hizo tocar el pene, no pudiendo la misma consentir libremente los actos contra su integridad sexual en razón de su edad. SEGUNDO HECHO: “En fecha que no ha podido ser precisada con exactitud pero ubicable entre el mes de agosto y el veintinueve de noviembre del año dos mil once, en distintas horas del día, el imputado Javier Agustín Peñaloza encontrándose en el patio o en el interior del domicilio sito en calle San Martín N° 176 de la localidad de La Paqueta, Provincia de Córdoba, en numerosas oportunidades, aprovechando la inadvertencia del resto de los familiares que circunstancialmente se encontraban de visita en su morada, tras proponerle a I.G.K. -de cinco años de edad- jugar al “juego de pellizcarle la colita” le sacaba la bombacha y le efectuaba tocamientos en los genitales con las manos o en ocasiones con elementos tales como cucharitas de helado, tenedores y fibras, tras lo cual le solicitaba que no le dijera nada a su mamá...” (fs. 286 vta. / 287).

2. La plataforma fáctica tenida por acreditada, se complementa con la calificación jurídica expuesta por el sentenciante en la segunda cuestión.

Es menester recordar, que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la sentencia constituye una unidad, y que el hecho que se tuvo por acreditado puede extraerse también de capítulos distintos

al de la primer cuestión (T.S.J. Sala Penal, “Montali”, S n° 137, 2/12/05 entre muchos otros).

Así, el a quo calificó la conducta desplegada por Javier Agustín Peñaloza en los términos de los arts. 119 segundo párrafo y 55 del CP, es decir abuso sexual gravemente ultrajante reiterado, en número de dos hechos en concurso real, *“toda vez que el imputado Peñaloza en reiteradas ocasiones, tras desvestir a sus sobrinas, les realizaba tocamientos en la zona de los genitales, en el caso de FJK, tras desnudarla, se desvistió, le manoseó los genitales y se hizo tocar el pene, lo que por tratarse de niñas muy pequeñas -tres a cinco años de edad-, por ser un abuso sexual en forma grupal y por la utilización de ciertos utensillos, implica todo ello necesariamente un plus de ultraje. En relación a IGK jugaban al juego de pellizcarle la colita, le sacaba la bombacha y le efectuaba tocamientos en los genitales con las manos y en ocasiones con elementos tales como cucharitas de helado, fibras, tras lo cual le solicitaba que no le dijera nada a su mamá... Considero que los actos relatados en la plataforma fáctica en perjuicio de ambas menores, reúnen ese plus de humillación que requiere la norma en cuestión...”* (fs. 296)

3. La cuestión traída a estudio finca en determinar si el tribunal de mérito, que subsumió la conducta atribuida al imputado Javier Agustín Peñaloza en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, reiterado, en concurso real -arts. 119 segundo párrafo y 55 del CP-, aplicó correctamente la ley penal sustantiva, o si, por el contrario, incurrió en un error jurídico.

Adelanto que considero corresponde convalidar el razonamiento del a quo en cuanto al encuadramiento legal realizado y doy razones de ello.

Para comenzar es menester recordar que esta Sala tiene dicho desde el precedente “González” -S. n° 82, 9/09/2004- que los sometimientos sexuales gravemente ultrajantes (art. 119, segundo párrafo del CP), se sitúan en un lugar intermedio entre la figura base del abuso sexual (art. 119, primer párrafo del CP) y la de éste con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo CP, ver inserción del Diputado Cafferata Nores, en “Antecedentes Parlamentarios”, LL, T. 1999-B, p. 1614-). Lo que tuvo por objeto dar una solución político-criminal adecuada a casos que en el ordenamiento derogado respondían a la misma calificación legal -- o sea, la del delito de abuso deshonesto-, pese a presentar diferencias cualitativas en el daño provocado que tornaba injusta la aplicación de la misma escala penal (T.S.J., Sala Penal, “Moya”, S. n° 49, 9/04/2007)- En ese sentido se sostuvo -en “González”- que no es lo mismo el tocamiento furtivo de alguna zona pudenda de la víctima, que llevar a cabo un acto que tenga otro tipo de connotación más relevante y que, por ende, importe un mayor ultraje a la dignidad de la persona. Situación que se

pretende evitar mediante el tipo del abuso sexual gravemente ultrajante aumentando la escala de la pena a aplicar (cfr. Gavier, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual: Análisis de la ley n° 25.087*, Lerner, Córdoba, 1999, p. 29; en el mismo sentido, Tenca, Adrián Marcelo, *Delitos sexuales*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 57; Fígari, Rubén E., “Delitos de índole sexual”, Edics. jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 111; Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal: Parte Especial*, 2da. edic., M.A.V.E., Buenos Aires, 2003, T. I, p. 388).

En lo atinente al motivo que fundamenta la agravante, se expuso que la misma reside en la mayor ofensa a la dignidad e integridad sexual, moral y personal de la víctima, que sufre un grado de degradación o vejación superior al del abuso sexual simple. Por esa razón se señaló que ese mayor agravio a la dignidad o integridad sexual de la víctima, debía colegirse de alguna de las dos circunstancias que señala la norma: la duración del abuso sexual o las circunstancias de su realización; vale decir, una circunstancia fáctica temporal, o cualquier otra circunstancia de hecho relativa a la realización de dicho abuso sexual; por ejemplo, el modo o el lugar de su realización, las personas intervinientes o presenciales del mismo, etc. (cfr. Gavier, op. cit., p. 29; Clemente, José Luis, *Abusos sexuales*, 2da. edición, Lerner, Córdoba, 2000, p. 82; Reinaldi, Víctor F., *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino: Ley 25087*, Lerner, Córdoba, 1999, p. 66; Arocena, Gustavo A., *Delitos contra la Integridad Sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 55 y 56; Fígari, op. cit., p. 113).

En el caso de marras, el impugnante hace referencia a que la utilización de utensillos a los fines de realizar los tocamientos a las niñas, no alcanza para tornar al abuso en gravemente ultrajante, toda vez que no se los introdujo en la vagina o en el ano. Asimismo, entiende que aún en el caso en que se hubiese masturbado frente a las víctimas, tampoco configuraría el tipo delictivo en cuestión, ya que no eyaculó en su cara. Agregando que tampoco hubo sexo oral.

En este punto, el recurso soslaya que el sentenciante tomó en consideración a los fines de calificar al abuso como gravemente ultrajante, el hecho de que si bien el imputado aprovechaba los momentos en que la madre de las niñas no estaba presente, realizaba los abusos en la persona de IGK en presencia de su hermana FJK, y viceversa, siendo cada una de las víctimas, a su vez, testigo presencial de los tocamientos inapropiados sufridos por su hermana.

Es compartido por la doctrina que el acto sexualmente abusivo realizado con trascendencia pública, o ante la propia familia comportan abuso sexual gravemente ultrajante (Creus, op. cit., p. 809; Pandolfi, Oscar A., *Delitos contra la integridad sexual (ley 25.087)*, Ed. La Rocca, Bs.As.,

1999, p. 31; Reinaldi, op. cit., p. 66; Clemente, op. cit., p. 83; Donna, Edgardo Alberto, “Delitos contra la integridad sexual”, 2da. edic., Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2001, p. 58; Tenca, op. cit., p. 58; Arocena, op. cit., p. 56; Fontán Balestra, Carlos, “Derecho Penal: Parte Especial”, 16° edic., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 216; Fígari, op. cit., p. 115; Buompadre, op. cit., p. 389).

En virtud de lo expuesto, se advierte que las conductas llevadas a cabo por el imputado Peñaloza, por un lado, se encuentran atrapadas por la casuística consensuada por la doctrina, y por otro lado, claramente, evidencian una especial desproporción con la conducta contenida en el tipo básico del primer párrafo del art. 119 del CP.

Por ello, considero que ha sido correcto el encuadre legal efectuado por el a quo.

Así voto.

La señora Vocal doctora Aida Tarditti, dijo:

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

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da el señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA TERCERA CUESTIÓN:

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

Como resultado del acuerdo precedente, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Gustavo A. Utrera Ramos, a favor del imputado Javier Agustín Peñaloza. Con costas (art. 550/551 del CPP).

Así, voto.

La señora Vocal doctora Aida Tarditti, dijo:

El señor Vocal, Dr. Sebastián Cruz López Peña, da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora Maria Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da el señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma. En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal,

RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Gustavo A. Utrera Ramos, a favor del imputado Javier Agustín Peñaloza. Con costas (art. 550/551 del CPP).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y los señores Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí de lo que doy fe.