



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

En la ciudad de La Plata, a los 28 días del mes de diciembre de dos mil diez, se reúnen en acuerdo ordinario los señores jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Fernando Luis María Mancini y Jorge Hugo Celesia (art. 451 *in fine*, CPP, según ley 13.812), con el fin de resolver el recurso de casación interpuesto a favor de **J. O. O.**, que tramita en la secretaría de esta sala bajo el **número 42.416**. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación los jueces deberán observar el orden siguiente: **CELESIA – MANCINI**.

ANTECEDENTES

El 16 de marzo de 2010, el Tribunal en lo Criminal nº 1 del Departamento Judicial Azul decidió condenar a J. O. O. a la pena de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante.

Contra esta resolución, los defensores particulares, Walter Agustín Gamon y Fernando Rubén Santomauro, interpusieron el recurso de casación que figura a fojas 36/46 del presente legajo.

Efectuadas las vistas correspondientes y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Resulta procedente el recurso de casación interpuesto?

A la **cuestión** planteada, el juez **Celesia** dijo:

1) Consideran los recurrentes que las pruebas de la causa revelan que O. ha incurrido en un error de prohibición.

Dicen que el imputado desconocía el real grado de inmadurez mental de la señorita B..

Invocan, en apoyo de su pretensión, el contenido del informe psicológico de la licenciada Rudloff, del que se desprendería que la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

víctima posee un *“carácter extrovertido, una gran sociabilidad y un buen uso del lenguaje en general, y que hay momentos en los que no puede verbalizar bien, tiene como una modalidad fonética, como que le cuesta”*. Además dicen que los testimonios agregados a la causa acreditan que la víctima se desenvuelve sin problemas y siempre sin compañía de persona alguna.

A partir de esto, sostienen que el imputado no pudo representarse la ilicitud del hecho.

Destacan que el imputado, tal como lo declarara la propia víctima, en ningún momento la coerció ni intentó persuadirla de que no pusiera en conocimiento de terceras personas lo que había ocurrido, lo que a su criterio no es propio de las personas que saben que cometieron un delito sexual.

Sostienen, por otra parte, que el tribunal no ha tenido en cuenta las numerosas contradicciones en que incurriera A. B..

Como primera contradicción, señalan que la víctima le contó tanto a su madre como a su hermana que había ingresado a la cerrajería en dos oportunidades, mientras que en su declaración sostuvo que había ingresado una sola vez.

También ponen de resalto que el testigo declaró que el imputado no había eyaculado, mientras que su madre, al formular la denuncia, afirmó que su hija le había comentado que O. había eyaculado.

Como tercera contradicción, los recurrentes destacan que la víctima le dio a entender a su madre que conocía a la esposa del imputado, mientras que al declarar en la Cámara Gesell aseguró que no la conocía.

Finalmente, los defensores dicen que les llama la atención que la señorita B. conociera el concepto de semen, siendo que su madre en el debate manifestó que la víctima jamás había utilizado esos términos con anterioridad.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Solicitan, por todo ello, que se case el pronunciamiento impugnado y se absuelva a O. en orden al delito de abuso sexual gravemente ultrajante.

Subsidiariamente, solicitan que se modifique el encuadre jurídico del hecho y se lo califique como abuso sexual simple, pues a su criterio no se encuentra configurado en el caso el carácter gravemente ultrajante del abuso.

2) En su memorial presentado a fojas 64/65 del presente legajo, el agente fiscal ante este tribunal, Carlos Arturo Altuve, considera que el recurso de la defensa no puede prosperar.

Sostiene que la descripción de la materialidad recreada por el tribunal de juicio se adecuó a las circunstancias que emergieron del plexo probatorio valorado, sin que, por otro lado, tal reconstrucción histórica pueda merecer reparo alguno en orden a su motivación, ya que fue expresado por el juzgador el razonamiento desarrollado para arribar a la conclusión obtenida, con suficientes argumentos que no pueden considerarse apartados de las reglas de la lógica, ni de las pautas que conforme la recta razón dimanen de la experiencia y el sentido común.

3) No puedo compartir los planteos de la defensa vinculados con la concurrencia de un supuesto error de prohibición.

Para empezar, considero que el pretendido desconocimiento del imputado acerca del retraso mental que padecía la víctima no configura un error de prohibición, sino de tipo, por cuanto se refiere a la inexistencia del consentimiento que requiere la figura prevista en el artículo 119 del Código Penal.

Al margen de esta aclaración, no encuentro en los fundamentos del recurso ninguna razón que permita advertir algún déficit de motivación en el fallo impugnado.

El tribunal explicó, al respecto, que de acuerdo con los testimonios de J. R., A. B., S. D., C. F. y H. F., había quedado acreditado en el debate



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

que la víctima conocía al imputado, debido a que ella iba con frecuencia a su comercio, siendo que en ocasiones pasaba detrás del mostrador y hasta le habían tenido que decir algunas veces que se fuera.

Este grado de conocimiento, tal como lo señalara el tribunal, permitía fácilmente advertir la capacidad disminuida que presentaba la víctima, pues era evidente y además iba acompañada por una modalidad de expresión acorde con ese problema, según se pudo observar durante su declaración a través de la Cámara Gesell.

Los defensores, intentando desvirtuar este extremo del fallo, se han limitado a mencionar algunas contradicciones en el testimonio de la víctima, pero todas ellas se refieren a meras discordancias entre lo relatado por la víctima y lo denunciado por su madre que no resultan esenciales ni permiten inferir que M. B. haya sido mendaz.

La única contradicción que tiene alguna vinculación directa con la acreditación de los extremos del hecho típicamente relevantes es la que se refiere a si el imputado eyaculó o no durante el abuso.

Sin embargo, según surge de la sentencia, la víctima, cuando declaró mediante la Cámara Gesell, aclaró que a O. le había salido semen, en concordancia con lo que había afirmado su madre al formular la denuncia.

Resta aclarar que el hecho de que la madre de M. B. afirmara que jamás la había escuchado utilizar palabras como "semen" no implica una contradicción, desde que ello no necesariamente indica que la víctima no supiera lo que era el semen.

Por lo tanto, descartada la existencia de alguna contradicción esencial en el testimonio de la víctima, a la luz de las explicaciones brindadas por el tribunal en las cuestiones primera y segunda del veredicto impugnado, considero que no existe mérito para acceder a la propuesta absolutoria formulada por los defensores.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Distinta debe ser mi conclusión en lo que respecta a la configuración, en el caso, de la agravante del sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La ponderación acerca de la gravedad de un determinado abuso es una cuestión que no sólo se plantea en el abuso sexual gravemente ultrajante, sino también en la figura simple.

Los umbrales mínimo y máximo con que la ley reprime el abuso sexual simple (de seis meses a cuatro años de prisión o reclusión) indican que existe un conjunto de ataques contra la integridad sexual, más o menos graves, que se incluyen dentro de esa figura y quedan excluidos, por ende, de la órbita del sometimiento sexual gravemente ultrajante.

El inconveniente radica, entonces, en determinar qué grado de gravedad se necesita para entender que el abuso sexual excede el tipo básico y pasa a configurar el “sometimiento gravemente ultrajante” del segundo párrafo del artículo 119.

Esta dificultad es consecuencia de la imprecisión con que el legislador ha decidido tipificar este tipo de conductas, pues la remisión que ha hecho a una fórmula tan vaga como “sometimiento gravemente ultrajante” impide discriminar sobre una base objetiva qué conductas pertenecen a la figura simple y cuáles a la figura agravada.

Este evidente problema de legalidad obliga a extremar los recaudos al momento de interpretar los alcances de la agravante en cuestión, incluyendo en esta figura sólo aquellos casos que con seguridad encuadren en ella, desde que las dudas que pudieran existir acerca de un determinado supuesto solamente podrían ser superadas a través de una valoración puramente personal del juzgador, lo que implicaría sustituir un tipo legal por un tipo judicial, en abierta contradicción con el mandato constitucional de máxima taxatividad legal e interpretativa (arts. 18 y 19, CN). Quedan descartados, de este modo, aquellos supuestos en que no



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

se pueda determinar a ciencia cierta si exceden o no el universo de abusos sexuales captados por la figura básica.

Hasta ahora tenemos que el abuso sexual gravemente ultrajante del segundo párrafo del artículo 119 posee una estructura similar a la del abuso sexual simple. En ambos casos puede existir un sometimiento ultrajante, pero en el supuesto del segundo párrafo la modalidad de la agresión debe ser cualitativamente más grave que el común de las circunstancias que quedarían abarcadas por el abuso sexual simple.

La progresividad con que el Código Penal tipifica las diferentes agresiones sexuales demuestra que el abuso sexual gravemente ultrajante alude a hechos que violentan severamente la dignidad de la víctima, de una ofensa grande o injuria de mucha entidad, y lo ubican, por tanto, en una posición intermedia entre el abuso sexual simple y la violación.

Partiendo, entonces, de esta idea de progresividad, el camino más seguro para determinar qué circunstancias configuran un sometimiento sexual gravemente ultrajante, frente a la indefinición legal, sería obviar los límites entre esta figura y el abuso sexual simple y atender, en cambio, a las diferencias existentes entre esta agravante y la conducta todavía más grave de abuso sexual con acceso carnal.

Es evidente que los supuestos valorativamente limítrofes con el ultraje que representa el sometimiento sexual mediante acceso carnal no ofrecen inconvenientes en la diferenciación cuando se los contrasta con los contornos del abuso sexual simple, desde que entre esta figura y el acceso carnal se interpone el “sometimiento sexual gravemente ultrajante”.

Desde esta perspectiva podría decirse que la agravante del segundo párrafo del artículo 119 nuclea sin dudas aquellos casos extremos en que el abuso implica la penetración sexual de un instrumento o parte del cuerpo que no sea el órgano genital masculino, en cuanto ello



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

impediría hablar propiamente de un acceso canal.

Éste es un elemento que permitiría distinguir, por exclusión, a la violación de otras formas de abuso sexual, apenas menos graves, que se caracterizan por el grado de ultraje que representa la penetración de la lengua, los dedos u otros objetos similares en la vagina o el ano del sujeto pasivo (véase, en este mismo sentido: Gavier, Enrique A. *“Delitos contra la integridad sexual”*, 2º edición, Editora Córdoba, Córdoba, 2000, pp. 31 y ss., y Figari, Rubén E. *“Delitos de índole sexual”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, pp. 111 y ss., entre muchos otros).

Estos supuestos limítrofes con la violación, en los que el agresor no introduce su pene en la vagina de la víctima, pero sí sus dedos, su lengua u otros instrumentos, pueden configurar un sometimiento sexual gravemente ultrajante, siempre y cuando se den los requisitos del “sometimiento”, elementos que no siempre se encuentran presentes en todos los abusos sexuales (véase, en este sentido, lo resuelto por esta sala en los autos *“Ipurani Achaya, Nicolás s/recurso de casación”*, causa nº 34747, sentencia del 5 de mayo de 2009, registro nº 436).

El dato de la penetración sexual es un elemento objetivo útil, pero no el único imaginable para relacionar valorativamente un determinado supuesto de abuso sexual con la figura más grave de acceso carnal. Tampoco parecería generar problemas de límite, por ejemplo, el criterio de ciertos autores que incluyen dentro de la agravante las prácticas de sadismo o bestialidad (Confr., por todos, Reinaldi, Víctor F., *“Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087”*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, p. 66).

La idea central para determinar qué conductas constituyen un sometimiento sexual gravemente ultrajante consiste, en definitiva, en asociar esta modalidad de abuso sexual no con la figura más leve, sino con la más grave del acceso carnal, para de este modo reservar a la agravante intermedia únicamente aquellas conductas aproximadas en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

magnitud al acceso carnal, pero que quedarían excluidas de esa última tipicidad por no reunir alguno de sus requisitos.

Refuerza este razonamiento la comparación de las distintas escalas penales previstas para los abusos sexuales del artículo 119. Nótese, en efecto, que el máximo de la escala del abuso sexual simple se corresponde con el mínimo del sometimiento sexual gravemente ultrajante, en tanto que la escala penal de esta última figura se superpone parcialmente con la del abuso sexual con acceso carnal, lo que induce a pensar que para el propio legislador el sometimiento gravemente ultrajante se acerca más en gravedad al acceso carnal que al abuso sexual simple.

Esta misma conclusión sobre las relaciones entre los tipos progresivos de abuso sexual se deduce de los fundamentos empleados durante el debate de la ley 25.087 llevado a cabo en la Cámara de Diputados, donde se sostuvo que *“(l)a concepción de la acción es más amplia que en el Código actual ya que permite incriminar como violación a todo tipo de penetración incluyendo casos como la ‘fellatio in ore’ y la penetración anal, situaciones de ultraje grave que no lleguen a la penetración como ‘cunnin lingus’, la utilización de otros instrumentos que no sean el órgano sexual masculino, el sometimiento violento y prolongado que no culmine en la penetración...”* (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, p. 422).

Establecido cuál podría ser un punto de partida para reducir a un nivel aceptable el grado de discrecionalidad judicial que se requiere para determinar qué conductas configuran un “sometimiento sexual gravemente ultrajante”, y tomando como base los hechos que se tuvieron por acreditados en el caso de autos, el abuso sexual consistente en exhibirle a la víctima fotos obscenas, besarla o frotarle el miembro viril por la mano y eyacular no parece ser una conducta asimilable en gravedad a los abusos sexuales que implican acceso carnal ni de los que por su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

prolongación temporal o la violencia de las circunstancias de su realización importen un sometimiento sexual del tenor señalado en el segundo párrafo del artículo 119 del Código Penal.

Lo atribuido a O. aparecería como un caso aproximado a los límites existentes entre el abuso sexual simple y el sometimiento gravemente ultrajante, disyuntiva que, como ya se señalara, únicamente podría superarse recurriendo a valoraciones puramente personales del juzgador que sólo arrojarían como resultado una extensión arbitraria de la tipicidad, contradiciendo el principio de máxima restrictividad en la interpretación de la ley sustantiva.

Por estas razones, no existiendo a mi criterio elementos bastantes para explicar objetivamente por qué la conducta atribuida a O. resultaría lo suficientemente grave para configurar la agravante del artículo 119, segundo párrafo, del Código Penal, propongo que se case parcialmente el pronunciamiento impugnado y se califique el hecho atribuido al condenado como abuso sexual simple.

En concordancia con ello, teniendo en cuenta las agravantes y atenuantes valoradas por el tribunal de juicio en las cuestiones cuarta y quinta del veredicto impugnado, propongo que se disminuya la pena impuesta a J. O. O. a tres años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas, dejando subsistentes los demás puntos resueltos en la parte dispositiva del fallo impugnado.

A la **misma cuestión** planteada, el juez **Mancini** dijo:

Adhiero por sus fundamentos al voto del juez Celesia.

Con ello termina el acuerdo y se dicta la siguiente

S E N T E N C I A

En mérito del acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal

R E S U E L V E:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO INTERPUESTO, CASANDO LA SENTENCIA IMPUGNADA a nivel de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

calificación legal y **CONDENANDO** a J. O. O. a la pena de **TRES AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS**, por resultar autor del delito de abuso sexual simple, dejando subsistentes los demás puntos resueltos en la parte dispositiva del fallo (arts. 1, 106, 210, 373, 448, 450, 452 inciso 1º, 460, 530 y 532, CPP, 40, 41, 45 Y 119, primer párrafo, del Código Penal).

II. Regístrese, notifíquese a la parte acusadora y a la defensa y devuélvase la causa al tribunal de origen para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

Fdo: Fernando Luis María Mancini - Jorge Hugo Celesia

Ante mí: Gonzalo Santillan Iturres