



causa n° 67136 "R., M. N. S/ RECURSO DE CASACION"

**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES
PODER JUDICIAL
Tribunal de Casación Penal**

En la ciudad de La Plata a los 18 días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Carlos Ángel Natiello, Mario Eduardo Kohan y Ricardo R. Maidana, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa **N° 67.136** de este Tribunal, caratulada **"R., M. N. s/ recurso de Casación"**. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden: **KOHAN-NATIELLO-MAIDANA**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

ANTECEDENTES

I.- Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia del recurso de casación deducido por el Dr. Oscar Daniel Rombolá, titular a cargo de la Unidad Funcional de Defensa N° 15 del Departamento Judicial Morón, contra la sentencia por la que el Tribunal en lo Criminal N° 4 de dicha circunscripción condenó a M. N. R. a la pena de catorce años de prisión, accesorias legales y pago de las costas del proceso, por ser autora penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por su condición de ascendiente en concurso ideal con corrupción agravada por su calidad de ascendiente.

II.- El recurrente plantea los siguientes motivos de agravio: **a)** En primer lugar, cuestiona la decisión del Tribunal de no permitir que la víctima de autos declare en el debate; **b)** Asimismo, arremete contra la valoración probatoria efectuada por el "a quo" respecto de la materialidad infraccionaria y la autoría responsable de su asistida en el hecho que se le endilga, tachando de arbitraria la sentencia; **c)** Además, discrepa con la calificación legal asignada al evento, en el entendimiento que en todo caso se trata de un abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la condición de ascendiente de R., agregando que no fueron acreditados actos corruptores por parte de la nombrada; **d)** Por último, se disconforma del quantum punitivo impuesto, toda vez que no fueron propiciadas por las partes pautas

severizantes, solicitando que se reduzca la sanción al mínimo de la escala penal previsto para el delito que en definitiva se le endilgue a la encartada de marras.

III.- Concedido el recurso por el “*a quo*” (fs. 137/138), se lo radicó en la Sala con debida noticia a las partes (fs. 142 y vta.).

IV.- Al presentar su memorial, el Sr. Defensor Oficial Adjunto ante este Tribunal, Dr. Nicolás Agustín Blanco, mantuvo en un todo el recurso originalmente deducido, agregando consideraciones al respecto (fs. 144/146).

V.- A su turno, dictaminó el representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Jorge Armando Roldán, quien propuso el rechazo íntegro de los agravios traídos por el recurrente, al no evidenciarse las violaciones denunciadas (fs. 147/149).

VI.- Cumplidos los trámites de rigor y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

QUESTIONES

1ra.) ¿Es admisible el recurso interpuesto?

2da.) ¿Es procedente el mismo?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Entiendo que el planteo es admisible pues además de haberse deducido en tiempo y forma, se dirige a cuestionar una sentencia definitiva que, por su carácter condenatorio, genera agravio a la imputada y su defensa (arts. 401, 421, 450, 451 y 454 inc. 1º del C.P.P.).

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Maidana, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

a) Con relación al primero de los agravios postulados, considero que le asiste razón al representante de la vindicta pública ante este Tribunal, en cuanto que el sentenciante procedió tal como la normativa procesal lo dispone.

En efecto, "...Durante la investigación, se recibió declaración a la víctima según los términos del art. 102 bis del CPP, ya que contando con menos de 16 años, se utilizó la metodología de Cámara Gesell. Adviértase que del acta labrada al efecto, y que obra a fs. 15/16 de estos autos, surge que estuvo presente en dicha diligencia quien asistía legalmente a la imputada, habiendo tenido oportunidad de controlar la realización de dicha prueba.

Ahora bien, al momento de realizarse el debate, M. ya contaba con 16 años de edad, por lo cual, en atención a lo dispuesto por el art. 102 ter del CPP, el a quo requirió a un perito psicólogo se expida sobre la conveniencia o no de oírlo en el plenario, situación que fue desaconsejada por la Lic. Toundaian, por considerar que dicha declaración podría perjudicarlo en su recuperación.

Así, tal como la norma lo dispone, se procedió a incorporar por lectura lo actuado en la etapa previa mediante Cámara Gesell.

Arguye el recurrente la violación al principio de inmediación y la imposibilidad de realizar un control efectivo de dicha prueba (...) La recepción del testimonio del menor víctima ha sido con intervención de todas las partes, por lo cual la defensa ha tenido oportunidad de controlar dicha prueba y también realizar repreguntas, resultando por ello válido incorporar el testimonio por lectura atento señalada la inconveniencia de que M. compareciera a prestar nuevo testimonio durante el debate...”.

Así las cosas, tratándose de menores víctimas, insoslayablemente debe ponerse énfasis en tal coyuntura, siendo que llevar a declarar al joven podría implicar hacerlo recordar todo su padecimiento, lo cual, sin duda alguna, va en detrimento de su reposición -tal como lo expusiera la Lic. Toundaian-.

Sobre este punto en particular, los Jueces al evitar la confrontación física entre la acusada y la víctima, indudablemente buscaron proteger la integridad psíquica y moral del menor.

En este sentido, lo resuelto por el “*a quo*” encuentra basamento en el interés superior del niño, de acuerdo a la normativa supranacional suscripta por la Argentina, cual es la Convención de los Derechos del Niño (arts. 2, 3 y 19).

Teniendo en cuenta la normativa legal mencionada, resultó de vital importancia el temperamento adoptado por la licenciada Toundaian, lo que le permitió a los miembros del Tribunal tener una idea cabal sobre el delicado estado emocional de M., evitando de esa manera la revictimización del nombrado, quien hubiera tenido que reeditar con lujo de detalles los sucesos sufridos durante el juicio.

En nuestro país las normas de más alta jerarquía -especialmente las previstas en los tratados a los que hace referencia el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional- son claras en cuanto ordenan la protección del niño y establecen el interés superior de los menores. Por ende, una correcta aplicación de ese principio; especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar

por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

El aporte más específico del art. 3° de la Convención es la función hermenéutica, *"en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño"*. De esta forma, el principio del interés superior permite resolver "conflictos de derechos" recurriendo a la ponderación de estos; así, en el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos relativos a la infancia deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros.

Considerando el amplio marco jurídico antes mencionado, tendiente a la protección de los niños y niñas en nuestro país, resulta irrazonable, una nueva convocatoria del menor para ampliar su declaración testimonial, sobre todo, cuando una especialista del área terapéutica aconsejó evitar la realización de esa medida por los efectos negativos que pueden acarrearle al paciente, mas aún cuando el mismo ya depuso testimonialmente en otra oportunidad, debiendo en todo caso, buscarse las posibles incongruencias esbozadas, en las demás constancias de la causa. Este es el espíritu que la reforma de la ley 13.954 impuso al instituir la forma en que deben realizarse las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la integridad sexual.

En este sentido se ha expedido la jurisprudencia en forma reiterada (C.N.C.P., Sala II, c. 2681 "N., B. s/ recurso de casación", rta. 21/11/02; C.S.J.N., "Recurso de hecho deducido por B. N. (querellante) en la causa M., A. y otros s/ abuso deshonesto -causa N 42.394/96-", rta. 27/6/02).

Insisto en señalar que no advierto transgresión alguna a los arts. 102 bis y 102 ter del C.P.P., toda vez que -como ya se dijera- una profesional de la psicología desaconsejó que M. declare en el debate, procediéndose a incorporar por lectura su declaración en Cámara Gesell.

Sin perjuicio de ello, debo destacar que la por entonces defensa,

estuvo presente en el momento en que se llevó a cabo dicha declaración, ejerciendo el debido control de la misma.

De allí que deba concluir que no encuentro configurada violación legal alguna por parte del Tribunal, pues su decisorio aparece ajustado a derecho y claramente justificado en la protección de la moral e integridad física y psíquica del niño, la que goza de amparo constitucional.

Con lo expuesto, la crítica transitada en este punto debe ceder.

b) Respecto del embate introducido en segundo término, debo decir de forma preliminar que, tal como lo he sostenido en numerosos precedentes (causas nro. 54.780, 55.341, 55.510 entre muchos otros), corresponde a esta instancia casatoria el control de legalidad y lógica de la prueba utilizada por el sentenciante, como resultado del equilibrio entre una revisión eficaz e integral de la sentencia de condena, entendido como el más amplio derecho al recurso del imputado, sin desnaturalizar el recurso de casación convirtiendo a éste último, llegado el caso, en un segundo y nuevo juicio (Conf. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h), 25 de la C.A.D.H., y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; Comisión I.D.H. informes 30/97, en caso 10.087: Argentina; informe 17/94, caso: 11.086, Argentina (caso “Maqueda”) e informe 55/97, caso: 11.137, Argentina (caso “Abella”); Corte Interamericana de Derechos Humanos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 2/7/2004; Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., in re: “Cesario Gómez Vázquez c. España” (701/1996), dictamen del 20/07/2000 y “M. Sineiro Fernández c. España” (1007/2001), del 07/08/2003).

Al respecto Nuestro mas Alto Tribunal en el precedente “Casal” (causa nro. 1681, 20/9/05) fijó su criterio sobre la base de la doctrina alemana del “Leistungsfähigkeit”, también conocida como “agotamiento de la capacidad de rendimiento o capacidad de revisión”, donde estableció que corresponde a la casación el control de todo aquello que tenga capacidad de revisión por sus propios medios, sin necesidad de realizar un nuevo juicio de mérito (renovar la prueba oral), por lo que las comprobaciones fácticas que

dependen de la inmediación y la oralidad son las únicas que no pueden –por obvias razones materiales- analizarse, y quedan reservadas a la órbita del juez de mérito (En el mismo sentido Falcone, Roberto A. – Madina, Marcelo A., *“El proceso penal en la provincia de Buenos Aires”*, 2da. edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, 2007).

Sentado ello, y frente a lo que sostiene el impugnante, el *“a quo”* expresó las razones que lo llevaron a decidir como lo hizo, dando respuesta a todas las cuestiones invocadas por la Defensa, sin que se advierta que haya incurrido en afirmaciones absurdas o arbitrarias al tener por acreditada, tanto la reconstrucción histórica de los hechos en los términos propuestos, como la autoría responsable de la aquí imputada en los mismos.

A tales fines, el sentenciante realizó un pormenorizado análisis de las distintas piezas probatorias producidas en la audiencia de debate y de las incorporadas por lectura, que lo llevó a no dudar de colocar ese extremo en cabeza de R., no evidenciándose vicios lógicos que logren conmover el temperamento adoptado.

Así, el órgano juzgador formó convicción acerca del suceso ventilado, principalmente en virtud de lo relatado por la víctima de autos –M. A. G.- en el marco de la Cámara Gesell, quien señaló categóricamente haber sido invitado por su madre a bañarse con ella cuando tenía once años de edad, siendo manoseado por ésta -logrando excitarse-, para luego ser inducido a que la penetre, lo cual se concretó efectivamente por la vía anal. Amén de lo dicho, refirió que su progenitora se depilaba las partes íntimas en frente de él, y reconoció que se excitaba con ella.

Si bien los dichos de la víctima resultan ser los únicos que sustentan en forma directa la imputación contra la encartada en los hechos, lo cierto es que ello no es más que una consecuencia lógica de la modalidad mediante la cual se llevaron cabo los ilícitos en cuestión, donde la victimaria eligió y buscó especialmente la soledad de su hijo para desplegar la conducta descrita, y si a esta altura su relato resultó convincente, el juzgador podrá fundar su sentencia en los mismos, los que junto con el resto de los

elementos de prueba obrantes en la causa, le darán sustento sobre la base de la sana crítica en la valoración de la prueba en materia penal.

Considero que la singularidad del testimonio cargoso no es obstáculo para formar convicción suficiente en el juzgador: si su sinceridad emana del relato y de las respuestas lógicas y coherentes ante un exhaustivo interrogatorio y si es evidente que la impresión subjetiva reposa también en elementos objetivos, la credibilidad del discurso y las contestaciones razonables al interrogatorio que puso a prueba su verosimilitud. En el “*sub judice*”, la declaración de M. G., cumple con las condiciones enunciadas.

Con relación a los dichos del nombrado, es dable poner en relieve las conclusiones vertidas por la psicoterapeuta Marcela Toundaian acerca de su credibilidad y consistencia: “...*Creo en el relato, me parece que es verídico, cuenta detalles, distintas situaciones, no hay inconsistencias, lo sostuvo a lo largo de tres años; en fin, no tengo por que desconfiar...*”.

Asimismo, nótese que de la lectura del veredicto surge que “...*Para la perito oficial, licenciada en psicología Gabriela Do Curral, del Cuerpo Técnico Auxiliar del fuero Penal Juvenil, tampoco hubo dudas acerca de la veracidad del relato del menor y la consistencia del mismo fue, para ella también, su característica principal; ahondó, además, en que podía diferenciar la fantasía de la realidad, no tenía defensas psíquicas o inconcientes y “lo que apareció en el relato es que M. fue puesto en un lugar de un adulto donde hubo acercamiento sexual”. En lo tocante a sus entrevistas esencialmente recordó síntomas de angustia que tenían que ver con acercamientos corporales con su mamá, primero visuales y luego más intensos. Se sentía con ganas de tener sexo todo el día “mucha erotización que no lo dejaba ni dormir” y era evidente la sensación de angustia “se sentía mal, culpable”. En las transferencias de los recuerdos aparecieron los contactos sexuales con la madre, que la veía desnuda, que lo llamó para bañarse juntos y, aunque después le costó mucho habló del intercambio sexual intenso con la mamá “decía algún detalle y yo lo escuchaba, no es*

que le interrogaba, no era algo agradable para él, le producía mucha angustia”...”.

De esta manera, entiendo que los testimonios brindados por ambas profesionales resultan elocuentes por demás, sin perjuicio del denodado esfuerzo demostrado por la defensa en su libelo para desacreditarlos.

Por otra parte, no puede pasar inadvertida la actitud asumida por el menor con posterioridad al hecho, es decir, *“...ansiedad severa, nerviosismo, rendimiento escolar deficiente y conductas perturbadoras tanto en la interacción en el núcleo parental y relacional primario, como comportamientos sexuales de alto riesgo...”.*

En este sentido, a contramano de lo manifestado por el Dr. Rombolá, estimo que si bien es cierto que las conductas reseñadas en el párrafo anterior objetivamente pueden obedecer a otras cuestiones traumáticas -tal como el divorcio de sus padres-, no es menos cierto que el suceso padecido por la víctima insoslayablemente puede acarrear dicho resultado, lo cual, por otra parte, se encuentra acreditado a través de lo explicado oportunamente por las profesionales de mentas.

Asimismo, S. L. L., actual pareja del denunciante, aportó precisiones acerca del comportamiento sexual exacerbado del menor luego del hecho, haciendo hincapié en que no encontraban una psicóloga para que lo trate, por lo que decidieron que una amiga cercana, C. P., hable con M. en virtud de su excelente llegada con los chicos y adolescentes.

Es así que la nombrada P. refirió haber hablado semanalmente con la víctima cuando éste contaba con trece años de edad. En su declaración reprodujo las expresiones del menor que daban cuenta que a los once años se había acostado con su progenitora, manifestando puntualmente que *“...fue la madre que lo invita a tener relaciones “que se lo haga por la cola”...”*, lo cual resulta coincidente con lo manifestado por M. en Cámara Gesell.

Adunado a lo expuesto, es dable destacar que del informe elaborado por el Servicio Local de Protección y Promoción de derechos de Niños,

Niñas y Adolescentes de la Dirección de Políticas de Niñez y Juventud del Municipio de Morón, se desprende que el damnificado *“...habría sido víctima de abuso sexual por parte de su madre. Relata diferentes escenas en las que habría sido violentado desde sus 5 años de edad...”*.

En este contexto, el Tribunal concluyó que *“...Un detalle que trasciende es que nadie que pasó por la audiencia pudo decir, siquiera, que M. fuera mentiroso ni fabulador (...) Ese relato que M. hizo de las conductas sexuales con su madre frente a la cámara Gesell, denotó nerviosismo que se corrobora con toda su motricidad, es decir continuo movimiento de sus pies, pedidos de vasos de agua, quiebres que interrumpían su narración, señales ineludibles pero que dan cuenta a las claras las graves consecuencias que repercutieron en su psiquismo para pensar, y por ende para organizar su vida de relación...”*.

Con relación a la crítica defensiva -reeditada en esta instancia- vinculada con la construcción y contaminación del relato por parte del menor hasta el momento en que declaró, el “a quo” expresó con meridiana claridad que *“...ninguna contaminación se advierte en ese relato como presupone la defensa, y; el hecho de haberlo contado en varias ocasiones antes de la cámara de Gesell, lejos de invalidarlo como es su propuesta, trasunta la veracidad: fue siempre el mismo en lo central y neurálgico...”*.

Desde otro andarivel, la imputada en una clara maniobra tendiente a ubicarse en una mejor situación procesal, intentó direccionar la realidad de lo acontecido y deslindar su participación en los hechos que se le imputan poniendo su energía *“...en buscar culpables ajenos...”*.

Su versión, valorada correctamente por el “a quo”, no solamente resulta carente de sustento, sino que además contradice el resto del plexo probatorio sobre el que se apoya con justeza el fallo recurrido.

Considero que el órgano jurisdiccional posee amplia atribución para seleccionar los medios de prueba y para apreciarla, ya que tan sólo debe ajustar sus conclusiones a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común y sentido común cuya aplicación queda sometida a la

rectitud, prudencia y sabiduría de los jueces. (ver Carreras, Eduardo, *“La sana crítica y el testimonio del coprocesado”*, J.A., 15-1972, pág. 629; C.Fed., Sala I, L.L., del 18/12/1995, f. 93.861 y conf. STJ DE FORMOSA, Causa: "Romberg, Hugo Ramón s/Instigación y participación sec. de homicidio doblemente calif.- Romberg, Carmen Alcira s/Participación necesaria de homicidio doblemente agravado- Benítez Ramírez, Cristóbal-López, Cándido Salvador s/ Homicidio" -Sentencia N° 1618/02- de fecha 09/09/02) y es lo que se ha hecho en la presente.

Las reglas de la sana crítica que guían al juez en la valoración de las circunstancias fácticas, según Couture, son aquellas pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

Por su parte, Vélez Mariconde define al método de la sana crítica como aquél *"que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad (en principio, todo se puede probar y por cualquier medio), y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común"*. (Vélez Mariconde, Alfredo, *“Derecho Procesal Penal”*, Bs. Aires, 1969, Ed. Lerner, T° 1).

En cuanto a la valoración de la prueba testimonial, tiene dicho la Sala II de este Tribunal de Casación Penal en causa N° 2789 “Román”, entre otras, que el grado de convicción que cada testigo provoca en los jueces de mérito configura una cuestión subjetiva perteneciente a la esfera reservada por la ley para los Magistrados del juicio quienes por su inmediatez frente a los órganos de prueba, son los encargados de establecer el mayor o menor valor de las declaraciones testificales.

Los argumentos utilizados por el impugnante no constituyen mas que una fragmentaria, parcial y subjetiva valoración de los elementos de prueba computados por el *“a quo”*, resultando los mismos insuficientes para demostrar la existencia de vicios graves y manifiestos que permitan

descalificar el fallo como un pronunciamiento judicial válido, de modo tal que la sentencia atacada cumple con todos los recaudos legales, por lo que estimo que el material probatorio es suficiente para concluir en la responsabilidad penal del encausado, no advirtiéndose apartamiento alguno a las reglas de la lógica y la experiencia.

Es a todas luces evidente que las conclusiones de la sentencia impugnada se basaron en un lógico razonamiento que no presenta fisura alguna de prueba pertinente, seria, decisiva y convincente, luciendo el reclamo insuficiente, siendo las críticas efectuadas consideraciones meramente dogmáticas que no alcanzan a conmover lo decidido, debiendo decaer el motivo de agravio esgrimido en este punto.

c) Mejor suerte habrá de correr el embate vinculado con la calificación legal de los hechos traídos a conocimiento, con los alcances que se señalarán.

En lo que atañe a la primera de las figuras cuestionadas, en contra de lo resuelto por la mayoría del Tribunal, considero que sólo puede ser sujeto activo del delito de abuso sexual con acceso carnal una persona del sexo masculino, siendo que el concepto “acceso carnal” implica la introducción del órgano sexual masculino en la vagina, ano o boca de la víctima.

Así se ha expedido la Sala II de este Tribunal en el marco de la causa 34.821 de fecha 24/4/09) dejando en claro que “...*La figura del abuso sexual con acceso carnal constituye un delito de propia mano, desde que solo puede tener acceso carnal y, por ende, realizar la acción típica, el individuo que penetra con su aparato genital en la vagina, en el ano o en la boca del sujeto pasivo...*” -según voto del Dr. Celesia-.

Por su parte, prestigiosa doctrina tiene dicho que sujeto activo del abuso sexual con acceso carnal “...*sólo puede ser el hombre, ya que es el que posee, como es obvio, el miembro viril, que sirve para la penetración...*” (Conf. Donna, Edgardo Alberto, “Delitos contra la integridad sexual”, Editorial Rubinzal - Culzoni, pág. 60).

Desde otra perspectiva, discrepo con los argumentos esbozados por el recurrente con relación a la aplicación del art. 125 del digesto de fondo por el Tribunal interviniente.

Estimo que las conductas desplegadas por R. resultan contenidas por la figura analizada, en tanto que las mismas comparten objetivamente las características de idoneidad con potencialidad corruptora que entrañen peligro de desviar el comportamiento sexual de la víctima, y que dada la modalidad y consecuencias de dichas prácticas, fue posible inferir que la imputada actuó con dolo directo.

En efecto, la forma en que la madre efectuó los tocamientos a su hijo de once años, sumado a la incitación a que éste la acceda carnalmente -lo cual efectivamente sucedió-, cumplen cabalmente con las condiciones precitadas. Si a ello, le añadimos las acciones de naturaleza sexual desplegadas por R. al exponerse en otras ocasiones desnuda frente al niño, amén de realizar actos masturbatorios a la vista del mismo, la crítica defensiva deviene completamente carente de asidero.

Dice Soler, a mi juicio con acierto, que *“...corromper tiene un sentido esencialmente psicológico y moral, de manera que se dice corruptora la acción que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad...”*, agregando a continuación que en éste aspecto *“...es preciso precaverse de la influencia de ideas excesivamente elevadas de moralidad y ascetismo...”* y que *“...la acción corruptora debe ser medida no ya con relación a un tipo perfecto de relación sexual monogámica y casta, sino con el tipo de pura relación sexual en el sentido biológico-natural...”* (Soler, III, pp. 98).

Agrega el autor que, para ser calificada de corruptora, la acción debe tender a la alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se realiza en sí mismo, ya sea por inculcarse a la víctima el hábito de prácticas puramente lujuriosas o depravadas, o por actuarse en forma prematura sobre la sexualidad aún no desarrollada. Debe tratarse, en definitiva, de un

acto -o serie de actos- tendientes a dejar una huella psíquica de carácter deformante.

Es decir, que aparezcan ordenados a producir una degradación en la formación de la personalidad del individuo (Conf. Donna, Edgardo Alberto, "Delitos contra la integridad sexual", Editorial Rubinzal - Culzoni, pág. 132 y ss.), en función de su carácter perverso, prematuro o excesivo (Conf. Gavier, Enrique, "Delitos contra la integridad sexual", pág. 87) como sucedería con los actos de bestialismo, orgiásticos o de muy subida sexualidad. Y si bien no se requiere la reiteración de actos (Creus, I, 487); ni la habitualidad del autor (Nuñez, III, vol. II, pág. 346), y que muchas veces la proyección corruptora sólo puede alcanzarse a través de un trato sexual frecuente y cotidiano que, aun cuando no pueda resultar cualitativamente perverso, aparezca como claramente excesivo y desmesurado.

En definitiva, sobre la base de lo expuesto, estimo que la correcta significación jurídica que corresponde asignarle al evento en trato es la de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la condición de ascendiente de la imputada en concurso ideal con corrupción de menores agravada también por su condición de ascendiente.

d) Respecto del cuestionamiento introducido en este acápite, sin perjuicio de lo esbozado en el punto anterior, considero que, si bien el Código de fondo prevé la misma escala penal para las figuras motivo de discusión -abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la calidad de ascendiente y abuso sexual con acceso carnal agravado por la calidad de ascendiente-, lo cierto es que la gravedad que reviste la denominada violación resulta evidentemente mayor, lo que conllevaría a disminuir la pena oportunamente aplicada.

No obstante ello, resulta insoslayable que el legislador ha equiparado la lesividad que ambas conductas en su modalidad agravada provocan al bien jurídico tutelado. Así es que, al encontrarnos frente a una misma escala penal, ya habida cuenta de las circunstancias del hecho puesto en cabeza de la imputada R., las cuales demuestran una gravedad inusitada según

surge de la reconstrucción realizada por el “*a quo*”, es que encuentro adecuada la cuantificación de reproche escogida por el sentenciante.

Finalmente, en respuesta a lo manifestado por el Dr. Rombolá en su presentación, debo señalar que la Suprema Corte de Justicia ha descartado expresamente la obligación de partir siempre del mínimo legal de la escala penal y también ha sostenido que la inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes no implica de por sí la necesidad legal de imponer el mínimo de pena contemplado para el delito respectivo, ni la transgresión de los arts. 40 y 41 del Código Penal (cfr. P. 56.481, sent. del 27-II-1996 y P. 38.661, sent. del 6-II-1990), como asimismo que no existe punto de ingreso a la escala penal (cfr. P.79.708, sent. del 18-VI-03).

En consecuencia, voto parcialmente por la afirmativa.

A la misma segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto de mi estimado colega que abre el acuerdo, mas he de apartarme del cambio de calificación que propugna.

I.- Puesto que el bien jurídico protegido por el Título III, Capítulo II del Código Penal es sin lugar a dudas la protección a la libertad sexual - entendida ésta como el derecho de la persona de elegir voluntaria y libremente el trato erótico y determinar su conducta sexual- el victimario del delito tipificado en el artículo 119 del digesto de fondo, en pos de una correcta aplicación del constitucional principio de igualdad establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, puede ser tanto el hombre como la mujer. Este último caso ha traído desde antaño discusiones doctrinales al respecto.

Como afirmara en el párrafo anterior, la discusión planteada sobre la condición que ha de tener el sujeto activo ha dividido las aguas histórica y actualmente conforme las redacciones legislativas que ha sufrido el artículo 119 del Código Penal y que se ahora se analiza.

La posición tradicional al respecto ha afirmado que sólo el hombre es autor del antiguo delito de “violación”, hoy abuso sexual con acceso carnal.

Dicha postura se basaba en la fórmula legal del digesto de fondo en cuanto disponía “...se *tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo...*”.

Así, el varón era el único anatómicamente y fisiológicamente capacitado o posibilitado para “tener acceso carnal”, o sea, penetrar sexualmente a la víctima. En síntesis: el tipo objetivo del delito de “violación” estaba conformado por la conjunción de las circunstancias que atentaban contra la voluntad o la capacidad de comprensión de la víctima y el “tener” acceso carnal con ella, en virtud justamente de esa falta de consentimiento.

Conforme la construcción armónica entre el “tener” y el “poder penetrar” sólo el hombre era quien únicamente podía revestir el carácter de sujeto activo del delito de violación, desde que estaba fisiológica y anatómicamente dotado para realizar el acceso carnal exigido por el tipo penal en análisis.

II. a.- Las nuevas y modernas concepciones sobre el bien jurídico y las relaciones sexuales han cambiado y abierto el panorama, amplían el marco de aplicación y agregan nuevas discusiones al respecto. La reforma operada por ley 25.087 del año 1999 ha tenido en cuenta, sin duda, esta perspectiva más amplia.

Adelanto que a mi entender permiten tener como sujeto activo del delito en análisis a la mujer que se ha hecho acceder carnalmente; mas tampoco –hay que remarcarlo- ha logrado conciliar posiciones y dar una respuesta uniforme a la cuestión.

La reforma operada por ley 25.087 no es incoherente, ya que justamente, conforme los nuevos paradigmas y concepciones sexuales, intenta proteger con más amplitud la “integridad” y la libertad sexual de quien es víctima de un hecho aberrante contra dicho bien jurídico.

El tipo penal actual que reemplazó a la vieja “violación”, lo hizo en respuesta grave y firme ante el desenfreno y desprecio de la ola delictiva que tenía y tiene como destinatario al mal llamado “sexo débil” y a la integridad y libertad sexual de los más desprotegidos.

Además esta ampliación legislativa es una respuesta, un “*aggiornamento*” de la vetusta normativa, en coherencia y respeto a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos y acorde a los más elementales principios del Estado de Derecho.

b.- Al leer los debates legislativos donde se planteó la discusión se evidencia el espíritu del legislador al proponer y aprobar la ampliación de los llamados delitos contra la honestidad: ya el mismo nombre, en la relación género/especie, establece el nuevo marco de protección del bien jurídico: delitos contra la libertad sexual.

Sostuvo la diputada Carrió “...el *nuevo encuadramiento que se propone, pretende conceptualizar estos delitos teniendo como base que el bien jurídico protegido es la integridad y la dignidad de las personas, independientemente de cualquier otra consideración. Así, se propone modificar la definición del artículo 119 (violación), partiendo de un concepto más amplio y teniendo en consideración la defensa del bien jurídico mencionado*”.

La reforma no es caprichosa, y una de las principales consecuencias positivas es poner en pie de igualdad a las víctimas de estos aberrantes tratos. Mas aún: la nueva normativa penal brinda una mayor protección y respuesta –tanto a esas víctimas como a toda la sociedad– ante el hecho ilícito cometido, ampliando justamente el marco de imputación, sin violar de modo alguno el principio de legalidad del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Esta cobertura más amplia para la protección de las víctimas, tratándose de menores, es congruente con los Tratados de Derechos

Humanos de jerarquía constitucional suscriptos por nuestro país: que no sólo ponen en pie de igualdad a las víctimas de este tipo de delitos sino que también –y en el caso concreto igual de trato- de responsabilidad de los victimarios, sean estos de uno u otro sexo.

c.- Ya el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma los derechos fundamentales del hombre en su dignidad y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, teniendo correlato en la Convención Americana de Derechos Humanos cuando –también en su preámbulo- reafirma el respeto a los “*derechos esenciales del hombre*”.

Dicha Convención en su artículo 5.1 establece que “*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*”, para luego prescribir que “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*” (artículo 19 de la C.A.D.H.).

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere al respecto: “*Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*” (artículo 24.1 del P.I.D.C. y P.).

La declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas al aprobar la “Declaración de los Derechos del Niño”, reconoce en el niño que por “*...su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal*” (Declaración de los Derechos del Niño, O.N.U. 1959).

Finalmente es trascendental y clarísima la regulación de la Convención de los Derechos del Niño y en atención al interés superior del menor, establece: “*Los Estados partes, adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño*

contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual..." (art. 19 de la C.D.N, el subrayado me pertenece).

d.- Es por ello que la inspiración del legislador al reformar el Código Penal, allá por el año 1999, va en concordancia con las nuevas y sistemáticas protecciones positivas, y justifica de ese modo una **ampliación del ámbito de protección que –en el caso- tiene su inescindible correlato en la ampliación del sujeto activo o victimario** del ilícito en cuestión.

Es el mismo fundamento legislativo que sostiene *"Esta ampliación (la del sujeto activo) tiene su justificación en la comprobación de que los efectos psicológicos y físicos, emocionales y sexuales sobre la víctima son los mismos en estos casos que en los que mencionaba la figura tradicional"*.

Un paréntesis al respecto: recuérdese que el menor M. A. G. - conforme los testimonios y peritos que acudieron ante el tribunal- sufrió serios trastornos de su sexualidad. Recuérdese los dichos de su padre J. C. G., cuando dijo: *"...con el tiempo entendimos que vivía exaltado, excitado sexualmente, era lo mismo la abuela, la madre, cualquier cosa. Me enteré que tuvo relaciones sexuales con quien por ese entonces era mi pareja, C., y que quiso tener sexo con la hija de ella de cinco años de edad. Tampoco sabía si tener relaciones con hombres o mujeres, no tenía control, al hermano menor en una ocasión llegó a succionarle el pene"* (fs. 75 de la sentencia). La intervención de S. L. –pareja del denunciante- corrobora dicha versión: *"Un día, como cualquier otro me llamó por teléfono (la víctima de autos) y en el curso de la conversación me preguntó si yo algún día iba a acceder a estar con él. Lo paré en seco."*, propuesta de evidente contenido sexual con quien era la concubina de su padre. Finalmente el dictamen del Centro de Salud Mental no deja lugar a dudas: *"llega con invasión de pensamientos eróticos, loco"* y *"había en él una gran confusión"* (fs. 79 del presente legajo casatorio).

Y digo esto porque, justamente, estas consecuencias –además de otras- son la razón suficiente que justificó el cambio legislativo, protegiendo más integralmente la víctima ante los ataques de su victimario.

En pos de esa igualdad de trato entre las víctimas de estos perversos hechos, piénsese que una diferenciación en virtud de la protección del sujeto pasivo y desde un punto de vista típico penal nos haría caer en la incongruencia de penar más levemente un delito de abuso sexual con acceso carnal donde la víctima es un sujeto del sexo masculino y más gravemente cuando es femenino en relación del sujeto activo que realiza el ataque.

Desigualdad injustificada que atenta contra la normativa constitucional e internacional antes citada, desde que la protección en el caso debe ser igualitaria.

e.- Esta postura que encarno, claro está, me llevará a sostener una diferente óptica de lo sostenido por mi colega de primera nominación.

Porque el delito analizado, desde el tipo objetivo requiere que “*hubiere un acceso carnal por cualquier vía*”, siempre y cuando medien las circunstancias del primer párrafo, esto es, reprimir a “*el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo*”, cuando “*ésta fuera menor de trece años...*” (artículo 119, primer y tercer párrafo del Código Penal).

Lo establecido me lleva a afirmar que un abuso sexual con acceso carnal, significará que en el marco de las circunstancias enumeradas por el primer párrafo del tipo analizado debe existir un acceso carnal, esto es, la introducción del órgano sexual masculino en un orificio natural de otra persona, de modo que se produzca el coito y sin que importe que la penetración sea o no completa.

Claro está que una de las partes necesariamente deberá ser varón para que se produzca la penetración “*por cualquier vía*” de la víctima, sin entrar a discutir el concepto de coito.

Descrito así el tipo penal, vemos que en el caso de autos se dan los tres factores objetivos de la conducta típica: a) abuso sexual de persona de uno u otro sexo; b) que la persona abusada sea menor de trece años (recuérdese que quedó probado que M. A. G. tenía por aquél entonces once años) y c) que hubiere acceso carnal por cualquier vía (la víctima de autos fue claro al contestar: “...*tuve relación con la parte de atrás de ella. ¿Cómo se llama la parte de atrás de ella?... –la cola de ella*”).

Dicho esto y tenidos suficientemente acreditados los puntos b) y c) del tipo penal escogido por los sentenciantes, pareciera entonces ahora que la discusión radica en quién lleva adelante el abuso: cuándo el tipo hace alusión a “*el*” que abusare sexualmente ¿se refiere sólo al sujeto activo masculino en su capacidad fisiológica de penetrar, o incluye también al abusador de sexo femenino?.

Esto es, la discusión radica y pone énfasis en el recurso del casacionista en el llamado sujeto activo del ilícito.

f.- Desde un puntilloso y estricto análisis gramatical de la normativa del Código Penal, según abunda en otros tipos penales, el artículo “*el*” no implica sexo, no se limita a designar varones con exclusión de mujeres o mujeres con exclusión de varones, sino a personas de uno y otro sexo, porque en español el masculino es el “término no marcado”, susceptible de poseer un valor de indiferencia con respecto a la noción de sexo (cfr. Sánchez Márquez, Manuel: “Gramática Moderna del Español”, § 419). Por eso los artículos, sustantivos, pronombres o adjetivos de género gramatical masculino sirven para designar, evitando repeticiones tediosas e inútiles, una clase o un conjunto de seres de distinto sexo y/o asexuados. De modo que en el tipo penal analizado el artículo gramatical “*el*” supone el sustantivo “*hombre*” en su sentido original latino de “*ser humano*”, del cual depende la proposición adjetiva “*que abusare...etc., etc.*”.

Si alguien considera baladíes estas normas de la gramática (la que según Cervantes es “la puerta de acceso a todas las ciencias”) puede

conformarse con recordar que **el código penal rige para todos los ciudadanos, independientemente del sexo que fueren**. A mayor abundamiento, obsérvese que cuando otros tipos penales establecen el presupuesto "*el que matare*" (artículo 79 del C.P.), "*el que se apoderare ilegítimamente*" (art. 162 del C.P.), "*el que defraudare*" (art. 172 del C.P.), "*el que tomare parte de una asociación...*" (art. 210 del C.P.), incluso aquellas descripciones penales que requieren "*el funcionario público...*" (art 248 del C.P.), etc., evidentemente no hacen referencia exclusiva a ningún género o sexo

Desde este primer andarivel, entonces, queda claro que el agravamiento del tipo penal simple prescripto en el párrafo tercero no debe entenderse como de aplicación limitada al varón.

En primer lugar, por lo explicado anteriormente, o sea, por el alcance general de la norma, no restringida al género masculino sino dirigida a todas las personas sujetas a justicia.

En segundo lugar, porque la redacción vigente subraya esa generalidad de la norma -por sobre la diferencia de sexos- al usar la forma verbal impersonal "*hubiere*": "*cuando hubiere acceso carnal*" o lo que es igual, cuando 'exista', se 'produzca' el acceso carnal.

Así, se elimina la posibilidad de aplicar la norma solo al varón, que podría haberse entendido en base a la redacción anterior - "*cuando tuviere acceso carnal*"-, donde la forma verbal personal parecía referirse únicamente al rol funcionalmente "activo" del macho penetrador.

En conclusión, mal puede sostenerse que únicamente el varón sea sujeto activo del delito de abuso sexual con acceso carnal, cuando es la propia normativa la que no hace distinción alguna del sexo del autor. Son justamente sujetos (activo y pasivo) indiferenciados.

g.- Abonando el análisis de la normativa que vengo realizando, prestigiosa doctrina ha sostenido que: "...*el nuevo imperativo legal permite*

sostener que sujeto activo del delito puede ser tanto un hombre como una mujer...” (Jorge Eduardo Buompadre. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Ed. Astrea. 2012, págs. 197 y ss.).

Recuérdese en ese sentido que en el marco de la discusión parlamentaria la diputada Carrió sostuvo: *“La víctima y el autor pueden ser, según la nueva definición, de uno u otro sexo, dado que la gravedad de la ofensa no debe ser ligada al género de la víctima, aún cuando una mayoría abrumadora, casi excluyente, de estos crímenes son cometidos por varones contra mujeres”*.

Por su parte, como ya dijera anteriormente en el análisis que vengo realizando, *“acceso carnal”* sin lugar a dudas equivale a *“penetración”*, por supuesto del órgano sexual masculino, pero lejos está esta penetración de ser equivalente o sinónimo de una acción llevada a cabo sólo por el sujeto activo. Como ya dijera, no es el sentido sintáctico ni legal de la norma.

Así también siguiendo a Buompadre *“sería un contrasentido admitir la indiferenciación de sujetos en la figura básica y no hacerlo en la figura agravada (...) entendemos que la ‘ratio legis’ de la reforma ha residido, fundamentalmente, en una razonable voluntad de ampliar el círculo de posibles sujetos, por lo cual pareciera ser en principio irrelevante que, tratándose de un comportamiento abusivo, sea un hombre o una mujer el sujeto activo, u hombre o mujer la víctima”* (ob. antes citada).

h.- Como lo vengo sosteniendo desde el comienzo de la presente disidencia, los nuevos pensamientos que inspiraron la reforma y ampliaron la protección del bien jurídico, estableciendo los “Delitos contra la Integridad Sexual”, me permiten también afirmar que una víctima de este tipo de ilícitos puede verse afectada cuando la conducta es llevada adelante sea por un hombre como por una mujer, porque el comportamiento sexual debe configurar una conducta abusiva de la que se prevalece el autor o que la ley otorga *“de iure”* en el caso del menor.

En congruencia con lo anterior también ha afirmado José Luis Clemente: *“Creemos que la razón asiste a los que sustentan la posición de que tanto el varón como la mujer puede ser sujetos activos del delito (...) aunque habrá que admitirse que si bien la mujer (...) podrá serlo cuando cumplan un papel pasivo haciéndose penetrar vía vaginal o anal (...) sólo parece concebirse en los casos en que el sujeto que la penetre tenga menos de trece años de edad, o que esté privado de razón...”* (Abusos Sexuales. José Luis Clemente. Marcos Lerner Editora. Córdoba, págs. 98 y ss).

La doctrina inmediatamente antes citada se amolda al caso de autos y me eximen de mayores comentarios.

i.- A mayor abundamiento y en abono a la tesis que propugno al acuerdo, Víctor Felix Reinaldi se expidió en estos términos: *“...el cambio legislativo operado imponen una conclusión distinta. Ahora, cuando hubiere acceso carnal, el sujeto activo podrá ser tanto un varón como una mujer (...) porque la ley no exige que sea el autor el que ‘tenga’ acceso, sino que ‘tiene que haber acceso carnal’(...) Para nosotros, hay “acceso carnal” cuando el sujeto activo del delito es el sujeto que cumple un rol activo en la relación sexual, como cuando aquel sujeto desempeña en ella un papel pasivo, como es el caso de la mujer que se hace penetrar vía vaginal, anal u oral...”* (Víctor F. Reinaldi. Los Delitos Sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25.087. Marcos Lerner Editora Córdoba, 2° edición, págs.104 y ss).

El mismo autor cita en defensa de su tesis a Arocena, Parma, Pandolfi y Achával. Según éste último *“...la erección del órgano masculino puede ser lograda de manera no voluntaria en el sentido de atribuirle a la persona que provoca, a una droga, a un estímulo eléctrico, estímulos visuales, a la amenaza de un daño inminente sobre sí o tercera persona, etc.”* (en op. citada, pág. 106).

Manuel Gómez Tomillo afirma en su comentario al artículo 179 del Código Penal español que sujeto activo del delito de violación *“puede serlo tanto un hombre como una mujer (...) En relación con el acceso carnal por*

vía vaginal, anal o bucal, debe estar presente necesariamente un hombre, como se desprende de la expresión empleada por el legislador 'acceso carnal'..." (Manuel Gómez Tomillo. Derecho Penal Sexual y Reforma Legal. Análisis desde una perspectiva político criminal. Prof. Titular de la Universidad de Valladolid).

j.- Puede leerse en la obra del doctor Eugenio Raúl Zaffaroni: al referirse al sujeto activo del delito sexual con acceso carnal ilustra que *"También incidirá en la determinación del sujeto activo, el concepto de autor que se siga y si los abusos sexuales son delitos de propia mano..."* para párrafos siguientes afirmar que *"...entendemos que no se trata de delitos de propia mano, por lo cual el significado sexual y abusivo que debe revestir la conducta para ser típica de estos delitos y no de otros, conduce a la necesidad de precisar (...) las situaciones en que hay dominio del hecho (...) de las que no lo hay..."* (confr. Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni. Tomo 4. Editorial Hammurabi, págs. 512 y ss. en el comentario a los artículos 118/119 de Javier A. De Luca y Julio E. López Casariego).

Al respecto en dicha obra puede leerse cuando se refiere a los delitos contra la integridad sexual, bajo título 'Autoría y Participación' que *"Gran parte de la doctrina considera que se trata de un delito de propia mano en los cuales se exige al autor una ejecución personal inmediata del hecho descrito en la ley..."* para concluir en renglones siguientes *"...las nuevas concepciones aludidas, obligan a considerar en paridad de planos la situación vivenciada por la víctima, porque las relaciones sexuales para ser lícitas deben desarrollarse en pie de igualdad y lo que genera la **criminosidad es, precisamente, el quiebre abusivo de esa paridad. Desde este punto de vista, poco importan los roles asumidos por los sujetos intervinientes (...)** En tal contexto no encuentra respuesta satisfactoria la afirmación de que los abusos sexuales son delitos de propia mano..."* (ob. citada).

Es que, en definitiva, autor de este delito será quien domine el hecho, quien esté en condiciones objetivas y subjetivas de decidir la configuración central del acontecimiento toda vez que, podrá detener o proseguir la realización del suceso íntegro. M. N. R., tuvo y pudo durante todo el '*iter críminis*' que se le imputa la decisión de llevar adelante la acción abusiva sobre la libertad sexual de M. A. G. pudiendo incluso poner fin a su disvaliosa acción (en igual sentido Zaffaroni..., ob. citada, pág. 515).

k.- Finalmente y en consonancia con el sentenciante, esta postura que humildemente encarno, tiene su correlato en el derecho comparado, llamando a los casos como el juzgado en autos "violación inversa", a modo de ejemplo, el reciente artículo 156 del Código Penal de Costa Rica, establece que habrá violación "*...quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos: 1) Cuando la víctima sea menor de trece años...*" (cfr. art. 156 del C.P.C.R, así reformado mediante el artículo 1° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007, en www.iberred.org).

En la doctrina española puede citarse a modo de ilustración que la Ley Orgánica n° 11/1999, del 30/4/99, en el capítulo I, "De las Agresiones Sexuales", el artículo 180 inciso 3° estipula que serán castigadas las agresiones sexuales "*3.a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.*" Así también el artículo 181 inciso 2° en el Título II "De los Abusos sexuales" establece que "*A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.*" (en <http://www.boe.es/boe/dias/1999/05/01/pdfs/A16099-16102.pdf>).

III.- En definitiva, estos casos de "violación inversa" o "abuso sexual impropio", si se quiere difíciles de imaginar o de poco conocimiento para los tribunales, de ningún modo pueden ser excluidos del tipo penal del artículo

119 del Código Penal argentino, pues encajan típicamente tanto en su aspecto subjetivo como en el objetivo.

Esta es a mi entender la interpretación axiológica que debe primar, que no sólo inspiró la reforma sino que estableció el cambio de fórmula del tipo penal –si se quiere defectuoso- pero en respeto a la teleología jurídica de la descripción legal.

Es que, en congruencia con lo anterior, la interpretación gramatical, sistemática y bajo la estricta mirada del principio de legalidad de los párrafos primeros y terceros del tipo penal descrito en el artículo 119 del Código Penal –a lo que se suma la concepción del bien jurídico protegido entendido este como la autodeterminación sexual del hombre– me llevan a sostener que, conforme la nueva redacción establecida por la reforma del 14/5/1999, sujeto activo del presente delito puede ser tanto el hombre como la mujer, claro está, en la medida que exista, se establezca, acredite o “*hubiere*” acceso carnal por cualquier vía “*mediando las circunstancias del primer párrafo*”.

Por ello M. N. R. es autora penalmente responsable, sujeto activo, del delito de abuso sexual con acceso carnal, en perjuicio del su hijo menor M. A. G., debiéndose rechazar “*in totum*” el recurso de casación interpuesto, confirmándose en su totalidad la sentencia recurrida (Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Declaración de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas de 1959; artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño; 18 de la Constitución Nacional; 119 párrafo primero en relación al tercero del Código Penal; 168 y 171 de la Constitución Provincial; 106, 210, 373, 448, 450, 451 y 456 del Código Procesal Penal).

Voto por la negativa.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Maidana, dijo:

Adhiero al voto de mi colega doctor Kohan, con la calificación legal señalada por el doctor Natiello, en ambos casos, por compartir sus fundamentos y hacerlos míos.

Habré de agregar solamente que en los delitos sexuales, que anteriormente fueron un dominio de los delitos de propia mano, ya no hay en principio espacio para el carácter de propia mano.

El injusto en cuestión, no radica en el carácter reprobable de la conducta sino que contiene un resultado socialmente nocivo (lesión de bien jurídico), pues se ha impuesto el reconocimiento de que el Derecho Penal no debe proteger la moral, sino las condiciones de existencia de la sociedad y de los individuos que la componen.

La integridad sexual protegida en la figura, puede ser afectada por autores mediatos y coautores exactamente igual que por la realización inmediata del acto corporal; en la redacción del tipo cualquier forma de dominio del hecho (en el caso de una mujer) puede fundamentar la autoría.

Es mi voto

A la tercera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:

Visto el modo en que han quedado resueltas las cuestiones precedentes, estimo que corresponde: 1) Declarar admisible el recurso de Casación interpuesto por el Dr. Oscar Daniel Rombolá en favor de M. N. R.; 2) Por mayoría, rechazar el mismo por improcedente, sin costas en esta instancia (arts. 16, 18, 28, 33 y 75 inc. 22 de la C.N.; 11, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 1, 210, 371, 421, 450, 451, 454 inc. 1, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P.; 119 y 125 del C.P.).

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Maidana, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve:

I.- Declarar admisible el recurso de Casación interpuesto por el Dr. Oscar Daniel Rombolá en favor de M. N. R..

II.- Por mayoría, rechazar el mismo por improcedente, sin costas en esta instancia.

Arts. 16, 18, 28, 33 y 75 inc. 22 de la C.N.; 11, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 1, 210, 371, 421, 450, 451, 454 inc. 1, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P.; 119, 125 del C.P.

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de la presente al Tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.

FDO.: MARIO EDUARDO KOHAN - CARLOS ANGEL NATIELLO - RICARDO R. MAIDANA

ANTE MI: María Victoria Nicastro