

EXPEDIENTE: XXX -- O, F. S.- CAUSA CON IMPUTADOS

**SENTENCIA NUMERO: CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO**

En la ciudad de Córdoba, a los quince días del mes de noviembre de dos mil dieciocho, siendo las doce y treinta horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por el señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos "**O, F. S. p.s.a. abuso sexual con acceso carnal - Recurso de Casación-**" (SAC XXX), con motivo del recurso de casación interpuesto por el doctor P.C.E., a favor del imputado F.S.O., en contra de la Sentencia numero treinta, del veintidós de marzo de dos mil dieciocho, dictada por la Cámara en lo Criminal, Correccional y de Acusación de Primera Nominación de la ciudad de Rio Cuarto.

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

- 1)¿Debe declararse la nulidad de la sentencia atacada por no haberse salvado el obstáculo de procedibilidad del art. 72, inc. 1º del CP?
- 2)¿Resulta nula la sentencia por vicios en su fundamentación?
- 3)¿Ha sido erróneamente aplicado el art. 119, segundo párrafo del CP?
- 4)¿Qué resolución corresponde dictar?

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

**ALA PRIMERA CUESTIÓN**

**La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:**

1. Por Sentencia n° 30, del 22 de marzo de 2018, dictada por la Cámara en lo Criminal, Correccional y de Acusación de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto, sala unipersonal, en lo que aquí interesa, se resolvió: "... 1.- Declarar a F.S.O., ya afiliado autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante continuado, y que corresponde a la acusación: A n° 93, de fecha 10/6/2014, del proceso SAC XXX, en los términos de los artículos 45, 119 segundo párrafo en función del primero y en consecuencia imponerle la pena de cuatro años y dos meses de prisión, accesorias de ley y costas del proceso (arts. 3, 5, 9, 29 inc. 3°, 40 y 41 del CP, 412, 550, 551 y cc del rito)" (f. 497 vta.).

II. El Dr. P.C.E., a favor del imputado F.S.O., interpuso recurso de casación en contra de la citada resolución invocando motivo formal (art. 468 inc. 2° CPP) de la referida vía impugnativa (ff. 500/511).

Se agravia en cuanto considera que no ha quedado debidamente removido el obstáculo de procedibilidad.

A continuación, refiere que la progenitora de la víctima formuló denuncia en cuanto esta última era menor de edad, específicamente tenía 13 años. Sin embargo, recrimina que la joven no fue citada a ratificarla ni a confirmar la constitución como querellante (art. 92 CPP), pese a que ya había adquirido los veintiún años cuando el juez de control confirmó el requerimiento de citación a juicio.

Posteriormente, indica que la madre de A.L.E. se limitó a comunicar de manera vaga y poco precisa la noticia criminis y jamás aportó un solo elemento probatorio tendiente a colaborar con el descubrimiento de la verdad. Califica de deficiente a la investigación penal preparatoria en cuanto no se

ofrecieron las declaraciones testimoniales del padre y hermano de la damnificada. Además, denuncia que durante la audiencia de debate nunca se le preguntó a la víctima si quería promover acción penal en contra del acusado.

Señala que le resulta llamativo que el querellante particular haya renunciado momentos antes de dar inicio a la audiencia. Por lo expuesto, sostiene que no ha quedado debidamente removido el obstáculo de procedibilidad del art. 72 CP.

**III.** De lo anteriormente reseñado, puede advertirse que el núcleo del agravio reside en examinar si en el caso bajo examen, respecto al delito de abuso sexual gravemente ultrajante -supuesto comprendido en el inciso 1º del art. 72 del CP-, se encontraba o no debidamente salvado el obstáculo de procedibilidad para que se ejerciera la acción penal y pudiera llevar a cabo la correspondiente investigación en contra del imputado F.S.O..

**1.** Para comenzar, es útil efectuar un breve análisis en relación a la regulación de la instancia por la ley y recordar las normas constitucionales y supranacionales en que se encuentra enmarcado el presente caso.

Es sabido que en los supuestos de delitos de acción pública dependientes de instancia privada, el ejercicio de la misma se encuentra subordinado a una manifestación de voluntad del agraviado, a menos que éste sea menor de edad no emancipado, en cuyo caso la misma es ejercida en orden excluyente por sus representantes legales, tutor o guardador. Es que nuestra ley no quiere que sea el menor sino sus representantes legales quienes resuelvan sobre la conveniencia de provocar un proceso que podría perjudicar tanto a él como a su familia (Cfr. VELEZ MARICONDE, Alfredo, "*Derecho Procesal Penal*", Ed. Lerner, 1981, T. II, pág. 270). Bajo la expresión "representantes legales", se encuentra en

primer término el padre y la madre, quienes ejercen conjuntamente la patria potestad; esto es, el conjunto de deberes y derechos sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado (art. 264 CC vigente al momento del hecho).

De tal manera, que los normativo del art. 72 CP, faculta a los padres a instar o no la acción penal en caso de un ataque sexual contra sus hijos menores; tal decisión supone una difícil y ponderada valoración de las circunstancias del caso y de los males que la publicidad del proceso pueda causarle a la víctima, mas la ley también sopesa y da prioridad a aquellos casos en que debe primar, además de la investigación y el castigo del delito ya cometido, la prevención de tales conductas.

Es decir que, si bien la ley autoriza a la persona ofendida o a quienes corresponda en su representación, a ocultar los hechos si así lo decidiesen, dicha autorización no es ilimitada y cesa, debiéndose proceder de oficio frente a determinadas excepciones, previstas en la misma norma.

Entre estas excepciones encontramos la hipótesis prevista en el penúltimo párrafo, última parte del art. 72 CP, que refiere *"se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador"*, como también la prevista en último párrafo del artículo citado agregado por la ley 25087, del 14/5/99, que refiere *"cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de éstos (ascendientes, tutor o guardador) y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél"*, retornando parcialmente a la fórmula consagrada por la ley 17567.

2. Bajo este marco conceptual, adelanto mi opinión en sentido desfavorable a las pretensiones de la defensa.

Ello pues, resulta claro que en la presente causa medió una manifestación inequívoca de la persona legitimada por la ley para instar el ejercicio de la acción penal dependiente de instancia privada, C.A.A., madre de la menor víctima. Así fue que, al momento de formular la denuncia, expresó que "es su deseo accionar penalmente por el delito que corresponda en contra de F.S.O." (f. 1 vta.).

Por consiguiente, es dable concluir que hubo una manifestación clara e inequívoca de la persona legitimada para instar, mediante la cual se puso en conocimiento de la autoridad judicial competente la existencia del hecho para que se lo investigue, por lo cual el fiscal de instrucción se encontraba autorizado a proceder como lo hizo; no siendo exigencia legal la posterior ratificación de la damnificada una vez que adquirida la mayoría de edad.

Por otro lado, cabe aclarar que no debe confundirse el supuesto aquí analizado, esto es instancia de acción (art. 72 CP y 6 CPP) con la participación de la víctima en el proceso penal como querellante particular a los fines de acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado (arts. 7, 91 y 94 CPP). Último supuesto, donde sí esta prevista la posibilidad de renunciar en cualquier estado del proceso (art. 95 CPP), tal como lo hizo A.L.E. (f. 421). En suma, deviene válido todo el procedimiento llevado a cabo en la presente. Voto, pues, negativamente.

**El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña dijo:**

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto y como consecuencia, me expido en igual sentido.

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

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma. Voto, por consiguiente, de igual forma.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**

**La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:**

I. Por otro lado, el impetrante dentro del mismo motivo casatorio (art. 468 inc. 2° CPP), se agravia del fallo de marras, en cuanto, considera que el sentencia resulta inmotivada (arts. 141, 142 y ss. CPP). Ello pues, alega, el tribunal de mérito omitió realizar una valoración integral, coherente y armoniosa de los elementos probatorios incorporados durante el proceso.

Así denuncia que el juzgador ha inobservado las reglas de la sana crítica racional al concluir que F.S.O. debía responder como autor penalmente responsable por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante continuado.

Cita jurisprudencia relativa al principio lógico de razón suficiente.

Pone especial énfasis en que las pruebas arribadas al proceso no hacen más que sembrar un mar de dudas sobre la participación de su defendido, incluso si se las confronta con las declaraciones de la víctima.

Aclara que el presente recurso no tiene por finalidad reprochar a la damnificada sus mentiras, ni cuestionar su integridad como mujer, sino que, simplemente, pretende desmenuzar el material probatorio de autos en aras de lograr una reconstrucción histórica de los hechos y así arribar a la verdad real.

Advierte que los hechos denunciados habrían ocurrido hace más de catorce años en una pequeña vivienda de propiedad de los abuelos de la víctima y del acusado, donde vivían entre seis y ocho personas.

En ese contexto, destaca que ninguno de los habitantes de dicha morada observó

nada y tampoco sospecharon que A.L.E. podría ser víctima de ataques sexuales. En ese sentido, resalta que esos moradores eran familiares de ambas partes, por consiguiente estima que resulta ilógico hipotetizar que estos se han puesto de acuerdo para favorecer al imputado.

Transcribe las declaraciones testimoniales de E.R.P., L.R.O., A.P y S.V.E.

Posteriormente, señala que el único elemento probatorio que pesa sobre el acusado O. es la confusa declaración de la damnificada, quien ha depuesto de manera diferente en cada una de sus exposiciones. Ante ello, solicita que se valoren de manera integral y conjunta sus dichos. De lo contrario (esto es ponderar solo una de sus declaraciones) implicaría convalidar una sentencia que parte de un testimonio mendaz y contradictorio.

Recuerda que durante el debate se incorporaron por su lectura la exposición informativa de f. 8 y la pericia psicológica, toda vez que estas estaban en franca contradicción con el relato que prestaba la víctima ante el tribunal.

Enfatiza que la denunciante siempre señaló que su hija no era precisa en relación a los sucesos delictivos y que incluso no indicaba fechas.

A continuación enumera las contradicciones en que habría incurrido A.L.E.:

**1.** Ante la fiscalía de instrucción (ff. 8/9) narró que los ataques sexuales ocurrieron de enero a diciembre (del año 2005) y que el agresor la accedía vía vaginal y anal. Además, señaló que permanecía acostada con el acusado durante dos horas, desde las tres a las cinco de la tarde. Añadió que aquél eyaculaba varias veces.

**2.** En cambio ante el perito psicólogo, dijo que "todo empezó en enero del 2004 y duró dos años, hasta diciembre de 2005". Hizo alusión a que "aparte de tocarme, me hacía como una violación, me penetraba por la cola".

3. Por otra parte, en el debate relató que el imputado "no lograba penetrarla, que solo una vez lo logró pero a medias", "nunca logró eyacular" y que "nunca intentó penetrarme vía anal".

4. Nuevamente citada a declarar durante la audiencia, reiteró que "nunca lo vi que eyaculara" y por la insistente pregunta del fiscal de cámara dijo "solo una vez hubo una penetración mínima". Ante las contradicciones con lo atestiguado durante la instrucción, manifestó "no recuerdo que alguien me haya inducido, capaz que lo inventé yo".

Luego, advierte que el tribunal permitió que A.L.E. declare en dos oportunidades en el plenario por las incertidumbres que habían generado sus dichos. Duda que, enfatiza, se vio reflejada en la resolución en crisis, donde se señaló que "ante la dicotomía entre la versión de los hechos dada en la investigación penal preparatoria por la víctima –exposición informativa- y la recibida en el plenario –testimonio-, el titular de la acción pública no solicitó su lectura en el plenario, no confrontó los actuales dichos (...) con los vertidos antes, ni tampoco solicitó su incorporación por lectura, razones por las que habré de valorar solo los dichos de la víctima oídos en el plenario y que encuentren corroboración con el resto de las probanzas".

Sostiene que ante semejantes contradicciones de la damnificada, que fueron confrontadas en el debate, resulta ineludible que hayan sido incorporadas por su lectura. Por consiguiente, entiende que deben ser justipreciadas.

Además, da cuenta que al finalizar el debate las partes acordaron incorporar la totalidad de la prueba, con excepción del testimonio de la licenciada en psicología P., en cuanto la defensa no estuvo presente al momento de entrevistar la niña y jamás fue relevada del secreto profesional.

Recrimina que ante la discordancia acerca de la modalidad comisiva advertida

por el tribunal debió favorecerse al imputado O.

Insiste que los dos años que habrían durado los sometimientos sexuales, nadie vio nada. Por ello sostiene que la menor miente y que incluso lo reconoció en el debate.

En apoyo a su postura, cita el informe médico practicado en la víctima que da cuenta de signos de una vida sexual activa incompatible con una penetración parcial y que tuviera relaciones sexuales consentidas recién a los dieciséis años. Además, afirma que de las fotografías tomadas en el interior de la vivienda - donde se habrían producidos los hechos- surge inequívocamente que el lugar era pequeño y que la cocina estaba pegada a la habitación a la que hace referencia A.L.E., de ello infiere que resulta imposible que la abuela o algún otro miembro de la familia no hayan podido visualizar los acometimientos sexuales.

También recrimina que la madre de A.L.E., pese haberse constituido como querellante particular no aportó ninguna prueba tendiente a colaborar con el descubrimiento de la verdad real.

Manifiesta que le resulta llamativo que ninguno de los acusadores ha ofrecido las declaraciones testimoniales del padre y hermano de la víctima.

Resalta que el testigo M.P.Z. hizo alusión a que A.L.E. era de mentir. Además, previene que el relato que le brindó la víctima a esta no coincide con el expuesto durante el proceso, precisamente en lo relativo al uso de preservativos como la modalidad comisiva.

Luego se pregunta si es posible arribar a una condena justa y certera ante semejantes mentiras. Asimismo, postula que la versión exculpatoria de su defendido encuentra correlato en los testimonios de H.O.G.y S. D. V.

Por lo expuesto, solicita la nulidad parcial de la sentencia (art. 413 inc. 4) y que, por cuestiones de economía procesal se disponga la absolución de F.S.O..

**II.1.** En concreto, el recurrente ha enfocado la impugnación fáctica de la sentencia en lo que hace a la prueba del hecho único de la sentencia, discutiendo la existencia de los mismos como la participación del acusado F.S.O..

**2.** Atento el agravio que trae el recurrente cabe señalar que la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al tribunal de mérito -entre otros recaudos- *tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio*, y efectuar dicha ponderación *conforme la sana crítica racional* (art. 193 CPP), en consecuencia, el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran -lógica, psicología, experiencia- debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia (art. 413 inc. 4º, CPP). De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que se contente solo con reproches aislados que no atiendan al completo marco probatorio o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquél. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica no alcanza a enervarla y la decisión transita incólume el control casatorio (TSJ, Sala Penal, "Martínez", S. n° 36, 14/3/2008; "Fernández", S. n° 213, 15/08/2008; "Crivelli", S. n° 284, 17/10/2008; "Brizuela", S. n° 89, 23/4/2009).

**3.** Cabe sin embargo enfatizar que las llamadas reglas de la sana crítica en la valoración de los relatos de los niños víctimas y testigos de delitos deben

ajustarse, por su especificidad, rango convencional y constitucional, a las directrices de buenas prácticas provenientes de documentos internacionales relevantes (Convención del Niño y Declaración sobre Principios Fundamentales para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder) "*sobre la base de un consenso de sabiduría contemporánea y de normas, estándares y principios regionales e internacionales relevantes*" (Núm. 1, Justicia para los Niños Víctimas de Delitos, Oficina Internacional de los Derechos del Niño, trad. y pub. en Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Colección de Derechos Humanos y Justicia N° 5, Poder Judicial de Córdoba, p. 163).

Estas directrices son aplicables a los procesos de justicia formales y están dirigidas a todos los profesionales -incluidos abogados, defensores, ministerio público, jueces, policía, profesionales de los equipos de salud y trabajadores sociales- (Núm. 6 y 9, b, doc. cit.).

Entre ellas se encuentra la que estipula que los profesionales "*no deben tratar a ningún niño como el típico niño de su edad o como una típica víctima o testigo de cierto delito*", regla relacionada con el derecho al trato digno (Núm. B, 1, b, Doc. cit.). De importancia, como ha sido reiteradamente resaltado en la jurisprudencia de la Sala Penal, es la directriz insertada en el derecho de los niños a la no discriminación, conforme a la cual cada niño "*tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz, y a que su testimonio se presuma válido y creíble hasta que se demuestre lo contrario, siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicacion u otro tipo de asistencia*" (Núm. B, 2, d, doc. cit.).

El niño/a es una víctima especialmente vulnerable, por lo cual los documentos internacionales han procurado disminuir la victimización secundaria

que producirá la intervención estatal, como integrante del derecho de las víctimas a un trato justo ("*serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad*"), pues la dignidad de las personas es consustancial al estado de derecho. Son manifestaciones del trato digno las recomendaciones relacionadas con el *acompañamiento* de las víctimas (CPP, 96) y la *recepción* del relato a través de modalidades especiales (CPP, 221 bis).

El acompañamiento del niño/a víctima en el proceso penal integra el principio concerniente a la "adecuación" de los procedimientos judiciales a las necesidades de las víctimas (Principios Fundamentales de Justicia para Víctimas, núm. 6, d), y desde la perspectiva victimológica se destaca su valor porque contribuye a que "la víctima y sus familiares no se sientan solos y aislados frente a las instituciones" (Marchiori, Hilda; Vulnerabilidad y Procesos de Victimización Post-delictivo. El derecho a la reparación, P. 53, en Serie Victimología, n° 12, Encuentro Grupo Editor, Córdoba, 2012).

Son suficientemente divulgados los cambios relativos a la recepción del relato que, a no dudarlo, configuran modalidades a favor de las víctimas, en sintonía con los documentos internacionales ("Manual de Justicia para Víctimas, Víctimas, Derecho y Justicia", 2° ed., p. 164 y 169, Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Colección de Derechos Humanos y Justicia N° 3, Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, p.173 y 174).

En consecuencia, las reglas de la sana crítica en materia de relatos de niños víctimas y testigos de delitos tienen un perfil diferenciado, como consecuencia de derechos convencionales y constitucionales que los consideran sujetos merecedores de una fuerte protección cuando sus derechos humanos han sido vulnerados, sin desmedro de los derechos de los acusados - Convención del Niño (19, 1) y 34, CN, 75, 23°, los documentos internacionales citados, y las

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, núm. 5, 11-

4. En la actualidad el relato del niño es objeto de prueba pericial e informativa por profesionales de la psicología, respecto a las posibilidades de fabulación, confabulación, componentes sensodescriptivos del relato, emociones que lo acompañan, explicaciones acerca de mecanismos de disociación, ambivalencia, silencios, modificaciones, retractaciones, posibilidades de invasión del discurso adulto, indicadores de victimización - entre otros aspectos relevantes para su ponderación-, las que recortan, por decirlo de algún modo, el ámbito de libre ponderación judicial.

La jurisprudencia casatoria ha sostenido reiteradamente (TSJ, Sala Penal, "Battistón", S. n° 193, 21/12/2006; "Chavez", S. n° 170, 30/6/2008; "Mendoza", S. n° 21, 27/2/2009; "Pedertera", S. n° 73, 5/4/2010; "Farias", S. n° 36, 28/9/2011, entre muchos otros) que "cuando media una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato de menores víctimas de un delito de las características mencionadas, 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 (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". Aunque el dictamen pericial no obliga al juez -puesto que éste debe someter dicho elemento de juicio a su consideración, a la luz de las reglas de la sana crítica racional- el magistrado no puede apartarse libremente sino "*en la medida en que funde debidamente los motivos por los que disiente con el perito*" (v.gr., si el dictamen aparece infundado o vacío de contenido, contradictorio con el resto de las pruebas, inverosímil, viciado de defectos formales o irregularidades

que lo nulifiquen, o si el perito carece de la calidad de experto, etc.). Es que si el juez acude al perito para proveer a determinada constatación fáctica de una base técnica que ante las partes se presente objetiva y controlable, carece de todo sentido prescindir luego de su dictamen sin exponer las razones de tal solución, como así también contraponer a la opinión profesional el parecer individual del magistrado en un área ajena a su incumbencia específica. Así se interrumpe la posibilidad de contralor externo de la decisión, en tanto las partes no pueden verificar la procedencia, adecuación y objetividad del conocimiento invocado por el juez y en consecuencia, tampoco pueden objetarlo desde la esfera técnica que es propia a dicha materia.

**III.** El abogado defensor ha enfocado la impugnación fáctica de la sentencia en la prueba que hace a la existencia de los hechos como así también a la participación del acusado F.S.O., es decir, cuestiona que hayan existido actos de contenido sexual por parte del imputado en perjuicio de A.L.E. En efecto, el impetrante soslaya que el tribunal de mérito para arribar a su conclusión, esto es la existencia de los hechos y la participación del acusado O., ponderó de modo global un cúmulo de elementos a saber (ff. 426/439 y 440 vta./443):

\* Testimonio de la víctima A.L.E., quien durante el debate relató que cuando ella se quedaba bajo el cuidado de sus abuelos, en horario de la siesta, precisamente cuando éstos se acostaban a dormir, su primo -el imputado-, aprovechaba para acercarse a la cama donde ella se encontraba. Seguidamente, indicó que este le tapaba la boca, le bajaba el pantalón y la bombacha, y luego él hacía lo mismo con sus prendas. A continuación, mencionó que aquél le frotaba su miembro viril en sus zonas pudendas. Aclaró que en una oportunidad "a medias logró la penetración".

Seguidamente, al ser preguntada por más detalles dijo "no sé yo era muy chica, jugaba a las muñecas" y ante la reiteración de los interrogantes respondió "ofuscada" y "visiblemente conmocionada" (tal como dejó constancia el iudex): "fui violada, fui violada, con o sin penetración, para mi violación es que te manoseen y que te rocen" (ff. 453 vta./455 vta. y 489 vta.).

Informe médico de A.L.E. (f. 6 incorporado al debate a f. 441 vta.), que frente al examen ginecológico, describió el himen con varios desgarros de antigua data. De lo cual concluyó que la niña de 13 años de edad a la fecha de la revisión "presentaba signos de vida sexual activa" (f. 472).

La declaración de la madre de la damnificada, C.A.A., que durante el debate relató que su hija le había manifestado que el acusado la violó. Aclaró que "tenía un dolor tan grande que no podía preguntar, solo lo básico".

Rememoró que su descendiente andaba mal en el colegio, que no era buena alumna y que repitió dos veces de grado.

Además, comentó que A.L.E. le había dicho que el imputado la amenazaba con "matar o morir el nono" (f. 455/vta.).

\* Al momento de formular la denuncia (f. 1 incorporada al proceso por su lectura a f. 441 vta.) aquella precisó "que según el comentario de su hija los supuestos abusos habrían ocurrido a la siesta, horario en que sus suegros se acostaban a dormir y su otro hijo se iba a gimnasia" (f. 458/vta.).

\* La testigo M.P.S (ff. 45/46 testimonio incorporado por su lectura al debate a f. 441 vta.), amiga de la damnificada, declaró que A.L.E. le dio una carta y luego le confió entre llantos la traumática situación que estaba atravesando en manos de su primo, puntualmente le narró que "casi todos los días tenía relaciones sexuales forzadas con su primo", tanto por vía vaginal como anal.

Además, refirió que la víctima le manifestó que aquel le tapaba la boca y la tenía amenazada (ff. 459/460 y 479).

\* Carta de A.L.E. dirigida a "P Y G" (f. 44 incorporada al debate a f. 441 vta.), donde la niña expresó: "yo dormía en la cama boca abajo y llega mi primo de trabajar y se acuesta en la otra cama (...) se me acerca y me toca por todos lados (...), se las hago más corta me violó y a todo esto él me tiene amenazada" (f. 472 vta. y 480).

\* Declaración testimonial de la directora de la escuela que concurría la damnificada, S.N.S. (ff. 58/59 incorporado por su lectura a f. 441 vta.), quien expuso que una maestra de A.L.E., S.S., le comentó que la niña le había dado un escrito donde le solicitaba ayuda por una problemática de sometimiento sexual del que habría sido víctima fuera de la escuela. Agregó que como los hechos no habían ocurrido en la institución educativa y la madre estaba anoticiada, ella no tomó participación (f. 462/463 vta.).

\* Testimonio de la maestra de la institución educativa, S.M.S (ff. 47/48 incorporado al debate por su lectura a f. 441 vta.), quien narró que A.L.E. le colocó una carta en el bolsillo de su guardapolvos y le manifestó que la leyera en su casa. Recordó que en la epístola la niña hacía referencia a situaciones de abuso sexual por parte de un familiar suyo y que luego, al hablar con ella le contó que "había sido violada por su primo" y que los hechos ocurrían a la siesta en la casa de sus abuelos. Añadió que "en el momento del relato la niña lloró muchísimo, que fue un momento muy difícil para ambas". Remarco que no se trataba de niña que mintiera o fabulara.

Asimismo, señaló que tanto a ella como a sus compañeras "le llamaba la atención el comportamiento de la menor, como demostrativo de un temprano

despertar sexual, pero luego que se enteraron del sometimiento sexual que la misma había sufrido, entendieron que se debía a esa circunstancia" (ff. 460 vta./461 y 480).

\* La docente M.G.B. (ff. 51/52 incorporado al debate a f. 441 vta.) también hizo alusión a que le "llamaba poderosamente la atención el comportamiento de A.L.E. dado que era evidente que su conducta resultaba ser un poco más madura que el resto de las niñas de su edad, específicamente en relación a sus movimientos, la forma de vestirse, de relacionarse o hasta de expresarse, que se correspondía con una persona adolescente".

Refirió que al enterarse de los hechos, hiló el escaso rendimiento escolar de la niña con el padecimiento que soportaba.

Enfatizó que no era una niña mentirosa o que llegara a inventar situaciones o fábulas (ff. 461 vta./462 vta.).

\* La pericia psicológica realizada en la víctima (ff. 19/20 incorporada al debate a fs. 441 vta.) dio cuenta que "puede relatar hechos concretos con detalles puntuales que una niña de edad o formación podría hacer si no lo hubiera vivido". Además, postuló que la joven no presenta alguna anomalía o perturbación que pueda tener origen en un abuso sexual.

En la ampliación de dicha pericia (f. 132), el licenciado se expidió sobre "la fiabilidad del relato de la menor". Sin embargo, aclaró que "si bien hace un relato con detalles de contenido sexual, resulta difícil determinar si los mismos fueron consentidos", ya que "desde la historia vital de la encartada y de la revisión médica se podría inferir una vida sexual activa" -sic-. Posteriormente, refirió que no se observan elementos que permitan afirmar que posee tendencia a la fabulación o la mitomanía (f. 472 y vta.).

En una posterior ampliación explicó que aquella conclusión acerca de la

fiabilidad de los dichos de A.L.E. se debía a que "el relato tiene una estructura lógica y surge de manera espontánea" (ff. 262 y 487).

\* Por su parte, la psicóloga tratante, S.F.P (ff. 1477/178 incorporado al proceso a f. 441 vta.), mencionó que A.L.E. era paciente suya cuando tenía doce años de edad aproximadamente.

Rememoró que el tema central de las entrevistas eran hechos de abuso sexual de los cuales, la menor había sido víctima por parte de un primo mayor de edad.

Declaró que "una de las primeras cuestiones que dejó salvada fue establecer si la menor estaba siendo influenciada por algún adulto, cuestión esta que no se daba en este caso puntual"

Describió que A.L.E. "le contaba que su primo, se le metía en la cama y para que ella no gritara le tapaba la boca y la hacía poner en una posición fetal y de costado en la cama, mientras él la agarraba de atrás".

Seguidamente, advirtió que esas posiciones físicas contenidas en su narración eran manifestadas corporalmente por la joven al momento de la entrevista. Aclaró que la niña hacía espontáneamente, sin darse cuenta de que estaba realizando esa posición. Dato este que, a su parecer, aportaba mayor credibilidad a sus dichos.

Precisó que la niña se largaba a llorar. Situación que, explicó, le permitía inferir que no fabulaba y no estaba influenciada por un adulto, pues "un menor, generalmente, no puede controlar, pues su desarrollo evolutivo todavía no alcanza ese mecanismo de defensa tan desarrollado como en un adulto" (ff. 463 vta./ 665 vta. y 480 vta./481).

\* El tribunal puso especial énfasis en que los testigos coinciden en que A.L.E. se angustiaba cuando hablaba del tema, específicamente que lloraba mientras narraba los hechos (f. 480 vta.).

\* La pericia psicológica del imputado (ff. 136/137 incorporado al debate a f.

442) en lo que respecta a su psicosexualidad sostuvo que "no se puede hablar de un perfil de abusador", sin embargo, "las características de la misma están íntimamente ligadas a las ya mencionadas de su personalidad (sentimientos de inferioridad, temor a ser criticado o rechazado, molestia ante las críticas) donde aparece como identificado con su sexo, que podrían llevarlo a conductas desajustadas" (ff. 473 vta./474 vta.).

2. Entonces, resulta claro que la defensa ha parcializado y descontextualizado el contenido de las pruebas de cargo, sin realizar una ponderación integral, por lo cual sus críticas no consiguen la fuerza necesaria para revertir la conclusión del sentenciante alcanzada con grado de certeza a partir de un examen conjunto y exhaustivo del material convictivo.

En efecto, la condena de F.S.O., no reposa en una única fuente de prueba -testimonio de la menor víctima-, sino que se sustenta en múltiples fundamentos probatorios ponderados de manera integrada al conjunto del material convictivo posibilitando arribar lógicamente y legalmente al resultado que se rechaza por ser perjudicial al imputado. A saber: vestigios físicos (desgarros en el himen, según consta en informe médico de A.L.E), conductas en la niña que no eran propias de su edad (notado por sus docentes -ver testimonios de S. y B.-), la personalidad de este (pericia psicológica de ff. 136/137) e indicios que dan credibilidad a su relato (en su narración brindó componentes de registro sensoperceptivo y primó la expresión emocional -angustia, llantos-, percibidos por su terapeuta P., su amiga S., la maestra S. y el sentenciante en la inmediatez del debate -f. 490-).

Ahora bien, atento que las principales quejas de la defensa giran en torno a que el tribunal de mérito ha tenido por probado el hecho solo en base al relato de la

menor víctima, debe señalarse que la argumentación construida por la defensa incurre en una lectura inadecuada del relato de la niña víctima.

Es que, no puede soslayarse que la declaración del niño, como se adelantó, adquiere particular valor probatorio dado las características del evento inequívocamente abusivo que narra en absoluta coincidencia en lo relativo a las circunstancias temporales, de lugar y persona, tal como remarcó el tribunal (ff. 481/vta. y 484 vta.). A ello se suma que la opinión de su psicoterapeuta, amiga, maestras y la pericia psicológica que dan crédito a sus dichos.

En dicho análisis, no puede pasar por desapercibido que si bien el perito concluyó sobre la verosimilitud del relato de A.L.E. (ff. 132 y 262), al inicio de su labor parecía diferir con esa apreciación en cuanto consignó que aquella "puede relatar hechos concretos con detalles puntuales que una niña de su edad o formación podría hacer si no lo hubiera vivido" (f. 20 vta.). Última cuestión, que luego dejó salvada al explicar que esa percepción se debía a que "le resultaba difícil determinar si los actos de contenido sexual habían sido o no consentidos ya que desde la historia vital de la víctima y de la revisión médica se podría inferir que tiene una vida sexual activa" (f. 132).

Más allá que la joven negó expresamente haber tenido relaciones sexuales antes de los ataques sexuales (ff. 20, 454 vta.) -y como consecuencia los rastros en su himen solo puede deberse a la conducta del acusado-, cabe remarcar que, la vida sexual de la víctima es una cuestión de su intimidad y resulta una injerencia arbitraria indagar sobre otras experiencias sexuales con otras personas, porque ello en modo alguno podía variar la situación atinente a que su primo, el acusado, la sometió a los doce años de edad a hechos de abuso sexual.

Por ello, y ante las preguntas que se formularon a la joven en la audiencia desarrollada trece años después de los hechos, resulta prudente recordar que la

Comisión IDH en relación a las deficientes investigaciones y sanciones de actos de violencia contra la mujer ha destacado "la revictimización de la víctima, cuando las autoridades muestran mayor interés en su vida privada que en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables. De esta forma, algunas autoridades administrativas y judiciales no responden con la debida seriedad y diligencia para investigar, procesar y sancionar a los responsables" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, Doc. 68, 20/01/2007, parágrafo 19) -el resaltado me pertenece-. Además, cabe puntualizar que la observación del licenciado en psicología acerca de un eventual asentimiento que deja inferir en su informe (que expresamente negó la víctima, f. 482), soslaya que el tipo penal en cuestión protege la integridad sexual, a punto tal que la ley niega al menor de trece años la posibilidad de consentir tales actos (art. 119 primer párrafo CP), siendo ello una presunción iuris et de iure. Las consideraciones enunciadas precedentemente del dictamen pericial ponen de manifiesto que el experto tuvo un enfoque sesgado por estereotipos acerca de la forma que una mujer víctima debería vivir su sexualidad. Es por ello que el tribunal fundó su conclusión en relación a la fiabilidad del relato de A.L.E. en las percepciones de su psicóloga tratante (P. a f. 464 vta.), las docentes (S. a f. 461, B. a f. 462 vta.) y amiga (S. a f. 460). Es que, si bien conforme la doctrina de esta Sala la pericia psicológica es una prueba importante en materia de delitos contra la integridad sexual (TSJ, S. n° 150, 30/6/11, "Sigifredo"; S. n° 305, 19/11/12, "Serrano"; S. n° 223, 27/6/14, "Diovisaldi"; entre otros), en el caso concreto no ha sido decisiva.

Recientemente la Corte IDH ha señalado que "los prejuicios personales y los

estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Los estereotipos "distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos", lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciadas. Cuando se utilizan estereotipos en las investigaciones de violencia contra la mujer se afecta el derecho a una vida libre de violencia, más aún en los casos en que estos estereotipos por parte de los operadores jurídicos impiden el desarrollo de investigaciones apropiadas, denegándose, además, el derecho al acceso a la justicia de las mujeres. A su vez, cuando el Estado no desarrolla acciones concretas para erradicarlos, los refuerza e institucionaliza, lo cual genera y reproduce violencia contra la mujer" (Corte IDH, caso "Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala", cit., considerando n° 173) (TSJ, S. n° 412, 12/10/18, "Romero").

Por todo lo dicho, estimo que no resulta arbitraria la conclusión del sentenciante acerca la credibilidad de los dichos de la damnificada en cuanto ello se apoya en material probatorio incorporado al proceso, más allá que durante el debate varió su declaración acerca de la completitud o no de la penetración al momento del acceso carnal. Cuestión que, terminó favoreciendo al acusado y por la prohibición de la *reformatio in peius* no corresponde examinar.

**3.** Sin perjuicio de ello, a los fines de satisfacer las expectativas defensivas del imputado, estimo atinado efectuar las consideraciones que a continuación se consignan.

**3.1.** En primer lugar, cabe señalar que los testimonios E.R.P,

L.R.O., A.P y S.V.E., no permiten descartar la existencia de los hechos, tal como lo sostuvo el juzgador (ff. 488/489), en cuanto ninguno lo ha negado categóricamente y entre ellos no han sido coincidentes sobre la organización de la casa de los O..

Asimismo, téngase presente que los hechos han sido fijados en horarios de la siesta (f. 492) y varios de ellos no se encontraban en el domicilio en esa franja horaria y quienes lo estaban, dormían. Así S.V.E. señaló que trabaja todo el día en el consorcio de camionero, se iba a la mañana de su hogar y regresaba a la noche y que según la actividad de su trabajo, regresaba o no al mediodía a su casa y cuando lo hacía se acostaba a dormir la siesta (f. 466 y vta.).

Por su parte, L. R. O. declaró que ella cursaba la carrera universitaria de Ciencias de Comunicación. Precisó que tres veces a la semana asistía a clases desde las 8 hasta las 20 hs. y que los otros dos días regresaba a las 14 hs. a su morada y se acostaba a dormir (f. 469).

Si bien E. R. P. atestiguó que rara vez se acostaba a la siesta (f. 468 vta.), tanto L.R.O. como S.V.E. mencionaron que ella junto a su marido (abuelos de la víctima y victimario) tenían la costumbre de dormir la siesta (ff. 466 y 469).

**3.2.** Por otra parte, es dable señalar que resulta intrascendente el planteo recursivo atinente a que no se ha citado a declarar al hermano y padre de la víctima, pues no se advierte en modo alguno como esto podría incidir favorablemente en la situación del imputado ante el categórico plexo probatorio cargoso que conduce a su condena.

Además, cabe reparar que si el defensor entendía que esas pruebas técnicas eran dirimientes, debió instarla oportunamente, esto es al momento de ofrecer prueba

(f. 388) o a través del instituto de prueba nueva (art. 400 CPP).

4. En definitiva, los aislados ataques del recurrente, no logran conmover la contundencia de la derivación efectuada de la *totalidad* de la prueba, no advirtiéndose vicio nulificante alguno en la fundamentación llevada a cabo por el tribunal sobre la existencia de los hechos y la participación de F.S.O. en los abusos sexuales cometidos en perjuicio de A.L.E. Voto, pues, negativamente la presente cuestión.

**El señora Vocal doctor Sebastián Cruz Lòpez Peña dijo:**

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

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

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma. Voto, como consecuencia, de igual forma.

**A LA TERCERA CUESTIÓN**

**La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:**

I. Por otra parte, el impetrante bajo el motivo sustancial (art. 468 inc. 1 CPP) se agravia en cuanto el tribunal concluyó que la conducta de O. debía calificarse como abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo CP), siendo que, a su juicio, esta debió encuadrarse en la figura básica (art. 119, primer párrafo CP).

Enfatiza que al acusado se le endilga el haber efectuados tocamientos a A.L.E. en forma continuada cuando ella se encontraba acostada en la cama y alejada de la vista de otras personas.

Critica que no resulta razonable medir el daño a la víctima luego de catorce años, más aun cuando por aquellos años se practicó una pericia psicológica que

concluyó que al momento del examen no presentaba ninguna anormalidad o perturbación que pueda tener su origen en un abuso sexual.

Pone especial énfasis en que si solo se justipreciaron los dichos de la damnificada durante la audiencia, donde refirió que solo una vez fue penetrada "un poquito", no entiende por qué se dispuso esa calificación.

A los fines de comprender lo anterior, aduce que resulta necesario tener presente dos cuestiones: una, que inmediatamente después a que el juzgado de control dispuso una falta de mérito, se dictó la elevación a juicio sin haber incorporado ningún otro elemento de prueba y segundo, que resulta ilógico "justificar" el examen médico obrante a f. 6 -cual fue practicado un año después a la fecha en que los hechos habrían cesado- en cuanto no condice con la aseveración de A.L.E. con respecto a que fue "penetrada parcialmente" y que no tenía relaciones sexuales con su novio.

**II.1.** En primer lugar, en relación al hecho atribuido al imputado me remito a lo reseñado en la segunda cuestión, específicamente al apartado III y lo sostenido por el tribunal de mérito a f. 492.

**2.** Al momento de la calificación legal, el juzgador encuadró legalmente el comportamiento endilgado a F.S.O. como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante continuado (arts. 45, 119 segundo párrafo CP).

**III.1.** El núcleo del planteo traído por el recurrente, evidencia su disconformidad con la solución del decisorio en orden al encuadre jurídico del hecho al que arribó el tribunal de juicio. Es así que, postula una hipótesis más favorable para su asistido, esto es abuso sexual simple, arguyendo que el accionar del acusado se limitó a realizar tocamientos en perjuicio de A.L.E.

**2.** Ingresando en el análisis de la cuestión traída a estudio, corresponde señalar

que, una vez declarada abierta la competencia por la vía del motivo sustancial de casación, este tribunal tiene la potestad para brindar la solución jurídica adecuada del caso bajo examen, aun valiéndose de argumentos distintos de los esgrimidos por el sentenciante, siempre que deje incólumes los hechos fijados por el tribunal a quo en la sentencia de mérito y no se viole la prohibición de la *reformatio in peius* -arts. 456 y 479 CPP- (TSJ, Sala Penal, S. n° 118, 20/12/2001, "Véliz"; S. n° 122, 27/12/2001, "Angioletti"; S. n° 74, 30/8/2004, "Perticarari"; S. n° 327, 11/9/14, "Arce"; S. n° 128, 27/4/15, "Cuevas"; entre muchos otros).

**3.** A continuación a los fines de dar una acabada respuesta debe recordarse que en relación a la figura de abuso gravemente ultrajante esta sala ha sostenido reiteradamente que dicha calificante 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 (art. 119, 3er. párr., *ibidem*- Ver inserción del Diputado Cafferata Nores, en "Antecedentes Parlamentarios", cit., p. 1614); lo que tuvo por objeto 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 (TSJ, "González", S. n° 82, 9/9/04; "Moya", S. n° 49, 9/4/2007; "Sicot", S. n° 206, 13/8/08; "Di Francisca", S. n° 459, 14/10/15, "Di Francisca").

Es que no es lo mismo el tocamiento 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° 25087, Lerner, Córdoba, 1999, p. 29; en el mismo sentido, Tenca, Adrián Marcelo, Delitos sexuales, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 57; Fígari, op. cit., 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 a la razón 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 fáctica relativa a 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).

Se aclaró asimismo que los casos encuadrables en el art. 119, 2do. párr., CP, serán siempre actos objetivamente impúdicos. Ello así, porque la reforma puso su acento en la gravedad de la agresión sexual, como dato objetivo, independientemente de la especial motivación que haya tenido el sujeto activo al cometerla (p.e., sádica, vejatoria, de venganza, desprecio, etc.), y del grado - elevado o bajo- de sensibilidad de la víctima hacia esta clase de trato (Véase Gavier, op. cit., p. 29; Clemente, op. cit., p. 82; Donna, Edgardo Alberto,

Delitos contra la integridad sexual, 2º ed., Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2001, p. 50; Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal: Parte Especial, 16º ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 216; Buompadre, op. cit., p. 389).

Ingresando ya al tenor literal de la norma, se indicó que el sometimiento sexual al que alude la norma, recepta aquellos casos en los cuales, mediando en términos generales un quebrantamiento de la voluntad, se expone a la víctima bajo el dominio de otra, reduciendo de esta manera al sujeto pasivo a un estado de cosa sobre la que se ejerce dicho dominio o disponibilidad, anulando la libertad o la autodeterminación sexual con la consiguiente minoración de su dignidad personal (Donna, op. cit., p. 48; Fígari, op. cit., p. 113 y 117. En el mismo sentido, Reinaldi, op. cit., p. 66; Creus, op. cit., p. 809; Arocena, op. cit., p. 54).

A su vez, se destacó que son "gravemente ultrajantes" aquellos actos sexuales que, objetivamente considerados, tienen una desproporción con el propio tipo básico y que producen en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí. Y se aclaró además que el calificativo de "ultrajante" es un concepto impreciso, toda vez que cualquier abuso sexual, justamente por ser abuso, tiene carácter ultrajante, por lo que correspondía a la jurisprudencia precisar prudencialmente en cada caso la extensión de dicho término (Creus, op. cit., p. 809; Reinaldi, op. cit., p. 67; Donna, op. cit., p. 49; Arocena, op. cit., p. 54 y 55, y nota 95; Fontán Balestra, op. cit., p. 215).

Por esta última razón y con fines ejemplificativos, se reseñaron algunos casos que la doctrina ha concordado en subsumir en esta figura agravada. En ese sentido se señaló que ello ocurría con el acto sexualmente abusivo realizado con trascendencia pública, o ante la propia familia (Creus, op. cit., p. 809; Pandolfi,

Oscar A., Delitos contra la integridad sexual (ley 25087), Ed. La Rocca, Bs.As., 1999, p. 31; Reinaldi, op. cit., p. 66; Clemente, op. cit., p. 83; Donna, op. cit., p. 58; Tenca, op. cit., p. 58; Arocena, op. cit., p. 56; Fontán Balestra, op. cit., p. 216; Fígari, op. cit., p. 115; Buompadre, op. cit., p. 389), los actos de bestialidad o de sadismo (Reinaldi, op. cit., p. 66; Clemente, op. cit., p. 83; Pandolfi, op. cit., p. 31; Fígari, op. cit., p. 116), con la introducción de objetos corpóreos e inanimados en el ano o en la vagina de la víctima actuando como sucedáneos del pene, esto es, con connotación sexual (Sen. Yoma, en "Antecedentes Parlamentarios", cit., p. 1623; Gavier, op. cit., p. 28; Reinaldi, op. cit., p. 66; Clemente, op. cit., p. 83; Donna, op. cit., p. 50; Arocena, op. cit., p. 56; Fontán Balestra, op. cit., p. 216; Fígari, op. cit., p. 115 y 116; Buompadre, op. cit., p. 389), la eyaculación en la cara de la víctima (Fontán Balestra, op. cit., p. 216), con la introducción de los dedos en la vagina o en el ano de la víctima (Gavier, op. cit., p. 28; Clemente, op. cit., p. 83; Donna, op. cit., p. 50; Tenca, op. cit., p. 57; Fontán Balestra, op. cit., p. 216; Fígari, op. cit., p. 115; Buompadre, op. Cit., p. 389 - T.Crim. n° 1, Necochea, Buenos Aires, 1/12/2003, "R. J. s/abuso sexual calificado por el vínculo, cit. en El Dial - AA1CD1; TSJ, S. n° 49, 9/4/07, "Moya"; S. n° 351, 28/12/09, "Gutiérrez"), y con la introducción de la lengua en la vagina o en el ano de la víctima (Gavier, op. cit., p. 28; Clemente, op. cit., p. 83; Donna, op. cit., p. 51; Fontán Balestra, op. cit., p. 216; Fígari, op. cit., p. 115; Buompadre, op. cit., p. 389, TSJ, "González", cit.), la fellatio in ore, para quienes consideran que la misma no constituye un acceso carnal (Pandolfi, op. cit., p. 31; Clemente, op. cit., p. 83; Donna, op. cit., p. 50; Buompadre, op. Cit., p. 389). Asimismo, esta Sala sostuvo igual calificación para quien apoyó su pene en el ano del menor discapacitado y ejerció fuerza para penetrarlo, masturbarse y eyacular luego en su boca (S. n° 102, 8/9/06, "Jara").

4. El contraste entre el referido marco conceptual y las particulares circunstancias de la causa permite concluir que la conducta enrostrada al acusado O. ha sido correctamente subsumida en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo CP) en cuanto la misma traspone los límites del simple abuso sexual. En efecto, le asiste razón al *a quo* en relación a que la objetiva consideración de la conducta desplegada por el imputado O. consistente en tocar distintas partes del cuerpo a la niña de doce años de edad a la fecha de los hechos, bajarle el pantalón y luego él hacer lo mismo, para después frotarle su miembro viril en la vagina -cuestión que ha sido soslayada por el impetrante-, configura *per se* un abuso sexual gravemente ultrajante, como consecuencia de la desproporcionalidad de tal conducta con la contenida en el tipo básico del primer párrafo del art. 119 del CP y de su carácter humillante para la víctima, que va más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí.

Por otro lado, cabe destacar un dato más que confluye en idéntico sentido: los hechos se reiteraron en innumerables oportunidades por un lapso de casi un año, tal como destacó el juzgador (f. 495 vta.) Por ello también se configura la "duración" prevista como configurativa del sometimiento gravemente ultrajante. Voto pues, negativamente.

**El señor Vocal doctor Sebastià Cruz Lòpez Peña dijo:**

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

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

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma. Voto, como consecuencia, de igual forma.

## **ALA CUARTA CUESTIÓN**

### **La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:**

Como resultado del acuerdo precedente, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. P.C.E., en su carácter de defensor del imputado F.S.O.. Con costas (arts. 550 y 551 CPP).

Así, voto.

### **El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña dijo:**

La señora 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 la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, como 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. P.C.E., en su carácter de defensor del imputado F.S.O. Con costas (550 y 551 CPP).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por el señor Presidente en la Sala de Audiencias, firman éste y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

TARDITTI, Aida Lucia Teresa  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR  
DE JUSTICIA

CACERES de BOLLATI, María Marta VOCAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SOSA LANZA CASTELLI, Luis María SECRETARIO/A GENERAL DEL T.S.J