

EXPEDIENTE: 1048309 - GONZALEZ, CARLOS MARCELO - CAUSA CON IMPUTADOS

SENTENCIA NÚMERO: CIENTO UNO

En la Ciudad de Córdoba, a los seis días del mes de abril de dos mil dieciséis, siendo las doce horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de los señores Vocales, doctores Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados **“GONZÁLEZ, Carlos Marcelo p.s.a. abuso sexual gravemente ultrajante -Recurso de Casación-”** (S.A.C. nº 1048309), con motivo de los recursos de casación interpuestos por el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Manuel Fernando C. Sánchez y por el Dr. Francisco José Sesto, en su carácter de defensor del imputado Carlos Marcelo González, ambos en contra de la Sentencia número cincuenta y cinco, del veintiuno de diciembre de dos mil doce, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Tercera Nominación de esta ciudad.

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

- 1º) ¿Se encuentra indebidamente fundada la condena dictada en contra de Carlos Marcelo González?
- 2º) ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 119, segundo párrafo del CP?
- 3º) ¿Se ha incurrido en arbitrariedad al individualizar la pena impuesta a Carlos Alberto González?
- 4º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Sentencia número cincuenta y cinco, del veintiuno de diciembre de dos mil doce, la Cámara en lo Criminal y Correccional de Tercera Nominación de esta Ciudad -Tribunal Colegiado-, en lo que aquí interesa, resolvió: “...*Declarar que **Carlos Marcelo González**, ya filiado, es autor responsable del delito de abuso sexual sin acceso carnal gravemente ultrajante (arts. 45, 119, 2° párrafo en función del párrafo 1° del CP), hecho contenido en la Acusación de fs. 414/440 e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de **seis años de prisión**, adicionales de ley y costas (CP, 40 y 41; CPP, 550 y 551)...*” (fs. 517 vta. / 518).

II. El Dr. Francisco José Sesto, articula recurso de casación en contra del decisorio mencionado, invocando el motivo formal de la vía escogida -art. 468 inc. 2° del CPP- (fs. 521/ 533 vta.).

Comienza por propugnar la declaración de nulidad del decisorio atacado por considerar que carece de motivación legítima. Así, señala que no se encuentra debidamente acreditada la autoría de su defendido en el hecho endilgado (fs. 521 vta.).

Considera que el *a quo* incurrió en una fundamentación global de la sentencia, toda vez que se limitó a transcribir los testimonios brindados en la causa sin establecer una conexión que demuestre que cada una de las pruebas mencionadas sirvió de antecedente probatorio para determinadas conclusiones de la resolución recurrida (fs. 526 vta.).

Asimismo, alega que para arribar a la sentencia condenatoria, el *a quo* se basó únicamente en el sospechoso, mentiroso y cambiante testimonio brindado por la denunciante, el cual no se vio corroborado por ninguna probanza independiente –informe médico o químico-, y no sólo eso, sino que además resultó

desvirtuado, en muchos puntos, con el resto de las declaraciones y elementos de prueba obrantes en la causa. En este punto, advierte que la testigo pretende involucrar falsamente al imputado en el presente hecho, a raíz de la enemistad existente entre ellos y por haberlo herido con disparos de arma de fuego (fs. 524, 524 vta., 526 vta. y 528 vta.).

En dicha línea argumental, sostiene que las declaraciones de Sandra Noemí Diazock, de Eduardo Darío Quinteros, de Mirta Onelli Reyna, y de Nahuel Reyna –a su ver testigos insospechados-, como así también el testimonio de Luis César Carrizo y la entrevista de contención practicada en la pequeña víctima -manipulada por su madre- quien nunca reconoció a González como autor del abuso, corroboran la exclusión total de responsabilidad criminal del imputado, y que las mismas fueron arbitrariamente desmerecidas y parcializadas por el sentenciante en base a meras sospechas o conjeturas, que hacen suponer que la sentencia es el resultado de la íntima convicción del Tribunal. Así, considera que de haberse valorado las pruebas mencionadas el juzgador hubiese concluido que si el hecho realmente existió, provino de una persona distinta al imputado (fs. 522/523 vta., 528 y 531).

En ese sentido, sostiene, por un lado, que en el lugar donde el niño jugaba al metegol había otros mayores, y por otro lado, que a nadie se le ocurrió averiguar quién era la tía a que hizo referencia la víctima y que chico vive al lado de dicha tía (fs. 522 vta.). Por otro lado, refiere que el sentenciante omitió valorar que la denunciante y el niño no le mencionaron a LCC –progenitor- que YMC previo a ser abusado había concurrido al metegol de Sandra y que el agresor había sido González (fs. 522 vta.).

III.1. Como se desprende de la reseña que antecede, el recurrente plantea que se ha fundado indebidamente la condena dictada en contra de Carlos Marcelo

González, pues el Tribunal, a los fines de justificar su decisión, incurrió en una fundamentación global.

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

a. En primer lugar, es preciso mencionar que de la atenta lectura de la resolución recurrida se desprende con meridiana claridad que el sentenciante no solo identificó debidamente los distintos elementos de convicción, describiendo el contenido de cada uno de ellos, sino que además explicitó la conexión de los mismos con los extremos subjetivo y objetivo de la imputación delictiva, y que le permitieron fundar, en el caso, la condena del imputado. Por ello, se advierte que el reclamo deducido por el impugnante en relación a la fundamentación global no resulta atendible.

b. Tampoco le asiste razón al recurrente cuando achaca a la sentencia haberse sustentado únicamente en el relato de la denunciante. En efecto, el análisis de la resolución puesta en crisis evidencia –como se verá más adelante- que el Tribunal basó su decisión no sólo en las manifestaciones brindadas por ella, sino que fundamentalmente tomó en consideración los dichos vertidos por el niño a diferentes personas a lo largo del proceso –los cuales han sido coherentes y coincidentes en su núcleo básico-. Repárese que YMC inmediatamente de sucedido el hecho, regresó a su domicilio y le manifestó a su progenitora “...*ma, el hombre me chupó el pitulín, me bajó los pantalones, y yo no quería ma, y me puso el pito en la boca...*” -señalándole la casa donde vivía el supuesto autor- (fs. 01/02). Estos dichos, fueron escuchados también por su abuela materna, quien al prestar declaración confirmó los mismos y se expidió en igual sentido (fs. 13/14). Seguidamente en la entrevista psicológica mantenida en la Unidad Judicial con la Licenciada Wortley, el niño manifestó “...*a mí un chico me llevó para la casa de él y él me chupaba el pito me bajaba los pantalones... me dijo que me baje los pantalones y yo me piraba y pensaba que me*

perseguía, él se bajó los pantalones y yo no lo veía, me tocó la colita...” (fs. 04 y vta.). Horas más tarde, YMC también le contó a su progenitor la traumática situación que había vivenciado (fs. 342/343). Finalmente en Cámara Gesell, casi un año después de acaecido el hecho investigado, la víctima refirió “...yo estaba acá jugando al metegol y me dijo vení que te voy a dar una monedita, fuimos a la casa de él y me chupó el pito... él me llevaba de la mano... me dijo que fuéramos al baño... me bajó el pantalón y me la chupó... me manoseó el pitito...” (fs. 49/51).

Además de los relatos referidos, el *a quo* tomó en consideración –teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos- un gran cúmulo de prueba indiciaria, que avala los mismos y apuntala la conclusión asertiva respecto a la condena del imputado, tales como:

***La pericia psicológica** realizada por una experta en la materia, que concluye que el niño es un testigo creíble, pues además de encontrar en él indicadores de vivencias traumáticas y de daños compatibles con situaciones abusivas de índole sexual, también determinó que no fabulaba, ni confabulaba, como así tampoco se observa en él tendencia a la mitomanía (fs. 294/295 vta.).

En efecto, cabe recordar, en lo que respecta a la valoración del relato del niño, que cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato, **la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada -cual sombra al cuerpo- de la explicación experta**, en tanto aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el Juzgador (o que, disponiendo de ellos, no pueden motivar su decisión por no ser controlables a las partes) y que por ende no pueden motivar su decisión (T.S.J., Sala Penal, S. n° 8, 1/07/1958, "Cortés"; S. n° 193, 21/12/2006, "Battiston"; S. n° 305, 19/11/2012, "Serrano", cfr., C.S.J.N., "González c. Trenes de Buenos Aires S.A."; "Medina c. Siam Di Tella, S.A.", 05/12/1978).

Las consideraciones que preceden, resta agregar, lo son en plena sintonía con las

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

***Los dichos de ambos progenitores y de la abuela del niño**, a quienes confió la traumática situación que le tocó vivir y que respaldan en lo medular su versión de los hechos en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar (fs. 01/02, 13/14, 342/343).

***La pericia psicológica del imputado**, de donde se desprende que éste posee una estructura de personalidad con tinte egocéntrico, pasivo y dependiente. La economía psíquica aparece centrada en darle estabilidad al sistema y en la satisfacción de sus necesidades particulares con marcadas dificultades para tener en cuenta al otro en su alteridad y subjetividad. A nivel sexual se advierte una identificación a su sexo biológico enmarcada en aspectos parciales, pobremente simbolizados, denotando pobreza discriminativa en los modos de posicionamiento sexual. Por su estructura y dinámica de personalidad, se infieren elementos disfuncionales en el control y adecuación de los impulsos a las exigencias de la realidad, lo que puede derivar en conductas de impulsividad franca, poco disciplinada y pobremente discriminada, las que podrían ser de contenido sexual (fs. 197/198, 400/401).

***El cambio conductual de YMC**, quien a raíz del hecho investigado se quiso ir a vivir con su progenitor a otro barrio por vergüenza y también cambió de colegio. Cuando visita a su mamá no quiere salir a jugar afuera y se queda adentro del domicilio. Comenzó a orinarse en el jardín de infantes, se sentaba sólo y estaba como ido. (fs. 146 y 499). Inseguridad, pasividad, tendencias regresivas, vergüenza y culpa, todos los cuales son síntomas reactivos a situaciones traumáticas y de daño (fs. 294/295).

***El hecho de que el imputado era vecino del barrio y atrajo al niño ofreciéndole “moneditas”** para que pudiera adquirir fichas de metegol, lo que le ayudó a ganarse la confianza de su víctima y le facilitó la comisión del hecho.

***El señalamiento realizado por el niño desde el primer momento de la investigación, quien siempre sindicó a González como autor del hecho.** Repárese que lo primero que hizo YMC luego de contarle a su madre lo que le había ocurrido, fue indicarle el lugar dónde había acaecido el suceso, el cual coincide con el domicilio del imputado, distante a cinco casas de su propia morada (fs. 01/02, 10, 30, 55/56). Luego de ello, la madre y el niño fueron al encuentro del traído a proceso, encontrándolo en el domicilio de Sandra Diazock –donde el niño había estado jugando al metegol momentos antes del abuso–, ubicado aproximadamente a tres casas de la vivienda de la víctima y a una casa de distancia del domicilio del imputado. Así, según el relato de la denunciante, el niño al ver a Carlos Marcelo González inmediatamente le manifestó a su madre “...él me hizo esas cosas...” (fs. 216/217). Ello resulta corroborado con el relato del propio niño, quien en la entrevista de contención obrante a fs. 04 de autos, refirió “...después mi mamá fue y lo estaba puteando...”. De lo cual se desprende que efectivamente, el sujeto al que “puteaba” su madre, era el mismo que momentos antes había abusado de él. Dicho extremo, a su vez, resulta acreditado con los dichos de Sandra Diazock, quien hizo especial mención a que el día del hecho una

tal “Cuco” –apodo con el que se conoce a la madre del niño- se acercó a la puerta de su casa y comenzó a insultar a González, quien se encontraba sentado en el patio de su domicilio –repárese que dicho lugar funcionaba como lugar de esparcimiento tanto de niños, que concurrían a jugar al metegol, como de adultos, que concurrían a beber y a mirar partidos de fútbol- (fs. 171).

* **Los dichos de NR**, quien –según relataron la madre y abuela de YMC- habría sido testigo presencial del suceso, e inmediatamente de acaecido el mismo habría acompañado al niño a su casa y le habría contado a su progenitora que el imputado le habría hecho cosas obscenas al niño. Si bien, estos dichos no fueron confirmados por el menor en Cámara Gesell, lo cierto es que del informe de la Lic. Beltramino se desprende que el niño, al momento de la intervención, se encontraba bajo una fuerte presión por parte de su entorno que le impidió aportar datos sobre los hechos (fs. 01/02, 146, 216/217, 251/256, 267).

* **Los testimonios de Claudio Herrera y de la Of. Andrea Molina**, que acreditan que el “metegol”, se encontraba abierto los días sábados –día del hecho- y que concurrían menores al lugar (fs. 209 y 223/224).

En función de la reseña que precede, estimo que la orfandad probatoria a que alude la defensa no es tal, sino que existen múltiples indicios que coadyuvan a corroborar los hechos investigados, y al respecto esta Sala tiene dicho que frente a delitos contra la integridad sexual, **el testimonio de la víctima aparece como la prueba dirimente**, puesto que esta clase de hechos suele cometerse en ámbitos de intimidad, ajenos a las miradas de terceros (T.S.J. Cba., Sala Penal, S. n° 216, 31/8/2007, "Avila"; S. n° 12, 20/2/2008, "Díaz"; S. n° 212, 15/8/2008, "Boretto"; S. n° 333, 17/12/2009, "Aranda"; S. n° 334, 09/11/11, "Laudin"; S. n° 305; 19/11/12, "Serrano"; entre muchos otros). En consecuencia, los elementos de juicio que corroboran el relato de las víctimas constituyen, en su mayoría, *prueba indirecta*. Empero, ello no resulta óbice para

sostener una conclusión condenatoria, en la medida en que los indicios meritados sean *unívocos y no anfibológicos* y a su vez sean *valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria* (TSJ, S. n° 45, 29/07/1998, "Simoncelli"; A. n° 109, 05/05/2000, "Pompas"; A. n° 95,18/4/2002, "Caballero"; A. n° 1, 02/02/2004, "Torres" ; S. n° 311, 8/10/13, "Astudillo"; entre muchos otros).

Por ello, es razonable concluir –tal como lo hizo el *a quo*- que el hecho que se le atribuye a González se encuentra lo suficientemente acreditado, como así también la participación que en él le cupo al prevenido.

c. No obstante ello, en los apartados siguientes, nos detendremos a analizar cada una de las críticas traídas por el recurrente:

* Con relación a los reproches de la defensa tendientes a instalar la hipótesis de que si el niño fue abusado cabe la posibilidad de que el agresor haya sido otra persona distinta al imputado, no resulta de recibo. En primer lugar, porque si bien en el lugar solía haber otras personas mayores, lo cierto es que -como se analizó supra-, el niño siempre sindicó a González como su abusador, no surgiendo de las constancias de autos otra posibilidad. En segundo lugar, vale aclarar que cuando el niño refirió “...*a mí un chico me llevó a su casa y me chupó el pito... vive cerca de la casa de mi tía...*” , claramente estaba haciendo referencia al imputado González. En efecto, soslaya la defensa que tanto la señora Sandra Diazock, como la progenitora de la víctima, fueron coincidentes al manifestar que YMC, le decía “tía” tanto a Sandra como a su marido, el señor Herrera (fs.171 y 216). Asimismo, como se mencionó más arriba, González vivía a una o dos casas de distancia de la señora Diazock. Entonces “el chico que vivía cerca de la casa de la tía de YMC y que lo llevó a su domicilio para finalmente abusar de él, no es otro que el prevenido González.

* Respecto a la crítica tendiente a desacreditar los “sospechosos, mentirosos y cambiantes” dichos de la progenitora de YMC, por considerar que la denuncia fue

realizada por enemistad, desoye la defensa que lo fundamental aquí no fue el relato de la señora JPM –progenitora de la víctima-, sino la versión brindada por el niño. Esta última, como se analizó en párrafos precedentes, no presentó fisuras, resultó clara y coherente, y no hay nada que haga pensar que la misma fue inducida. En efecto, como bien sostuvo el sentenciante, YMC, a pesar de su corta edad, siempre fue muy explícito respecto a los acontecimientos que le tocó vivir, concluyendo que si el niño no hubiese vivido lo que describió, no hubiese podido dar las precisiones que dio, no hubiese sentido vergüenza, y fundamentalmente no hubiese podido sostener el mismo discurso a lo largo del tiempo –casi un año- (fs. 512 vta.).

Por ello, tampoco le asiste razón a la defensa cuando alega que el niño es una “pequeña víctima manipulada por su madre”.

Asimismo, resta mencionar que la postura defensiva del imputado, en relación a que la noche del hecho fue baleado por la madre del niño a raíz de una antigua rencilla familiar, resultó desvirtuada. Si bien obra agregada a las presentes actuaciones copia de la denuncia formulada por González, lo cierto es que la misma fue realizada varios días después del presunto hecho y no se constataron las supuestas lesiones sufridas, y no solo eso, sino que además el imputado manifestó haber sido asistido en el Hospital Córdoba, y ello resultó desacreditado con el informe remitido por dicho nosocomio (fs. 347).

Por otro lado, cuando la defensa plantea que los dichos de la señora JPM se encuentran desvirtuados con las manifestaciones vertidas por los “insospechados” testigos Diazock, Quinteros y Reyna, no asume que el sentenciante, luego de realizar un minucioso análisis sobre los mismos, terminó por descalificar los mismos, brindando fundados argumentos a los que me remito en honor a la brevedad (fs. 511 vta. y 515).

* Tampoco le asiste razón a la defensa cuando, en base a los descalificados testimonios de Diazock y Quinteros, alega que el niño no estuvo jugando al metegol el

día del hecho. Ello así, toda vez que dicha circunstancia fue corroborada no sólo con los dichos de la madre y la abuela de la víctima, sino con su propia versión de los hechos, de cuya sinceridad no se duda.

* Ahora bien, en relación a los dichos del progenitor, resulta irrelevante si la madre y el niño le manifestaron que había ido a un kiosco o al metegol, o si nombraron a González con nombre y apellido. Lo importante aquí, como quedó de manifiesto, es que YMC le contó la situación abusiva de que había sido víctima en similares términos a lo narrado a su madre, y no sólo eso, sino que además el padre del niño manifestó que su ex pareja sabía quién era el abusador y que se trataba de un vecino, más allá de que no le brindó detalles al respecto (fs. 506).

*En lo referente a que no hay constatación médica, ni existen rastros del delito en el cuerpo de la víctima, no hay que perder de vista que el sentenciante tuvo por acreditado que el imputado afectó la integridad sexual del niño succionándole el pene y realizándole tocamientos en su zona genital, por lo cual difícilmente pudieran existir rastros, lesiones o comprobación médica de tales hechos.

*Igualmente, carece de dirimencia el cuestionamiento del valor convictivo otorgado al informe realizado por la Licenciada Beltramino en el cual efectúa una valoración de la exposición brindada por el testigo NR en Cámara Gesell, pues frente a la totalidad del marco probatorio desarrollado, la supresión de este elemento de prueba en nada variaría la conclusión asertiva respecto de su participación en el hecho endilgado.

c. Como se advierte, las críticas recursivas se asientan en un análisis aislado y fragmentario de los elementos probatorios valorados por el tribunal, sin reparar en que es su valoración integral lo que permite arribar a la conclusión condenatoria. Al respecto, cabe recordar que esta Sala tiene dicho que si 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 (De la Rúa, Fernando, *La casación penal*, Depalma, 1994, p. 140; T.S.J., Sala Penal, S. n° 44, 8/06/00, “Terreno”, entre muchos otros), y efectuar dicha ponderación *conforme la sana crítica racional* (art. 193 C.P.P.), resulta claro que 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. 4°, C.P.P.). De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que se contente sólo 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 (T.S.J., Sala Penal, S. n° 36, 14/03/2008, "Martínez"; S. n° 213, 15/08/2008, "Fernández"; S. n° 284, 17/10/2008, "Crivelli"; S. n° 89, 23/04/2009, "Brizuela"; S. N° 314, 30/11/2010, “Rodini”; S. n° 67, 10/04/2014, “Urzagasti”, entre muchos otros).

Atento lo expuesto, estimo que la sentencia recurrida se encuentra debidamente fundada y que la participación de González en el ilícito atribuido está debidamente acreditada.

A la cuestión planteada voto, pues, en forma negativa.

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 Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. A su vez, el Fiscal de Cámara Dr. Manuel Fernando C. Sánchez, interpone recurso de casación en contra de la sentencia condenatoria (fs. 534/537).

En síntesis, plantea que el hecho achacado al imputado González, consistente en tocamientos inverecundos y en la succión del pene del menor YMC, fue incorrectamente subsumido en la figura de abuso sexual sin acceso carnal gravemente ultrajante, pues debió ser calificado como abuso sexual con acceso carnal.

En primer lugar, explica que más allá de que se han planteado controversias, importante jurisprudencia del país –en interpretación que sigue el TSJ de Córdoba– sostiene que la fellatio constituye acceso carnal.

Así las cosas, entiende que lo central está dado por la interpretación acerca de quién puede ser sujeto activo del mentado acceso, punto en el que –si bien también admite la existencia de discusiones– se inclina por la opinión que considera que *“hay acceso carnal [tanto] 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, o del varón homosexual, que lo hace por alguna de esas dos últimas vías, aprovechándose de la edad del varón u obligándolo a hacerlo”*, interpretación sostenida por Arocena, Reinaldi, y Estrella.

En virtud de lo señalado, concluye que la conducta desplegada por González consistente en introducir el pene del niño en su boca, transformó el hecho en un abuso sexual en el que **“hubo”** acceso carnal, siendo el acusado el sujeto activo de ese delito por carecer el menor de la capacidad para consentir libremente la

acción, no resultando necesario que quien posea el pene sea el victimario.

II. Corrida vista del recurso de casación deducido en autos el Sr. Fiscal General, mediante Dictamen “P” N° 152, mantiene dicho recurso –arts. 464 y 476 CPP- (fs. 546/548).

III. 1. El Tribunal de mérito fijó el hecho del siguiente modo: “...*El tres de octubre de dos mil nueve, a las 23:00 hs. aproximadamente Carlos Marcelo González aprovechando que YMC (nacido el 02 de enero de 2004) había ido a jugar al metegol con otros niños a la casa de Sandra Noemí Diazock, sita en calle Libertad s/n de barrio Altos de General Paz (zona también conocida como Villa Barranca Yaco) de esta Ciudad de Córdoba, lugar al que había llegado autorizado por su progenitora JPP, condujo de la mano al niño hasta su domicilio -por el del imputado-, sito en calle Rincón esquina Gavilán -casa de por medio con la de Diazock-, ofreciéndole a cambio unas moneditas. De esta manera González logró que YMC ingresara en el inmueble. Estando solos y en el baño de la vivienda, el traído a proceso le bajó el pantalón al menor y le succionó el pene, además de manosearlo en la zona de los genitales. Asimismo, el imputado le solicitó a YMC. que le “chupara el de él” –en alusión a su miembro viril– pero el niño se negó y “se piró” (según sus propias expresiones), corriendo a su domicilio, sito en calle Libertad y Costanera de Villa Barranca Yaco, narrando a su madre lo acontecido. Estos actos desplegados por González, objetivamente impúdicos, graves y humillantes -por las circunstancias que los rodearon: sacarlo del lugar donde estaba jugando frente a otros niños, llevarlo hasta su domicilio donde se encontrarían a solas, engañándolo con la entrega de “unas moneditas”, lo que supuestamente habría generado confianza en el niño, todo ello para satisfacer su libidine, la relación de vecindad con su madre, la excesiva diferencia de edad- conllevaron a un*

mayor ultraje de la dignidad e integridad sexual, moral y personal del menor Y MC... ” (fs. 374/374 vta.).

2. Al momento de **calificar legalmente** el accionar endilgado al imputado Carlos Marcelo González, el Sentenciante estimó que el nombrado debe responder como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual sin acceso carnal gravemente ultrajante (arts. 45, 119, 2° párrafo en función del párrafo 1° del CP), toda vez que llevó a cabo conductas consistentes en contacto corporal con YMC con indiscutible connotación sexual. Así, **le succionó el miembro al niño y lo manoseó en la zona de los genitales**. Aprovechó que se encontraba solo, sin su progenitora y lo envolvió, prometiéndole que iba a darle unas moneditas. De manera tal que así lo llevó hasta el baño de su vivienda para abusarlo (fs. 516/517).

3. Como se advierte, la cuestión traída a estudio finca en determinar si el Tribunal de mérito aplicó incorrectamente la ley penal sustantiva, al subsumir la conducta atribuida a Carlos Marcelo González en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante del art. 119 segundo párrafo del CP, pues debió encuadrar el hecho en la figura de abuso sexual con acceso carnal prevista en el tercer párrafo de la norma citada.

Para comenzar, es preciso recordar que la ley 25.087 introdujo un cambio sustancial en la regulación normativa de los denominados delitos sexuales, contemplados en el título III, Libro Segundo, del CP.

Entre las diversas modificaciones que introdujo se cuenta, precisamente, la reforma del tipo penal del mencionado art. 119 CP, que en el marco de la normativa abrogada contemplaba el delito de violación.

A tenor del nuevo artículo 119, párrafo tercero, CP, la pena del delito de abuso sexual será de seis a quince años de prisión cuando mediando las circunstancias

del primer párrafo “hubiere acceso carnal por cualquier vía”.

En relación a la nueva fórmula legal esta Sala ha sostenido la interpretación, basada en razones de índole literal y genética de la norma en cuestión, de que el sexo oral realizado mediante compulsión a la víctima configura el delito de abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía contemplado en aquella regla (TSJ, Sala Penal, “Lazo”, S. n° 88, 11/10/2002; “Godoy”, S. n° 11, 22/03/2004; y más recientemente, “Miras”, S. n° 26, 11/03/2014; “Salgado Reyna”, S. n° 60, 03/04/2014, entre otros).

Ahora bien, aquí se presenta una cuestión novedosa, que consiste en discernir si el supuesto de acceso carnal del tercer párrafo del art. 119 CP incluye no sólo la hipótesis en que la víctima es accedida carnalmente por cualquier vía, sino también, aquélla en la que, sin ser sujeto pasivo de ningún acceso carnal por parte del autor, es obligada a acceder carnalmente a este último. En la concreta hipótesis analizada en autos, si debe encuadra en ese supuesto, la “fellatio in ore” practicada por el autor, introduciendo en su boca el pene de la víctima varón.

En tal sentido, corresponde señalar que –como destaca el Representante del Ministerio Público– calificada doctrina se inclina por la posición afirmativa, haciendo pie en que la nueva fórmula, a diferencia de la derogada, “se conforma con que exista un acceso de esa índole, ya que sea que el sujeto desempeñe un rol activo en la relación sexual, ya sea que cumpla un rol meramente pasivo” (AROCENA, Gustavo, *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, 2001, pág. 59; en igual sentido, Reinaldi y Parma, entre otros).

Por otra parte, es también correcto, que el sentido literal posible del texto legal de la figura calificada aplicada, admite tal interpretación, al exigir simplemente, que “hubiere acceso carnal por cualquier vía” (art. 119, 3er. párrafo CP).

Sin embargo, no es esa la conclusión que debe extraerse si el texto legal se interpreta

teleológica y sistemáticamente, atendiendo al bien jurídico que se procura tutelar y al modelo punitivo que a esos efectos se introduce en el citado cuerpo legal.

En efecto, el grado de afectación de la libertad sexual y dignidad de la víctima no es el mismo cuando es obligada a soportar la invasión de su propio cuerpo, mediante la penetración por cualquiera de sus cavidades, incluida la bucal, que cuando ella es obligada a realizar maniobras sobre el cuerpo de otro, incluso si éstas implican el acceso carnal del autor, donde la mayor instrumentalización y objetivación de la víctima en el primer caso luce evidente.

Por otra parte, aunque las hipótesis planteadas por el recurrente importan una diferencia cualitativa con la figura básica de abuso sexual, evidenciando la desproporción de su escala penal para darle respuesta, lo cierto es que la reforma introducida por la ley 25.087 plantea una sistemática con tres alternativas distintas de encuadramiento que permiten salvar esta falencia sin necesidad de trasladar esa hipótesis al supuesto punitivo del tercer párrafo del citado art. 119 CP.

En efecto, a diferencia de la pena de prisión de seis meses a cuatro años que contempla el primer párrafo de dicha disposición legal, el supuesto del abuso sexual gravemente ultrajante del segundo párrafo, previsto precisamente para los casos en que existe una mayor ofensa a la dignidad e integridad sexual, moral y personal de la víctima (TSJ, Sala Penal, “Peñaloza”, S. n° 301, 15/11/2012; “Lopez”, S. n° 387, 26/11/2013; “Romero”, S. n° 294, 26/11/2013; “Miras”, S. n° 26, 11/03/2014), contempla un aumento sustancial de esa respuesta punitiva, al conminar una pena de cuatro a diez años de prisión o reclusión. Y con ello, aporta una sistemática que brinda una alternativa para que supuestos como el analizado, tan diferentes en grado de afectación a las hipótesis del simple abuso sexual y al acceso carnal sobre la víctima, puedan tener una sanción proporcionada a su mayor magnitud de injusto, sin necesidad de equipararla a situaciones de las que, por las razones expuestas, se encuentran

claramente diferenciados.

La interpretación propiciada encuentra sustento en la indudable similitud que existe entre la conducta llevada a cabo por el acusado, consistente en succionar el pene a la víctima varón, y el “*cunnin lingus*”, modalidad en que la víctima –en este caso mujer-, es obligada a dejar que el autor efectúe con la lengua actos impúdicos sobre su órgano sexual femenino, lo cual es considerado un grave ultraje (TSJ, Sala Penal, “González”, S. n° 82, 9/09/2004; “Mendoza”, S. n° 21, 27/02/2009).

Así pues, en ambos supuestos las víctimas –en un caso varón y en el otro mujer- se vieron obligadas a soportar que el autor del hecho realice con su boca actos impúdicos sobre sus órganos genitales. Una desigualdad de trato entre ambos supuestos, resultaría a todas luces injustificada. Es que, en el afán de querer dispensar igual trato a los victimarios de delitos contra la integridad sexual, ampliando para ello el sujeto activo de la figura del abuso sexual con acceso carnal –v.gr. al caso de la mujer que se hace acceder carnalmente-, se terminaría cayendo en la incongruencia de tratar de manera desigual a víctimas que han sufrido sucesos delictivos de igual magnitud, solo en virtud de su género, aplicando penas más leves cuando el sujeto pasivo es mujer que cuando el sujeto pasivo es varón. Ello, resulta absolutamente inaceptable, pues se estaría manejando un doble estándar de género, que atentaría contra la normativa constitucional e internacional en materia de derechos humanos -así diversos tratados internacionales protegen a la mujer de la violencia y de la discriminación de género, a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 3 y 5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 6.1, 7, 9.1 y 26); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer, entre otros- y además se estaría retornando

a interpretaciones ya superadas por el legislador. En tal sentido, repárese que la reforma legislativa al redefinir el bien jurídicamente protegido implicó una notable evolución en los derechos de las mujeres. Es que, -con el cambio de denominación- el bien jurídico protegido pasó a ser la integridad sexual de la persona y no un concepto público de honestidad o la honra de los varones allegados a la víctima. Así pues, se eliminaron –por ejemplo- las figuras del “rapto de la mujer casada” y la “eximente de pena por matrimonio con la víctima”, en los que claramente se evidenciaba el mayor peso que se adjudicaba a la institucionalización de las relaciones, considerando que el daño era mayor no por el menoscabo a la integridad de esa mujer, sino por las consecuencias que tal situación podía acarrear para terceros (*Antecedentes Parlamentarios*, LL, T. 1999-B, pág. 1616/1617). Así pues, la reforma logró reducir la discriminación hacia las mujeres -basada en estereotipos de género-, y no sólo eso, sino que además buscó poner en pie de igualdad a las víctimas de delitos sexuales entre sí más allá de que estos sean hombres o mujeres –v.gr. en el caso del rapto, se eliminó la referencia al sujeto pasivo como mujer, abriendo la posibilidad de que la víctima sea de cualquier sexo (*Antecedentes Parlamentarios*, LL, T. 1999-B, pág. 1616/1617)-, ello en procura de una correcta aplicación del principio de igualdad establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en Tratados Internacionales de jerarquía constitucional.

A lo señalado, hay que agregar que el análisis de los antecedentes parlamentarios no permite sostener que el espíritu del Legislador al sancionar la norma haya sido incluir las hipótesis en que el sujeto activo desempeñe un rol meramente pasivo en la relación sexual. En tal sentido, cabe destacar que solo algunos Legisladores creyeron que dicha ampliación del tipo penal debía incluir a la mujer como sujeto activo del delito, la mayoría por considerar que también configura acceso carnal la penetración de la víctima con cualquier objeto distinto al órgano sexual masculino (*Antecedentes*

Parlamentarios, LL, T. 1999-B, pág. 1575, 1581, 1592, 1608).

Finalmente, también cabe mencionar en apoyo de lo sostenido –sin perjuicio de los alcances que le asignemos– la opinión de De Luca y López Cesariego, que con acierto han entendido que la expresión “acceso carnal” no puede seguir una inteligencia impersonal, como podría sugerirse del texto legal –la ley dice “cuando hubiere” acceso carnal– porque los tipos penales siempre se refieren a alguien que realiza una conducta, de modo que aquí sigue describiendo la conducta positiva del autor que accede carnalmente al otro, lo cual excluye la situación inversa en las que la persona logra vencer el consentimiento de la otra para que ésta la acceda (DE LUCA, Javier, LOPEZ CESARIEGO, J., Abusos sexuales. *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, pág. 525/526; Dir. Baigún-Zaffaroni; Ed. Hammurabi, año 2008).

En función de lo señalado, estimo que corresponde desestimar la pretensión recursiva confirmando, en consecuencia, la calificación legal del hecho atribuido a Carlos Marcelo González como abuso sexual gravemente ultrajante (CP, 119 segundo párrafo).

A la cuestión plateada 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, expidiéndome en igual sentido.

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

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA TERCERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. La defensa del imputado, subsidiariamente, critica el monto de la pena impuesta a González. Así, entiende que el Tribunal ha incurrido en una doble valoración, toda vez que, por un lado, aplicó la figura agravada –gravemente ultrajante-, la cual incrementa significativamente la escala penal prevista para el tipo básico, y por otro lado, a los fines de subir el costo represivo, ya desde la óptica de los arts. 40 y 41 del CP, introdujo nuevamente como dato de mensuración que el hecho fue gravemente ultrajante, sin mencionar ninguna otra circunstancia que justifique haber superado el mínimo de la escala penal prevista para el delito enrostrado al imputado (fs. 532/533).

Por otro lado, se queja de que el Tribunal no tomó en consideración que la figura básica puede dirigirse hacia menores de 13 años, cometerse con violencia y puede llegar a dejar más huellas que el hecho de la causa, que se realizó sin violencia, sin daños corporales, con una duración exigua de apenas unos segundos y con la posibilidad del pequeño niño de eludir el accionar del abusador –“me pire”- (fs. 532 vta.).

II.1. Esta Sala ha destacado reiteradamente que la facultad discrecional de fijar la pena es exclusiva del tribunal de juicio y únicamente es revisable en casación en supuestos de arbitrariedad.

Dentro de ese margen de recurribilidad, relativo a las facultades discrecionales del tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva” (TSJ Sala Penal, “Ramos”, S. n° 125, 07/05/2014; “Bringas Aguiar”, S. n° 436, 17/11/2014; “Rodríguez”, S. n° 456, 25/11/2014; “Castro”, S. n° 45, 18/03/2014; “Morlacchi”, S. n° 250, 28/7/2014; “Urzagasti”, S. n° 67, 10/04/2014; entre los más recientes).

2. En el presente caso, el Sentenciante, a los fines de determinar la sanción a imponer al incoado González, tuvo en cuenta las siguientes circunstancias:

*** Como atenuantes:**

“...que es un hombre grande, padre de familia, con oficio, con estudios iniciales realizados y con buena conducta en el establecimiento carcelario...” (fs. 517 vta.).

*** Como agravantes:**

“...la edad del menor Y.M.C. al momento del hecho (5 años), que vivía con su madre y abuela en una villa con carencias económicas serias, importantes, el cual es seducido por González. Valoro también en contra el daño ocasionado al menor quien siente vergüenza por lo ocurrido y sufrió y sufre consecuencias hasta el día de hoy...” (fs. 517 vta.).

3. Como se desprende de la reseña efectuada, el impugnante expone diversos cuestionamientos orientados a demostrar que el Tribunal fundó indebidamente la pena impuesta a su defendido.

a. En primer lugar, el impugnante denuncia que el Tribunal valoró indebidamente como agravante en contra del imputado que el hecho fue gravemente ultrajante, alegando que dicho aspecto ya había sido tenido en cuenta al aplicar la figura agravada del abuso sexual.

Sin embargo, el reproche carece de sustento pues como permite advertir el repaso de los fundamentos del fallo dicha circunstancia no fue seleccionada por el Tribunal para agravar la pena impuesta a Carlos Marcelo González.

b. Por otro lado, el recurrente sostiene que debieron valorarse como atenuantes, que el hecho se llevó a cabo sin violencia, sin daños corporales, con una duración exigua y con la posibilidad del pequeño niño de eludir el accionar del abusador.

Empero, la pretensión recursiva no puede prosperar toda vez que no se advierte que tales circunstancias revistan valor decisivo en orden a demostrar la arbitrariedad que justifica la revisión casatoria. Al respecto, cabe recordar que esta Sala tiene dicho que *“la potestad discrecional del Tribunal para determinar la pena incluye la facultad de*

seleccionar, entre todas las circunstancias del caso, aquellas que se entienden jurídicamente más relevantes a estos fines, lo que implica, lógicamente, la posibilidad de dejar de lado aquellas otras que, a criterio del juzgador, no gozan de entidad suficiente para ser destacadas. Así, mientras la selección de circunstancias agravantes y atenuantes luzca razonable, desde que las circunstancias omitidas no gozan de una relevancia evidentemente mayor que aquellas otras tenidas en cuenta, el ejercicio discrecional de esta potestad no resulta arbitrario” (TSJ, Sala Penal, “Andruchow”, S. n° 514, 30/12/2014; entre otros).

c. Por último, cabe destacar que la sanción impuesta a González no luce desproporcionada. Repárese que dentro de una escala penal que oscila entre cuatro y diez años de prisión, el tribunal aplicó la pena de seis años de prisión, sanción que se encuentra alejada del máximo y ubicada cerca del punto medio de la escala punitiva, a pesar de haberse valorado diferentes y múltiples circunstancias agravantes, lo que evidencia que en su razonamiento tuvieron mayor incidencia las atenuantes valoradas (fs. 517 vta.).

En consecuencia, mi respuesta a la cuestión planteada es negativa.

Así voto.

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

La señora Vocal, Dra. Aída Tarditti, 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, en consecuencia, de igual forma.

A LA CUARTA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Como resultado del acuerdo precedente, corresponde:

I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal de Cámara, Dr. Manuel Fernando C. Sánchez –cuyo agravio fue tratado en la segunda cuestión-, en contra de la Sentencia número cincuenta y cinco, del veintiuno de diciembre de dos mil doce, dictada por la Cámara en lo Criminal de Tercera Nominación de esta Ciudad. Sin costas (art. 550/552 del CPP).

II. Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Francisco José Sesto –cuyos agravios fueron tratados en la primera y tercera cuestión-, en su condición de defensor del imputado Carlos Marcelo González, en contra de la Sentencia número cincuenta y cinco, del veintiuno de diciembre de dos mil doce, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Tercera Nominación de esta Ciudad. Con costas (art. 550/551 del CPP).

Así, voto.

El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, dijo:

La señora Vocal, Dra. Aída Tarditti, 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, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: **I.** Rechazar el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal de Cámara, Dr. Manuel Fernando C. Sánchez –cuyo agravio fue tratado en la segunda cuestión-, en contra de la Sentencia número cincuenta y cinco, del veintiuno de diciembre de dos mil doce, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Tercera Nominación de esta Ciudad. Sin costas (art. 550/552 del CPP).

II. Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Francisco José Sesto –cuyos agravios fueron tratados en la primera y tercera cuestión-, en su condición de defensor del imputado Carlos Marcelo González, en contra de la Sentencia número cincuenta y cinco, del veintiuno de diciembre de dos mil doce, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Tercera Nominación de esta ciudad. Con costas (arts. 550/551 del CPP).

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

TARDITTI, Aida Lucia Teresa
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CACERES de BOLLATI, María Marta
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

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