

## Abuso Sexual Fellatio In Ore Inexistencia De Acceso Carnal Denuncia

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Abuso sexual. Fellatio in ore. Inexistencia de acceso carnal. Denuncia Se rectifica el encuadre legal determinado en la sentencia recurrida, disponiendo que se trató de un abuso sexual sin acceso carnal, al haber perpetrado el encartado solo la fellatio in ore.

En la ciudad de Corrientes a los veintiocho (28) días del mes de marzo de dos mil diecisiete, constituyéndose el Superior Tribunal de Justicia con sus miembros titulares Doctores, Alejandro Alberto Chain, Eduardo Gilberto Panseri, Luis Eduardo Rey Vázquez y Fernando Augusto Niz, con la Presidencia del Doctor Guillermo Horacio Semhan, asistidos de la Secretaria autorizante, Doctora Judith I. Kusevitzky, tomaron en consideración el Expediente N° PXT 8410/14, caratulado: "R., J. R. POR SUP. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL - VIRASORO." Los Doctores Alejandro Alberto Chain, Eduardo Gilberto Panseri, Guillermo Horacio Semhan, Luis Eduardo Rey Vázquez y Fernando Augusto Niz, dijeron:

¿QUE PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS? A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR ALEJANDRO ALBERTO CHAIN, dice: I.- Contra la sentencia N° 8/15, de fs. 117/133, dictada por el Tribunal Oral Penal de la Quinta Circunscripción que condenó a J. R. R., a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISION y accesorias legales, como autor penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL DE UNA MENOR DE TRECE AÑOS, AGRAVADO POR LA CONDICION DE GUARDADOR Y POR LA SITUACION DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE, BAJO LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO (arts. 119 3er párrafo en función del 1º, y 4º párrafo inc. b y f), 12, 40, 41 y 45 del Código Penal); a fs. 143/145 la defensa técnica interpone recurso de casación. II.- Funda la impugnación conforme a los arts. 493 inc. 1 y 2 y 494 del C.P.P.. En primer lugar se agravia porque la materialidad del hecho quedó acreditada por la denuncia de la Sra. P., denuncia que recién fuera hecha 16 días después que la menor le detallara el hecho. Continuando con el análisis del testimonio de la progenitora, estima que solo es un testigo de oídas, puesto que nunca vio nada, por lo que su carácter de elemento probatorio complementario está dado del juego armónico con los restantes elementos, pero no hay otro elemento de prueba además de la psicológica de la menor, que de sustento a lo vertido por la progenitora. A lo que remarca que la menor podría estar inducida por su madre. Conforme a ello, colige que la sentencia atacada es arbitraria y absurda, por cuanto las pruebas han sido analizadas solo bajo la óptica de condenar al encartado, mediante la declaración testimonial de la progenitora y la entrevista psicológica de la menor sin contar con más elementos probatorios para concluir por probado el hecho. Por último, manifiesta que el "¿a quo?" resuelve que existió situaciones de "fellatio in ore", cuando la menor nunca describió tal situación, sino la detallada a fs. 24 vta., "... entonces se bajaba el pantalón, y me hacía que le chupe la bola, y yo no quería y me agarraba la cabeza y me metía mi boca en la cosa de él...?", de lo que no refiere que la boca esté abierta y se introduzca el miembro viril en ella, por lo que no puede hablarse de acceso carnal por cualquier vía. Para concluir que en el hipotético caso que se considere abuso, no hubo acceso carnal por cualquier vía sino gravemente ultrajante es decir el art. 119 2do párrafo, en función del 1ro y 4to párrafo inc. B y f.

III.- A la vista corrida se expide el Sr. Fiscal General a fs. 159/160 vta., dictamina por el rechazo de la casación interpuesta. Así dijo que "[...] el fallo atacado cuenta con fundamentos suficientes que obstan a su descalificación como acto judicial válido. En tal sentido, no advierto fisuras en el razonamiento de los jueces en el desarrollo de la sentencia atacada, quienes, en uso de sus propias facultades escogieron, valoraron e hicieron convicción sobre las pruebas e indicios serios, precisos y concordantes que citaron y analizaron en su decisorio, brindando argumentos suficientes para fundamentar su conclusión. [...] El a quo realiza inferencias que, en su conjunto, son indicios unívocos, pues la parte de las pruebas que acreditan el hecho, analizadas y miradas tras el cristal de la experiencia común, permiten verificar que se dieron las condiciones que hacen al caso concreto, permitiendo arribar a un juicio de certeza legitimado por el método del examen crítico seguido. [...] el delito de abuso sexual puede -o no- dejar vestigios evidentes de su comisión y debido a que esta clase de delitos se caracteriza por la reserva, el ocultismo y el sigilo propios de los actos sexuales, es improbable encontrar rastros de su consumación, por lo que, a criterio de éste Ministerio Público, no se puede soslayar la declaración del menor, por existir indicios numerosos que confirman en su integridad la conducta delictuosa del imputado de autos, por lo que no puede sostenerse que el tribunal haya violado las normas procesales mencionadas por el recurrente en su memorial recursivo, debiendo recordarse que la prueba en el proceso penal puede ser escasa o abundante y no empece ello a la demostración de una realidad dada. Lo que vale, sin tasaciones legales en esta materia, es que la misma, cualquiera sea ella su cantidad, tenga el peso convictivo tal que sólo pueda llevar a la certeza y, es el caso que, aunque única, puede ser suficiente si ella ensambla con otras circunstancias que, aunque no acrediten lo mismo, hagan ver que ella es fidedigna [...] vide dictamen fs. 159 vta./160 vta.. IV.- Compulsado el decisorio en crisis, advierto que los agravios no alcanzan para descalificar o desvirtuar el hecho histórico, acreditado

plenamente por el sentenciante como acto válido, en sujeción a las probanzas rendidas resultando incólume el razonamiento realizado por el tribunal "a quo", que tuvo por cierto que "[...]" desde el mes de marzo de 2013 aproximadamente hasta el día 7 de enero de 2014, el imputado J. R. R., aprovechando la ausencia de su esposa V. I. P., del domicilio que compartía junto a los hijos de ésta, sito en B° E, Mz. "x", Casa xx, de Gdor. Virasoro, o cuando la misma se encontraba en el fondo de la vivienda lavando ropa, abusaba de la menor J. A. P. de 10 años, obligándola a que le practicara sexo oral introduciendo por la fuerza su pene en la boca de la niña, o masturbándose frente a ella mientras la manoseaba en diferentes partes pudendas, para lo cual le quitaba su ropa interior, realizándole incluso rozamientos con su miembro viril en zona vaginal, actos que mantenía en secreto amenazando a la pequeña con matarla o golpearla a ella o a su hermanita, o bien ofreciéndole dinero a cambio de su silencio. [...] (vide sentencia fs. 128). V.- En responde al primer agravio es primordial destacar que son criterios harto reiterados por este S.T.J. la carencia de relevancia del tiempo que media entre la interposición de la denuncia y el hecho, habida cuenta las especiales características del suceso, donde se debe conjugar que en el campo de los delitos sexuales, se vinculan a razones de pudor, intimidad de la persona. (Sent. N° 5/11, N° 69/13-entre muchas otras). Así también en "In re" Sent. 40/06 se dijo "[...] La remoción del obstáculo legal para la investigación de los delitos de abuso sexual funciona como prerrogativa para la víctima y nunca como una garantía para el imputado, por lo que carece de importancia el tiempo que media entre el acaecimiento del hecho y la formulación de la denuncia, fuera del que resulta de la posible prescripción [...]". Dichas consideraciones deben ser tenidas en cuenta, puesto que en la mayoría de los casos el tiempo de la noticia criminis, opera como inversamente proporcional para la obtención de pruebas, así cuanto mayor sea el tiempo para sacar a la luz lo acontecido más se diluye la obtención de pruebas y menos evidencias físicas al respecto. En consecuencia, admitir cuestionamientos a la víctima o progenitora, relativos a la demora o tardanza en propiciar la denuncia contraria el espíritu mismo de la ley, adiciona un plus de revictimización a modo de violencia institucional. Es indudable que la perpetración de los sucesos puestos a conocimiento del "a quo" fueron llevados al amparo de la privacidad, en un marco intrafamiliar. Por otra parte, en el marco de la alegada insuficiencia probatoria desarrollada por la defensa técnica he procedido a verificar el accionar del Tribunal "a quo" quien ha observado las reglas de la sana crítica racional (de la lógica, de la psicología y experiencia común), en la valoración de los elementos probatorios incorporados al proceso por lo que tampoco corresponde admitir dicho cuestionamiento defensivo. Asimismo, al meritar la declaración testimonial de la progenitora el tribunal de juicio apreció "in visu" en el debate a la madre de la víctima, la que es producto de la inmediación propia del conocimiento adquirido "per se", en el juicio oral, lo cual constituye una valla insalvable para este Tribunal casatorio ("Casal": 328:3399). Al respecto de esto último, el S.T.J. se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la limitación existente en materia de casación, de lo que surja en forma directa y únicamente de la inmediación, principio inseparable de la oralidad y publicidad del juicio, Sent. N° 48 y 74/13, entre muchas otras. Este tribunal casatorio no puede, so pena de la teoría del máximo rendimiento, desnaturalizar el grado de convicción que cada testigo provoca en el "a quo", cuando otorgó valor de cargo a las mismas y da acabada cuenta de ello para fundar su convicción y ánimo para ser tenida en consideración. Ello obedece a una cuestión subjetiva propia, reservada para el tribunal de juicio que recibió las declaraciones testimoniales y fruto de la inmediación, pudo apreciar de "mutu proprio", es decir "in visu" el lenguaje verbal y corporal de los deponentes para crear una percepción propia del testigo, que excede el marco casatorio solo analizable en casación, a través de las actas en la que se encuentran volcados los testimonios. Siempre y cuando no se demuestre ni se observe, como en el sub lite, contradicción con las reglas de la lógica, el sentido común, el conocimiento científico o aquellas que rigen el entendimiento humano, a este tribunal le está vedado invalidar las impresiones personales producidas en la esfera íntima del juzgador. [...] Se sostiene que "El principio de inmediación significa que el juez debe configurar su juicio sobre la base de la impresión personal que ha obtenido del acusado y de los medios de prueba; en este sentido no está básicamente autorizado a reemplazar el interrogatorio de testigos por la lectura de un acta, confeccionada por un juez comisionado. Por lo tanto, "el tribunal que dicta la sentencia tiene que percibir por sí mismo (inmediación formal) y además "el tribunal tiene que extraer los hechos por sí mismo de las fuentes, es decir no está autorizado a utilizar ninguna prueba subrogada (inmediación material)" (Bacigalupo). Eduardo Jauchen "Estrategias de Litigación Penal Oral", Rubinzal Culzoni Editores, 2014, Pág. 30. En dicho sentido, el "a quo" expresó que "[...] En la audiencia, se expresó en forma locuaz, segura, firme, convencida de lo que estaba exponiendo [...] Durante su discurso se denotó una actitud pacífica, conciliadora, sin odio ni rencor hacia el imputado, más allá de dejar en claro que fue muy feo lo que le hizo a su hija, aportando de esta manera un testimonio desprovisto de toda subjetividad o animadversión que torna apreciable en forma verosímil su contenido, el que ha obtenido de primera mano a través de la revelación que le efectuara su hija. [...] -vide sent. fs. 120 y vta.-, en dichos pasajes se refleja la opinión del "a quo" fruto de la inmediación lograda a través de la audiencia de debate. En consecuencia, el testimonio de la progenitora y la versión de la víctima, se muestran suficientes y contestes con el criterio de este Tribunal Casatorio que ya tiene dicho que en casos como el presente, que no suceden a la vista de terceros, sino ocultos, "[...] este Superior, ha confirmado sentencias condenatorias basadas en los dichos de los menores abusados y en el de sus familiares, siempre y cuando se

los aprecie veraces y con fundamento cierto en exámenes psicológicos que se expidan positivamente respecto de la exteriorización en la víctima de los trastornos y actitudes que presuponen la existencia de un abuso sexual infantil (ASI), [...] Sent. N° 98/07, criterio reiterado en Sent. N° 97/09, Sent. N° 120/09. En dicho sentido, procedo a verificar que el tribunal sentenciante también evaluó la entrevista realizada por la Lic. en Psicología Z., a tenor del art. 250 bis del C.P.P., glosada a fs. 23/26 la que evidencia entre otras cosas, la disminución del rendimiento escolar. Así detalla que "[...] Además del contenido de lo revelado, en la entrevista la profesional pudo extraer la presencia de indicadores tales como: que había consistencia entre lo narrado por la niña y el afecto que manifestaba, temor a su agresor y miedo a contar lo ocurrido, sentimientos de culpa, relato desordenado que se va desarrollando a medida que lo recuerda representativo de espontaneidad y ausencia de inducción de terceros, disminución del rendimiento escolar, gran conocimiento de conductas sexuales impropias para su edad. [...] -vide sent. fs. 122-. A simple vista ello coincide con lo declarado por la progenitora quien informó al tribunal sentenciante que la menor [...] en esa época tuvo una baja en su rendimiento escolar, que la hizo repetir de grado, pero ahora va bien, pasó de grado, y los otros chicos también. Hizo una descripción física de la niña a la época de los sucesos, diciendo que era muy chiquita, flaquita, no estaba desarrollada, pesaba treinta kilos. [...] -vide sent. fs. 120 vta.- en concordancia con el Informe Médico Legal obrante a fs. 7, donde se consigna el peso de la víctima de 31 kg.. Para concluir, corresponde analizar el último reproche de la defensa dirigido al hecho acreditado y a la subsunción jurídica realizada por el "a quo", no sin antes debo afirmar que presenta el agravio como una simple disconformidad al no demostrar los errores fácticos y jurídicos del acto cuestionado. Cabe recordar que este S.T.J. en numerosas ocasiones se ha pronunciado respecto a que la amplitud de revisión del Tribunal de Casación lo es con motivo de dar acabada respuesta al derecho a la doble instancia, y que además fuera materia de agravios, en relación directa con la carga que le incumbe al apelante de motivar, señalar y demostrar, punto por punto, los errores en que se ha incurrido y las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho. No obstante lo precedente, en consonancia con el criterio adoptado por nuestro más Alto Tribunal en el precedente "Casal", en prevalencia del "doble conforme" y en aras de la protección del derecho del recurso, propongo dividir el análisis de la última cuestión en dos aspectos, en primer lugar abordaré lo relativo al hecho o suceso acreditado por el "a quo" ergo la descripción fáctica para luego proseguir con la subsunción jurídica del mismo. En relación al suceso, es vital considerar que la declaración de la víctima juega un rol fundamental, al decir de la C.S.J.N. que "[...] la declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejen rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios. [...] C.S.J.N. Fallos 309:319. De esa forma la víctima refiere a fs. 24 vta. que "[...] entonces se bajaba el pantalón y me hacía que le chupe la bola y yo no quería y me agarraba mi cabeza y me metía mi boca en la cosa de él [...], -vide entrevista a tenor del 250 bis- los argumentos de la defensa que no colige que la boca estuviere abierta y se introdujera el miembro viril, no corresponde sino a meras conjeturas privativas de la defensa como débil resistencia a la imputación desprovista de lógica. La niña específicamente utiliza el vocablo "meter" que según RAE significa "[...] introducir o incluir algo dentro de otra cosa o en alguna parte [...]" <http://del.rae.es>. A tal punto que la víctima diferencia claramente en su relato la acción de "chupar" de la de "meter" por lo que considero ajustado a derecho la descripción de la mecánica del suceso realizado por el "a quo". Ahora bien, en relación a la subsunción jurídica efectuada por el tribunal de mérito al momento de subsumir la conducta del encartado, expresa que "[...] Sin perjuicio de la calificación legal efectuada por la fiscalía entendiendo que las felaciones constituyen un abuso sexual gravemente ultrajante, sostengo siguiendo al autor de cita, que hubo acceso carnal, ya que la introducción de la fórmula "hubiere acceso carnal por cualquier vía", ha zanjado cualquier duda, al ser una expresión genérica que incluye todos los canales del cuerpo humano que permitan la introducción completa del pene, y quedan comprendidos la vagina, el ano y la boca (coito bucal, felación o fellatio in ore). Este fue el espíritu del legislador al dictar la ley 25.087, pues del análisis de los debates parlamentarios surge sin duda que su voluntad fue la de equiparar la fellatio in ore con la penetración vaginal y anal. [...] - vide sent. Fs. 128 vta.-, lo que no conlleva necesariamente a una errónea interpretación del "a quo", máxime cuando la falta de asertividad del legislador, aparejó un arduo trabajo doctrinal, que hasta el presente encuentra promotores y detractores según la posición que se adopte, restrictiva o amplia. Antes de concluir en la solución que se pretende, y dado que "[...] la institución de un tribunal al que le es encomendada, como función propia y exclusiva de él, la casatoria, importa atribuir a la interpretación jurídica que ese tribunal haga de una autoridad que no sólo es moral, sino institucional. La Casación no tiene por único fin evitar la violación de preceptos legales en las sentencias (o función nomofiláctica), sino que también se trata de una institución organizada en miras a garantizar la vigencia de un criterio jurisprudencial único en todo el ámbito de su respectiva jurisdicción [...]". S.T.J. EXP 5397/7 Sent. Civil N° 56/11 Carátula: PARANA S.R.L. C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE CORRIENTES (I.O.S.COR) S/ COBRO DE PESOS?. En consecuencia, conforme lo expresé en la Sentencia N° 96/11, a cuyos fundamentos "in extenso" me remito "brevitatis causae" soy de la opinión que la "fellatio in ore" no puede ser equiparada al acceso carnal por cualquier vía. Cabe recordar, que en aquella

oportunidad por mayoría éste Cuerpo -pero con distinta composición- dijo "[...] a partir de la reforma integral al Título III del Libro Segundo del Código Penal Argentino, introducida por ésta ley 25087 los términos "violación, estupro y abuso deshonesto" fueron suprimidos del texto normativo, en tanto ellos han sido refundidos en un solo y nuevo concepto: "el abuso sexual", del que resulta progresivamente: 1) el abuso sexual simple (en el primer párrafo, que reemplaza el abuso deshonesto), 2) abuso sexual gravemente ultrajante (segundo párrafo que es parte de la innovación legislativa) y 3) abuso sexual con acceso carnal (tercer párrafo que reemplaza la violación del artículo derogado). Allí indudablemente nuestros legisladores abandonan la fuente del código español, vigente al momento de discutirse la reforma y que tuvieron como modelo en algunos aspectos, "[...] En efecto, el Código Español realiza dos grandes clasificaciones en lo que a delitos sexuales se refiere: 1) las agresiones sexuales, y 2) los abusos sexuales. Dentro de las primeras se reprimen las conductas que atentan contra la libertad sexual de una persona, mediando violencia o intimidación [...] En los segundos se reprimen: 1) Conductas que sin violencia o intimidación, y sin que medie consentimiento, atentan contra la libertad sexual de otra persona (art. 181, incs. 1 y 2) [...] 2) Conductas en las que el consentimiento se obtiene prevaleciendo el autor de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima (arts. 181, inc. 3, y 182) [...]" (Tenca Adrián Marcelo, "Delitos Sexuales", ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2001, págs. 47/48) Ahora bien, mencionamos el parangón de la reforma de nuestro código por ley 25087, con la reforma del año 1995 al código español, pues, y haciendo un breve repaso histórico sobre las motivaciones que llevaron a los legisladores a presentar varios proyectos de reforma sobre delitos sexuales; de los cuales, uno de ellos fue cuando en Argentina toma estado público la sentencia que se le impuso al taxista que obligó a realizar sexo oral a una pasajera, que en fecha 3 de abril de 1997 el Tribunal Oral N° 9 de la Capital Federal dictó una sentencia que condenó a tres años de cumplimiento condicional, resulto ser el caso que hizo punta para la reforma que se concretó en 1999, y se decía por aquel entonces, que iban a seguir como fuente legislativa a la impuesta en España, pero como se verá sin razones expuestas en el debate el legislador argentino se apartó del Código español. "[...] el art. 179 del nuevo Cód. Penal español ha quedado redactado de la siguiente manera: "Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años? [...] dejando en un plano de igualdad el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, sin lugar a interpretaciones y sin dudas al respecto, entonces, resulta propicio remarcar aquí, que esa ha sido la fuente de los proyectos presentado antes de la aprobación de la ley 25087, que después por alguna razón, fue abandonada en ese tópico por el legislador argentino [...] Sin embargo, los legisladores pretendiendo superar la agotadora discusión - anterior a la reforma introducida por la ley 25087- como lo señale en párrafos anteriores, entre quienes sostenían que la introducción del miembro masculino por vía bucal encuadraba dentro de la figura de violación y los que afirmaban que solo representaba un abuso deshonesto, al agregar la frase "por cualquier vía", terminaron complicando el problema, pues lejos de arrojar luz a la cuestión, la volvieron más oscura. Y en esto coinciden los autores que comentaron la reforma, más allá de sus posturas doctrinarias. En estos casos, cobra una importancia superlativa lo que el legislador sancionó, como precepto, limitando con certeza el alcance de la norma penal, lo que dijo, en suma, no lo que quiso decir, en palabras de Carlos Creus. Así se expuso: "[...] En síntesis, más allá de las intenciones concretadas o no de los legisladores para plasmar una correcta enunciación en la norma legal, más allá de los antecedentes tomados o tenidos en cuenta para la redacción de aquella lo cierto es, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diferentes fallos, que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y que las palabras, en tanto y en cuanto el texto lo consienta, han de ser tomadas en el sentido más obvio al entendimiento común, no en significaciones oscuras o abstractas teniendo en cuenta para dicha interpretación que se debe evitar poner en pugna las disposiciones legales [...]" (Figari Rubén E., ob. Cit. pág. 148/149) Por lo tanto su aceptación llevaría a punir como abuso sexual agravado conductas que no pueden encuadrarse en ése título, de forma que implicaría una efectiva lesión al principio de legalidad -art. 18 de la Constitución Nacional que prohíbe, precisamente, la aplicación analógica in malam partem de la ley penal. Es así como se da en el presente caso, con la fellatio in ore, que al ser incriminada como abuso sexual agravado por el acceso carnal, significaría una aplicación extensiva del art. 119 del Cód. Penal, el juez no puede hacer decir lo que la ley no dice expresamente. [...] Entre las argumentaciones que se esgrimieron por la negativa y dejando un poco de lado el análisis del texto legislativo, es propicio citar la "[...] que brindara Nuñez, expuesta ut supra y agrega que de acuerdo a su entender, la violación generalmente supone una actividad a cumplir por el sujeto activo varón tendiente a penetrar con su órgano sexual a la víctima por vaso receptor apto para el coito mediante la fuerza, el temor o cualquier otra circunstancia impeditiva de la resistencia, en tanto que se resulta muy difícil de concebir, aunque no es tácticamente imposible una actitud pasiva del violador, la que sí es muy frecuente en el abuso sexual, en este caso gravemente ultrajante, en el que el autor obligue a la víctima a acercarse y succionarle el miembro [...]" (Figari Rubén E., ob. Cit., pág. 135). Por ello, y como bien se expuso ut supra cuando se habla de acceso carnal estamos hablando de coito, cópula, concubito, conjunción sexual, es por ello que no se puede asociar el término "acceso carnal" a la acción de introducir el pene en la boca del sujeto pasivo, "[...] Ello confirma nuestra opinión en el sentido de que, aunque la voluntad del legislador sería que semejante "abuso gravemente ultrajante" sea

castigado con la pena de la violación (así parece desprenderse del discurso de Cafferata), la redacción de la norma, con la reiteración de la expresión "acceso carnal", aunque se le agregue la redundante aclaración de "por cualquier vía", no cambia la correcta interpretación jurisprudencia tradicional, ya que en sentido técnico-jurídico, acceso carnal era - en el modelo español originario. Sinónimo de yacer o de ayuntamiento (con mujer, y por vía genital), y en el Código de 1921, sinónimo de penetración, por cualquiera de las dos vías que comprende la cópula carnal: natural y antinatural. Pero no, por vía oral. [...] (Pandolfi Oscar A., "Delitos contra la integridad sexual" (ley 25087) ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1999, pág. 33) [...] En conclusión, del análisis fáctico y jurídico efectuado precedentemente, se aprecia que fue incorrecta la calificación legal impuesta por el a quo, pero dado que con ello no se ha alterado la plataforma fáctica ni el elemento subjetivo (en atención a que el hecho sigue siendo el mismo por el cual R., fue llevado a juicio y que ambas figuras pertenecen a idéntico plexo de delitos conminados en el art. 119 del CP, compartiendo el mismo elemento subjetivo) [...] pues en la presente causa, no se está ante un hecho nuevo (art. 406 del CPP), que sí hubiera descolocado a la defensa, sino ante una recalificación que no la afecta [...] -vide Sent. N° 96/11- criterio que luego fuera reiterado en Sent. 106/11. Continuando con el análisis, no puedo soslayar que este Alto Cuerpo se ha pronunciado respecto a la concurrencia de las agravantes del inc. b y f del cuarto párrafo del art. 119 del C.P., "in re" Sent. N° 98/11 por mencionar una nada más. Donde dijo que los agravantes contenidos en los inc b) y f) "[...] se excluyen mutuamente, porque la primera (guardador) presupone la segunda (convivencia preexistente), y en consecuencia aquí solo corresponde aplicar la primera [...] La jurisprudencia es abundante y coincidente al respecto: "A los fines de la procedencia de la agravación del delito de violación, el concubino de la madre de la menor abusada reviste el carácter de guardador de hecho en virtud de la convivencia que mantenía con aquella, puesto que el alcance conceptual del término debe ser interpretado en forma amplia, comprensiva de toda persona que de hecho tiene el cuidado y gobierno del menor, cualquiera que sea la circunstancia que haya originado esa situación." (STJ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur - 24/10/2006 - G., G. J. - DJ 09/05/2007, 133). Criterio reiterado en sentencias N° 22/07, 98/07. Así este S.T.J. con distinta composición ha entendido que "[...] La convivencia concubinaria y la intención de constituir familia motiva las razones sociales y de hecho que obligaban al imputado a tutelar a la menor. Es abundante y pacífica la jurisprudencia en este sentido, la que puede resumirse en la siguiente: "A los fines del art. 122 del C.P. el término "guardador" vincula al menor que sin estar unido por vínculos familiares o legales, se incorpora con carácter estable al núcleo familiar, manteniendo relaciones domésticas y efectivas con el jefe del mismo, que de tal suerte viene a ejercer una potestad de hecho sobre el incapaz [...]". Sent. N° 51/95. Por lo expuesto, en el presente caso no corresponde aplicar también el aprovechamiento del cuadro de convivencia, dado que el inc. b) presupone la situación del inc. f), quedando éste último reservado para casos como el padre no conviviente, o un supuesto que la víctima y el victimario convivan temporalmente por alguna situación extraordinaria, por ejemplo vacaciones. Pero reitero, no es este caso donde el encartado si bien era el padrastro de la menor, los sucesos ocurrieron en el transcurso de la vida familiar con la víctima. En similar sentido, que la solución propiciada en Sent. N° 96/11 se expuso que el "[...] Tribunal de segundo grado debe poner fin al proceso [...] dicte una nueva decisión si es posible integrar una sentencia compleja que incluya la parte sobreviviente de la sentencia de primera instancia con los resultados de las propias comprobaciones y conclusiones del Tribunal del recurso [...] Esta obligación estatal de definir el caso penal en este momento [...] (fiscalización procesal penal de la sentencia) [...] se funda en la conjugación del principio [...] de la proscripción de la duración procesal excesiva [...] (Cfr. PASTOR, DANIEL R. "LA NUEVA IMAGEN DE LA CASACION PENAL", AD - HOC, 2001, P. 187/188), correspondiendo en consecuencia no ordenar un reenvío, sino proceder conforme al art. 506 del CPP, es decir corregir el error de derecho que no influye en la parte dispositiva de la sentencia, dado que el actual reencuadre legal no implica una disminución en el monto de la pena, [...] pues la impuesta [...] se encuentra dentro de los mínimos y máximos previstos en la citada disposición legal [...], por lo tanto solo deberá ser corregida a los fines de una correcta interpretación jurídica [...]". En conclusión, propongo receptar parcialmente con el presente alcance el agravio defensivo y rectificar el encuadre legal otorgado por el "a quo", en la sentencia, (art. 506 del CPP), pues se ha producido un error de derecho, que debe ser corregido, pues en el antecedente citado (Sentencia N° 96/11), se concluyó que "la fellatio in ore" configura la conducta prevista en el párrafo 2° del art. 119, del CP, (Abuso sexual gravemente ultrajante) y no en la modalidad, de Abuso sexual con acceso carnal, art. 119 3° párrafo del C.P. (ver sentencia a fs. 128 vta./130vta.). Por todo lo expuesto, corresponde encuadrar la conducta del condenado en el 2° párrafo del art. 119 del CP y así mismo suprimir el encuadre de la calificante del inc. f), debiendo permanecer incólume la imposición de pena (10 años de prisión) pues el cambio de calificación legal propuesto, no modifica en ningún aspecto la plataforma fáctica "per se" ni lo sostenido por el Sr. Fiscal (ver debate a fs. 112 "in fine?"), y se mantiene dentro de los montos de pena previsto para esta clase de abusos en el párrafo 2° del art. 119 del C.P., agravado en función del 4° párrafo inc. b, pues aunque en soledad dicho inciso prevé la escala penal de ocho a veinte años de prisión. ASI VOTO. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice: I.- Voy a disentir con la última cuestión expuesta por el Sr. Ministro Dr. Alejandro

Alberto Chain, (encuadre legal del hecho juzgado), por mantener mi criterio expuesto en oportunidad de formular mi voto en Sentencia N° 96/11. En dicha ocasión, fundamenté ampliamente mi criterio que el acto abusivo de la "fellatio in ore", resulta típica del párrafo 3° del art. 119 del C.P. (abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía) y no del 2° de dicha disposición legal. Consecuentemente, ese es mi criterio al que me remito "brevitatis causa" (Sentencia N° 96/11), el que fuera reiterado en Sent. N° 106/11. En todo lo demás coincido con el voto del Sr. Ministro, Dr. Alejandro Alberto Chain. ASI VOTO. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR FERNANDO AUGUSTO NIZ, dice: Que adhiero al voto del Doctor Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos y la solución del caso, conforme criterio de Sent. N° 96/11 y 106/11. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ, dice: Que adhiero al voto del Doctor Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos. ASI VOTO. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR EDUARDO GILBERTO PANSERI, dice: Que en esta ocasión y llegando estos autos a mi consideración, a los efectos de emitir el correspondiente voto, digo que me adhiero al voto emitido por el señor Presidente Dr. Guillermo Horacio Semhan por compartir los fundamentos expuestos en cuanto a que la "fellatio in ore" es acceso carnal. ASI VOTO. En mérito del presente Acuerdo, por mayoría, el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente: SENTENCIA N° 37

1°) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 143/145. 2°) Rectificar el encuadre legal dispuesto en la sentencia N° 8/15, correspondiendo tipificar la conducta de J. R. R., en la prevista en el art. 119 2° párrafo en función del 1° y 4° párrafo inc. b del C.P. (ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA CONDICION DE GUARDADOR BAJO LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO), confirmándose la condena en todo lo demás, en los términos del art. 506 del C.P.P.. 3°) Insertar y notificar.- Fdo: Dres. Alejandro Chain-Eduardo Panseri-Guillermo Semhan-Luis Rey Vázquez-Fernando Niz. 015950E