

Abuso Sexual Recalificacion Del Hecho Delito Simple Presunta Homosexualidad De La Victima Art 119 1 Y 2 Párrafos Del Cod Penal

JURISPRUDENCIA

Abuso sexual. Recalificación del hecho. Delito simple. Presunta

homosexualidad de la víctima. Art. 119, 1° y 2° párrafos del Cód. Penal Se revoca la decisión que recalificó el hecho como delito simple, quitándole la agravante referida al aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima y readecuó la pena.

La Plata, 9 de septiembre de 2015. Antecedentes La Sala Primera del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento dictado el 2 de junio de 2014, hizo lugar parcialmente al recurso homónimo interpuesto por la defensa particular de M. T. contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal n° 3 de San Martín que lo había condenado a la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante. En consecuencia, recalificó el hecho como constitutivo del delito de abuso sexual simple, quitó la agravante referida al aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima y readecuó la pena, fijándola en tres años y dos meses de prisión, accesorias legales y costas, sin imposición de las correspondientes a esa instancia (fs. 94/100). Frente a lo así decidido, los señores Fiscales ante la aludida instancia, doctores Carlos Arturo Altuve y Jorge Armando Roldán interpusieron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que fue concedido por esta Corte (fs. 117/133 y 149/151 vta.). Oída la señora Procuradora General (fs. 155/159), dictada la providencia de autos (fs. 163) y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar la siguiente cuestión ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por los señores Fiscales ante el Tribunal de Casación? A la cuestión planteada, la Dra. Kogan dijo: I. Contra la sentencia reseñada en los antecedentes, los señores Fiscales Carlos Arturo Altuve y Jorge Armando Roldán ante el Tribunal de Casación interpusieron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que fue concedido por esta Corte (fs. 117/133 y 149/151 vta.). Fundaron dicho remedio a partir de los siguientes agravios: 1. En primer lugar, denunciaron la inobservancia del art. 119, párrafos primero y segundo del Código Penal (fs. 119 vta.). Refirieron que la alzada resolvió casar el fallo en lo relativo a la calificación legal y a la agravante de pena fundada en el aprovechamiento de la situación de indefensión de la víctima, confirmando los restantes puntos sometidos a su consideración, haciendo hincapié en las circunstancias fácticas que quedaron firmes. Así, puntualizaron que se tuvo por acreditado que T. era el vicepresidente del Club Florida que funcionaba en el Club Loma de San Martín y que había asumido la tarea de trasladar periódicamente a los niños que jugaban al fútbol desde y hacia sus domicilios en su camioneta. ¿En ese marco, el día 6 de marzo de 2010, en horas de la tarde, [el imputado] llevó a G. A.C., de [seis] años de edad, hacia el interior del baño del club antes referido. Allí le bajó los pantalones, le aplicó al menos un cachetazo en el rostro y le introdujo (...) una ramita de árbol en la cola. Inmediatamente después, extrajo su pene y lo apoyó en el ano del niño, mientras le tapaba la boca a fin de silenciarlo, dado que el niño lloraba? (fs. 120/vta.). Los recurrentes señalaron que como consecuencia del hecho, el niño G. C. sufrió diversas consecuencias físicas, emocionales y psicológicas, a saber: enrojecimiento y lesiones descamativas en su ano, angustia, ansiedad, agresividad en el ámbito escolar, bloqueo afectivo, temores a ser violado, entre otras (fs. 120 vta./121). Indicaron que la punición más gravosa del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, en relación con la figura de abuso sexual simple, responde a una mayor afectación a la libertad o dignidad del sujeto. ¿Es decir, media una relación de gradación entre el abuso sexual simple y la figura calificada del segundo párrafo del art. 119 del C.P.? (fs. 121). Con apoyo en citas de doctrina y jurisprudencia, alegaron que conductas como la juzgada encuadran en la figura de abuso sexual gravemente ultrajante pues este delito ¿abarca aquellas situaciones en que los actos son intrínsecamente escandalosos, humillantes, peligrosos y de un alto contenido vejatorio (...) tales como el empalamiento, introducción de objetos o la sodomización sin acceso carnal? (fs. 121/vta.). Resaltaron que el tribunal intermedio, por el contrario, consideró que la conducta desplegada por el imputado T. ¿consistente en la introducción de una rama de un árbol en el ano de un niño de seis años, propinándole al menos una cachetada en su rostro para luego extraer su pene y apoyárselo en el ano del niño mientras le tapaba la boca con el fin de silenciarlo mientras éste lloraba, no constituye abuso sexual gravemente ultrajante? (fs. 122). Tildaron de absurda e irrazonable esa interpretación y sostuvieron que ¿[d]esde el más elemental sentido común se advierte que el hecho tenido por acreditado es de una gravedad inusitada y excede ampliamente la figura del abuso sexual simple que se reserva a actos de acercamiento o tocamiento corporal superficial. El ultraje y avance sobre su dignidad que implica para toda víctima y, más aún para un niño de seis años, que se apoye sobre su ano el pene de un adulto mediante violencia y que luego [se] le introduzca una rama en el ano, merece sin duda alguna un reproche adicional al abuso sexual simple, en tanto constituye un abuso sexual gravemente ultrajante en virtud de las circunstancias de realización? (fs. 122/vta.). En función de todo lo expuesto, concluyeron que la sentencia impugnada incurrió en arbitrariedad ya que el cambio de calificación legal en cuestión no

resulta lógico ni fundado (fs. 122 vta.). 2. En segundo término, se quejaron de la violación de los arts. 16 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 1, 19 y 24 de la C.A.D.H.; y 19 de la C.D.N. (fs. 122 vta.). En tal sentido, refirieron que los fundamentos en base a los cuales el Tribunal de Casación fundó el cambio de calificación legal son de suma gravedad y se apartan de las garantías contenidas en la Constitución nacional y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, circunstancias que podrían generar responsabilidad internacional del Estado (fs. cit.). Expresaron que a los efectos de acordar la tutela penal, el abuso sexual gravemente ultrajante no diferencia entre hombres y mujeres, ni tampoco entre personas con experiencia sexual previa ni una orientación sexual definida. En este sentido, entendieron que realizar distinciones basadas en la orientación sexual atentaría contra los compromisos asumidos por el Estado argentino. Sostuvieron que la propuesta del sentenciante parece consistir en negar amparo penal a un niño de seis años de edad por el hecho de verificarse lo que se calificara en el fallo de una 'elección sexual', lo cual tendría incidencia suficiente para considerar que el abuso no fue gravemente ultrajante (fs. 123). Agregaron que aun cuando el fallo no lo indique en forma expresa, la mención a la 'elección sexual' y a la 'familiaridad en la disposición de su sexualidad' aludiría al hecho relatado por algunos testigos que dieron cuenta que 'G. ofreció 'chuparle el pito' a su primo a cambio de dos pesos, explicando además que su entrenador en varias oportunidades le había dado esa suma de dinero a cambio de que G. le chupara el pene' (fs. 123 vta.). Concluyeron que en base a ello, es que el juzgador habría interpretado que por tales circunstancias, la del menor se trataría de una 'elección sexual' que implicaría orientación homosexual (fs. 123 vta.). Según los impugnantes, ese 'razonamiento resulta doblemente irracional y perverso. En primer término, en tanto el magistrado votante otorga el carácter de 'elección sexual' a una conducta que no es otra cosa que una reiteración por parte de un niño pequeño, de un ofrecimiento de sexo oral a cambio de dinero, que en reiteradas oportunidades habría realizado contra él M. T. (...) Esta conducta delictiva, sin embargo, increíblemente no es tomada en cuenta por el magistrado votante para derivar en una investigación de presunto delito de abuso sexual con acceso carnal por parte de T. sino que es traído en la sentencia para interpretar que G., un niño de seis años abusado sexualmente por un adulto de su confianza, había realizado una 'elección sexual', presentaba 'familiaridad' en la 'disposición de su sexualidad?' (fs. 123 vta./124). Luego de indicar que remitirán copias a la Fiscalía General de San Martín a fin que se proceda a investigar posibles ilícitos que no formaron parte de esta imputación (fs. 124), agregaron que lo resuelto implica controvertir los más elementales principios del sistema jurídico y vulnera los principios de derechos humanos contemplados en la Constitución nacional y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, ya que la edad del niño tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la legislación civil y en el propio art. 119 del Código Penal es entendida como inhábil para que pueda expresar consentimiento en materia sexual respecto de conductas realizadas por un adulto, además de que no concurre el 'más básico ámbito de libertad ni autodeterminación' presupuesto para que la voluntad de un individuo pueda ser jurídicamente válida (fs. cit.). Agregaron que incluso de tenerse por acreditada una determinada orientación sexual por parte de la víctima, nunca ésta podría ser utilizada para interpretar una figura delictiva en forma diferenciada en pos de quitar protección legal.

Resaltaron que el razonamiento que subyace al argumento utilizado por los sentenciantes, consistiría en que debido a la homosexualidad del menor, 'la introducción de una rama en su ano resultaría menos reprochable que si dicha vejación fuera cometida contra un niño de orientación sexual heterosexual' (fs. 124 vta.). Bajo tales parámetros, sostuvieron que la interpretación expuesta en el fallo de una norma de derecho interno configuró una grave violación a diversos instrumentos internacionales que prohíben la discriminación por motivos de orientación sexual (arts. 2.1., C.D.N., 1 de la C.A.D.H. -fs. 124/125-).

En apoyo de este agravio trajeron a colación los casos 'Atala Riffo y Niñas v/ Chile' de la Corte I.D.H. y 'Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal' del Tribunal Europeo y los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (fs. 124 vta./127). Postularon que desde un punto de vista fáctico resultaría discutible la existencia de una orientación sexual definida por parte de un niño de tan solo seis años de edad, y aún si así fuera, lejos de atemperar la imputación debería plantearse si la conducta del niño no correspondía al efecto y consecuencia del accionar de T. (fs. 127/vta.). Por último, hicieron notar que el decisorio en crisis inobservó los arts. 19.1. y 19.2 de la C.D.N. y las Observaciones Finales al Estado argentino del 11/06/2010 del Comité de los Derechos del Niño en lo que hace a la protección del niño víctima. Mencionaron los casos 'Masacre de Mapiripán vs. Colombia' (2005), 'La Cantuna vs. Perú' (2006), 'Almonacid Arellano vs. Chile' (2006) y 'Velazquez Rodríguez vs. Honduras' (1998) de la Corte I.D.H. (fs. 128/130). 3. Finalmente, tacharon de arbitraria y absurda la valoración de la prueba que conllevó a la obliteración como agravante de pena del 'aprovechamiento de la situación de indefensión de la víctima' (arts. 18 de la C.N.; 210, 373 del C.P.P. -fs. 130/vta.-). Refirieron que el Tribunal de Casación, de modo oficioso, descartó la agravante de mención ya que la defensa no había cuestionado la valoración de las pautas mensuradoras de la pena (fs. 130 vta./131). Sostuvieron que se acreditó que M. T. mantenía un vínculo de confianza y habitualidad con el niño víctima y, 'conociendo el ámbito de escaso cuidado en que el mismo se movía, se aprovechó de tal situación aumentativa de la indefensión propia de todo niño para perpetrar el ilícito que se le imputa' (fs. 131). En tal

sentido, manifestaron que con la prueba testimonial producida en el debate y con los propios dichos del imputado, se demostró que este último, desde al menos cinco meses antes del hecho, trasladaba desde y hacia el club de fútbol a los niños en su camioneta, entre ellos a G. A.C. Así concluyeron que la cotidianidad y la habitualidad en el vínculo entre T. y la víctima -quien permanecía varias horas solo en el club a la corta edad de seis años-, sin otro referente adulto que lo acompañara o se encargara de él cuando T. lo trasladaba desde y hacia su domicilio, demostraban que el imputado estaba al tanto de la situación de indefensión de la víctima y del marco propicio para la perpetración del hecho con una mayor probabilidad de impunidad (fs. 131 vta.). Agregaron que para la configuración de la agravante no se requiere el conocimiento ¿a la perfección? a cada uno de los miembros de la familia del niño sino que resulta suficiente el pleno conocimiento que el encartado tenía de la situación de indefensión de la víctima ¿dado que en los cinco meses en los que semanalmente buscaba y llevaba a G. nunca tuvo contacto con sus padres ni con otro adulto referente más que las escasas intervenciones de su abuela? (fs. cit.). A mayor abundamiento, citaron extractos de la sentencia de primera instancia y de la audiencia ante el Tribunal de Casación de donde surge que T. conocía que el padre del niño estaba preso, contrariamente a lo afirmado en el fallo en crisis (fs. 132). Por todo lo expuesto, dijeron que la obliteración de la agravante es producto de una absurda y arbitraria valoración de la prueba que se apartó de las constancias de la causa (fs. 132/vta.).

II. La señora Procuradora General aconsejó que se haga lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 155/159).

III. Estimo, al igual que la representante del Ministerio Público Fiscal, que la Sala I del Tribunal de Casación interpretó de modo arbitrario el art. 119, primero y segundo párrafos del Código Penal, y que en base a una desacertada valoración de la prueba, obliteró la agravante del ¿aprovechamiento de la situación de indefensión? en la determinación de la pena. Tal como se evidenciará a continuación, la alzada se desentendió por completo de los fundamentos y conclusiones del tribunal de primera instancia, así como de las constancias de la causa en base a las cuales este último formó su convicción en orden a la imputación del delito de abuso sexual gravemente ultrajante y a la ponderación de la agravante de mención. A tales fines, realizaré una reseña de los hitos relevantes del caso:

1. De modo preliminar, resulta necesario destacar que tanto el Tribunal en lo Criminal n° 3 de San Martín como el órgano casatorio tuvieron por acreditado que ¿el día 6 de marzo de 2010, en horas de la tarde, en el interior del 'Club Lomas de San Martín', sito en la calle Edison n° 6439 de la localidad de Loma Hermosa, Partido de Gral. San Martín, M. T. abusó sexualmente del menor G. A. C. de [seis] años de edad al llevarlo hasta el baño de la institución y bajarle los pantalones, lugar este donde le aplicó, como mínimo, un cachetazo en el rostro para luego introducirle una ramita de árbol en la cola. Que inmediatamente después, extrajo su pene y se lo apoyó en el ano al menor mientras le tapaba la boca a los fines de silenciarlo toda vez que el niño lloraba? (fs. 11 vta.). A pesar de tal circunstancia, ambos órganos jurisdiccionales no compartieron la misma solución jurídica.

2. El tribunal de primera instancia calificó el hecho como abuso sexual gravemente ultrajante y le impuso a M. T. la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas. Para arribar a tal conclusión realizó una detallada reseña de la prueba incorporada por lectura y de la producida durante el debate. De la sentencia se pueden leer los extractos directos de los testimonios que fundamentan la materialidad ilícita del hecho y la autoría del encartado, que evito reproducir aquí dado que sería tedioso e inútil para el objeto del presente. Sólo indicaré sucintamente que entre otros elementos -en lo que aquí interesa- valoró:

a) el informe médico del cual surge que la víctima no presentó lesiones en la región anal aunque se observó una leve dilatación que al estímulo relaja la musculatura lo que lo hace complaciente (fs. 13).

b) Declaración de G. A. C. quien manifestó que el día sábado fue a jugar al fútbol y estaba su entrenador de nombre M., que a la tarde, no recuerda a qué hora, éste lo llevó al baño del club y le bajó los pantalones y le puso una ramita de un árbol en la cola, que le dolió, le contó a la abuela y lo curó, que M. sacó su pito y lo apoyó en su cola, que le tapaba la boca porque lloraba, que antes de hacerle esto le pegó un cachetazo en la cara. Que varias veces le dio dos pesos y le decía que le chupe el pito pero él nunca se lo hizo (fs. 13/vta.).

c) Declaración a tenor del art. 308 del Código Procesal Penal de M. T. (fs. 14 vta.).

d) Pericias psicológicas de las que surge que G. C. presentó angustia, ansiedad, agresividad hacia otros surgida en el ámbito escolar, bloqueo afectivo y temores (fs. 15).

e) Testimonial prestada en la audiencia de debate por E. M. Q. (abuela de la víctima) quien refirió que el día del hecho el niño volvió de practicar fútbol y le dijo que le dolía la cola por lo que, cuando se aprestaba a ponerle una crema en dicha zona advirtió que tenía el ano irritado e hinchado. Asimismo la testigo confirmó el indicio de presencia y oportunidad del imputado, aseverando que T. había ido a buscar al menor a su casa después del mediodía y luego lo devolvió a alrededor de las 20:30 o 21:00 horas. Aseveró que el imputado se encargaba de llevarlo al club y traerlo de regreso a su casa desde hacía ¿unas cuantos meses? y que en el club a su nieto siempre se lo veía con el señor T.. También declaró que sospechó que lo de la cola no era una simple irritación cuando su hija G. la llamara por teléfono y le dijo que ¿G. le había dicho a A., hijo de G., ¿te chupo el pito si me das dos pesos, porque al entrenador le hacía lo mismo si le daba dos pesos??. Que en un principio, el nene no quería contar pero al compañero de su nieta, G.C., le dijo que el entrenador, el señor T., lo llevaba al baño y le hacía succionar el pene al nene, que lo manoseaba y que ese día le había puesto un palito en el ano pero en realidad no sabe si eso fue lo que ocurrió (...). Que con su hija G. hicieron la denuncia en la Comisaría de la Mujer y luego la indicada llevó al nene para que fuera revisado

por el médico forense, afirmando que esa había sido la primera vez que el nene había manifestado dolor en la cola. Señaló que su hija S. también vio la cola del nene y que estaban presentes su prima A. y C. (...) en el momento que el niño manifestó dolor en la cola. Que al día siguiente del hecho, T. se presentó en su casa para hablar con G. y con la dicente ¿para aclarar la situación? y cuando el menor lo vio fue retrocediendo sin darse vuelta, mientras decía que no quería hablar con él e ingresó a la vivienda, notando que el nene estaba asustado. Que luego de lo que ocurrió (...) se lo notaba decaído, contrariamente a su estado de ánimo habitual que era muy activo (...) Que otro nieto de la dicente, S., hijo de S., también lo veía [a G.] que estaba siempre con T. en el club. Que el nene siempre se refería a T. como el entrenador (fs. 15 vta./17). Los dichos de esta testigo fueron ratificados por S. S. C. y G. E.C., tías de la víctima (fs. 19 vta./21). La declaración de G. M. C. (ex concubino de la prima del niño -fs. 20/vta.-) como el testimonio de A. J. A. (prima de la víctima -fs. 21/vta.-) y de E. A. G. (primo de G. -fs. 24 vta./25-) también fueron determinantes para el juzgador dado que recibieron del propio menor el relato del abuso sufrido así como también dieron cuenta de comportamientos incompatibles con la edad del niño (manifestaciones sexuales a cambio de dinero). f) La perito psicóloga L. T. B. concluyó que T., en forma consciente, realizó un intento de disimulación o minimización de algunos aspectos o síntomas relacionados con su personalidad y en los test ¿comenzaron a aparecer perturbaciones de tipo sexual que hablan de un trastorno neurótico de la personalidad cuya conflictiva es de tipo sexual pero no se trata de un perverso ni de un pedófilo? (fs. 17/vta.). Según la experta, de trece láminas exhibidas al encausado, en nueve de ellas, en las cuales el común de la gente ve animales o personas, vio partes genitales, específicamente la parte anal (fs. 18 vta.). g) El médico D. A. F. afirmó que el menor C. de seis años de edad, presentaba un psiquismo disminuido en relación a otros chicos de igual edad, observando un esfínter anal tónico complaciente, si bien no resultaba ser un esfínter dilatado por una penetración en las doce horas anteriores, no presentando lesiones, aclarando que de habersele introducido un dedo como el niño expresó no le habría producido lesiones. Que el eritema mencionado en el informe médico realizado por la otra profesional interviniente resulta ser un enrojecimiento de la piel y las máculas son manchas pequeñas, las que tienen un origen patológico y no traumático. Que las diferencias entre ambos estudios obedecen a la distinta metodología utilizada (fs. 19). h) S. B. D. R., perito médica del Ministerio Público Fiscal manifestó que revisó al niño y constató enrojecimiento alrededor del ano, con máculas o manchas escamosas, aclarando que dicho enrojecimiento podría obedecer a origen patológico o traumático, no pudiendo establecer las causas precisas. ¿[T]eniendo en cuenta la situación descrita por el menor y si hubo frotamiento, se puede producir un enrojecimiento de la zona y las lesiones escamosas podrían tener que ver con lo mismo, pero no pued[e] afirmarlo? (fs. 19). i) Las Peritos Psicólogas S. N. d. L. y S. O. G. G. concluyeron que en el marco de las entrevistas mantenidas con G. C. surgieron indicadores de la personalidad del niño como agresividad en la escuela, ansiedad, angustia, se lo veía como a la defensiva, demostraba miedo al formular su relato. Ambas profesionales coincidieron en que no surgen indicios de fabulación en el menor o que su relato hubiera sido inducido por terceros, siendo el mismo creíble. Aclararon que durante la realización de la Cámara Gesell el niño hablaba muy poco, lo que les impresionó como algo defensivo (fs. 19/vta. y 24/vta.). 3. El sentenciante puso en evidencia la intimidad como particular característica del ilícito en trato y a partir de allí sostuvo el protagonismo de la declaración de la víctima, tanto para la investigación como para la solución jurídica del conflicto (v. fs. 27 vta.). Luego, desestimó los testimonios de descargo (Gisela Lorena Hereñu, Benita Marina Cáceres Núñez de González, Estanislao Oscar Álvarez -fs. 21 vta./24-, Karina Verónica Isolina Kuzmin, Walter Fabián Contreras, Mary Silvia Petrona Álvarez -fs. 25/26 vta.-) por entender que no aportaban ningún elemento de relevancia para la solución del caso ya que ¿[a]firmar que T. es una buena persona, que llevaba a los chicos al club, que los sacaba de la calle, que lo vieron al mediodía, a la tarde y a la noche, o que no lo vieron ingresar al baño, no implica que no haya perpetrado el accionar que se le reprocha?. Afirmó que los testigos de concepto tienen una visión parcial de los hechos y ninguno dijo haber estado con T. momentos antes de que llevara al menor G. a su casa (fs. 28/vta.). De seguido, cuestionó los dichos de T. y sostuvo que no eran creíbles. Reforzó sus conclusiones con los resultados de la pericia psicológica realizada al nombrado (fs. 29/30). Luego, y bajo los parámetros antes indicados, analizó los dichos de G. C. y sostuvo que ¿un niño de seis años de edad, que comenzó a tener un vocabulario erotizado que en nada se compadece con su edad, luego de presentar evidencias físicas de un posible abuso hizo referencia a que el autor del mismo era un sujeto a quien visitaba en sus tiempos libres, era quien lo llevaba a divertirse y, aparentemente, el único que le prestaba atención o intentaba contenerlo (...) [D]entro de las limitaciones de su edad, hizo un relato coherente de las circunstancias en que se perpetraba el abuso? (fs. 31/vta.). Agregó que esta prueba se reforzó, por un lado, con las pericias psicológicas que dictaminaron que la víctima no presentaba indicios de fabulación o de haber sido inducido para declarar; por otro, con las testimoniales de A. J. A. y de G. M.C., a quienes G. ¿les contó el abuso que padecía? y con los dichos de E. A. G. a quien la víctima ¿le solicitó plata para tener sexo oral tomando conocimiento en ese momento por otro familiar que esa actividad la llevaba a cabo con su entrenador? (fs. 31 vta./32). Por último, en cuanto a que el niño no tenía marcas del cachetazo o de que le hayan tapado la boca para que no gritara, el Tribunal de mérito entendió que dicho extremo no se puede analizar porque no se sabe el tiempo transcurrido entre ese suceso y las personas que lo observaron, tampoco se

sabe dónde se le aplicó el cachetazo ya que puede haber sido en la cabeza, dado el abuso anal y tampoco se sabe sobre la presión ejercida en la boca, ni la resistencia del menor de seis años (fs. 32).

4. La defensa particular presentó recurso de casación en el que desarrolló tres agravios: 1) nulidad por inobservancia de preceptos legales relativos a la constitución del tribunal y afectación de las garantías de debido proceso y defensa en juicio; 2) nulidad del testimonio de la víctima y actos subsiguientes por inobservancia de los arts. 102 bis y 274 del Código Procesal Penal y violación de las garantías de debido proceso y defensa en juicio; 3) en subsidio, planteó arbitrariedad en la valoración de la prueba y peticionó la absolución de su defendido y la eventual aplicación del beneficio de la duda (fs. 39/53 vta.).

5. La Sala I del Tribunal de Casación desestimó todos los cuestionamientos llevados por el recurrente. Luego, y sin modificar la plataforma fáctica (v. punto III. 1.), recalificó el hecho en la figura de abuso sexual simple y descartó la agravante del aprovechamiento de la situación de indefensión al mensurar la pena.

IV. Tal como lo adelantara, el recurso debe prosperar.

1. Como primer punto, no puedo dejar de señalar que conforme se verá, el fallo en crisis tiene una confusa redacción que, por momentos, torna difícil la comprensión de los argumentos que le dan sustento y exige reiteradas lecturas para lograr su entendimiento.

2. Más allá de lo dicho en el párrafo anterior, en lo que hace al primer tramo del reclamo (arbitraria interpretación del art. 119 del C.P.), el cambio de calificación legal de abuso sexual gravemente ultrajante a abuso sexual simple constituye un desacierto de gravedad extrema que descalifica el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido. La alzada no reparó en las características del hecho -ni siquiera lo mencionó a lo largo de la sentencia- y se apartó de la norma aplicable al caso desentendiéndose por completo de los fundamentos y conclusiones del juzgador de mérito, así como de las constancias del proceso merced a las cuales éste formara su convicción en orden a la imputación del delito de abuso sexual gravemente ultrajante.

3. Yendo al fallo criticado, del voto del Juez Sal Llargués que concitó la adhesión del Juez Piombo, se puede leer que se resolvió que [r]especto del modo en que el a quo ha tratado la prueba de descargo no puedo menos que coincidir con éste puesto que todo lo que los testigos que se produjeron para el descargo aportaron, tiene que ver con la personalidad del imputado que ha generado esa empatía en todos cuanto lo trataron en su desempeño social. Esto no lo excluye de una eventual imputación por actos que como sostiene el fallo se producen a las sombras? (fs. 97).

¿No sobra prueba de cargo. Sobre la base de la imputación del menor se enlazan los testimonios que remiten a imputaciones realizadas en un contexto diferente del de la autoridad policial o judicial (invitaciones a practicar felaciones a terceros por dinero) donde el destinatario siempre es el encartado y las adquisiciones de los informes psicológicos de la víctima en punto a que no fabula al señalar al autor de las prácticas denunciadas. Los informes de los forenses dejan más dudas que certezas respecto de la etiología de una minúscula impronta que no cabe asignar al imputado justamente a causa de la duda que pivoteó entre los profesionales? (fs. 97/vta.).

Detengámonos aquí un instante. El primer párrafo no presenta inconveniente alguno, pero el que le sigue merece ser objetado. Cuando el magistrado votante, emprende -si se quiere- la tarea de verificar que el juez de mérito haya contado con suficiente prueba para tener por acreditada la existencia del hecho y la participación del imputado, advierte que ¿no sobra prueba de cargo? (fs. 97, párrafo final). Pero este aserto por sí sólo nada aporta, ya que para la acreditación de un ilícito penal no se exige legalmente que las evidencias ¿sobren?, mucho menos en el tipo de delito como el investigado donde la prueba resulta de difícil recolección (conf. C.S.J.N., V.120.XXX, ¿Vera Rojas, Rolando? rta. el 15/07/1997).

Pues, en efecto, es sabido que el abuso sexual infantil es un fenómeno delictivo particular, con características propias y diversas de otras figuras del Código Penal. Es por ello que dentro del material probatorio, además del testimonio del niño, la vulnerabilidad de la víctima, la personalidad del abusador, la crisis que el abuso genera en la familia (entre otros) resultan datos de vital interés a la hora de la investigación y comprobación de estos ilícitos.

El juez del juicio, reparó en tales aspectos a la hora de fundamentar el valor convictivo de los elementos de cargo. Así, le otorgó un sitio de relevancia a la declaración del menor, ponderó el especial cuadro de marcada vulnerabilidad en el que se encontraba la víctima, el cual vivenció directamente a través de los testimonios que recibió en virtud de la intermediación propia del debate, y se apoyó en las conclusiones de los expertos psicólogos y médicos.

Esta apreciación de la prueba bajo los puntuales parámetros indicados nunca fue puesta en jaque por la revisión efectuada por casación.

Efectivamente, en aras de explicar ese ¿no-exceso? de prueba de cargo antes indicado, el juez del tribunal intermedio realiza las apreciaciones ya transcriptas, de las cuales no puede extraerse ningún argumento válido que contrarreste el contenido de la sentencia de juicio, sumado a que se omite indicar -conforme ya fuera señalado- qué implicancias podrían tener esas consideraciones sobre alguno de los extremos de la plataforma fáctica acreditados en la instancia.

Por otra parte, cabe señalar que la aislada mención a una pretensa ¿duda? de los forenses desatiende que conforme las explicaciones dadas durante el juicio y recogidas en el veredicto, el contrapunto entre los profesionales radicó en que la Dra. Di Rosa en su informe dejó constancia respecto de máculas -pequeñas manchas escamosas- que junto al enrojecimiento alrededor del ano presentaba el menor, mientras que el Dr. Franceschetti no lo hizo, según precisó porque su origen era patológico y no traumático, diferencia que -justificó- obedecía a la distinta metodología empleada (fs. 484).

En consecuencia, queda en evidencia que la ¿duda? que el aludido magistrado menciona en su voto no tuvo incidencia en el sustrato fáctico acreditado en la anterior instancia, o al menos no demostró que haya

habido una incorrecta aplicación de la regla del in dubio pro reo que pudiera haber repercutido en la calificación legal. Sin perjuicio de ello, debe recordarse que el diagnóstico de abuso sexual infantil rara vez puede hacerse sobre la base exclusiva de evidencias obtenidas durante el examen físico del menor. La mayor parte de los niños abusados no presentan signos físicos y el más importante elemento con que se cuenta para efectuar dicho diagnóstico resulta ser el relato claro y preciso del niño (conf. Pantin, Daniel Jorge, 'Abuso sexual Infantil. Reconocimiento y Denuncia'. Con cita de 'Physical signs of sexual abuse in children Second edition. Royal College of Physicians of London. 1997. Introduction. pag. 3?', en 'Cuadernos de Medicina Forense' Año 2, n° 1, pp. 13-18, Mayo 2003, publicación del Cuerpo Médico Forense de la C.S.J.N). Entonces, y conforme lo expuesto, de los párrafos analizados no se desprenden argumentos que permitan siquiera inferir que el juez revisor, al controlar la motivación del fallo de su colega de primera instancia, haya modificado de algún modo la plataforma fáctica. Por lo tanto cabe concluir que la misma permaneció invariable.

4. Dicho esto, pasaré a analizar los párrafos siguientes sobre los que concentraron las críticas los impugnantes. Allí se sostuvo: 'Finalmente, es claro que la elección sexual del menor, malgrado la corta edad, a la luz de los nutridos testimonios de sus próximos ya habría sido hecha (conforme a la referencia a la recurrencia en la oferta venal y al travestismo)? (fs. 97 vta.)'. 'Ignoro en qué medida tenga esta aproximación que permiten formular esos aportes su causa en el pasado más remoto del pequeño niño cuyo padre fuera preso por abusador y cuya madre lo abandonara a merced de una abuela? que no demostró interés en él (fs. cit.)'. 'Es por ello que creo que -ausente toda otra imputación referida a un torcimiento del desarrollo sexual del menor- efectivamente el imputado ha tenido para con este infortunado niño comportamientos lascivos, pero a la luz de todo lo dicho y sobre todo en virtud de que la figura excogitada reclama que el abuso sexual haya resultado en concreto gravemente ultrajante, es que debo conceder que no creo que este carácter tan expresamente definitorio de este supuesto de abuso haya ocurrido contingentemente. Me afecta al respecto una insondable duda que tiene por base esa familiaridad que el niño ya demostraba en lo que a la disposición de su sexualidad se refiriera. En todo caso y a esa corta edad, transitaba una precoz elección de esa sexualidad ante los complacientes ojos de quienes podían (y debían) auxiliarlo en ese proceso? (fs. 97 vta./98). Y por último, 'llamado a tasar la pena a la luz de la escala penal aplicable, presentes las circunstancias atenuantes debo descartar la agravante de aprovechamiento de la indefensión de la víctima puesto que no consta que el imputado conociera que el padre de la misma estaba preso y que la madre lo había dejado abandonado como que quienes estaban a cargo de ella no le prestaran la debida atención? (fs. 98/vta.)'.

5. El a quo incurrió en una arbitraria e irrazonable interpretación del texto legal al restringir la aplicación de la figura de abuso sexual gravemente ultrajante al caso de autos, bajo argumentos dogmáticos y desnaturalizadores del alcance del bien jurídico que motiva la sanción de la norma. Resulta pertinente recordar que el art. 119, segundo párrafo del Código Penal, incorporado por la reforma de la ley 25.087 (B.O., 14/05/1999), bajo el que se subsumiera el hecho que conforme lo ya dicho, permaneciera invariable, contempla una figura agravada del delito de abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo, del C.P.) cuando 'por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima'. Edgardo Alberto Donna entiende que el abuso gravemente ultrajante 'castiga con mayor severidad las conductas que, en comparación con la figura de 'abuso sexual simple', resultan más dañosas para la víctima'. Y para lo que aquí nos ocupa explica que '[L]o 'gravemente ultrajante', son actos sexuales que objetivamente tiene 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. Con lo cual no se pretende tomar en cuenta la sensibilidad extrema de la víctima, sino el carácter objetivo del acto? [...]' 'De modo que, y en síntesis, no queda al arbitrio del juez lo que para él es gravemente ultrajante, sino lo que para la normalidad excede el límite de desahogo sexual? (Donna, Edgardo Alberto, 'Derecho Penal. Parte especial'. Tomo I., Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, págs. 519 y 522).

Enrique Alberto Gravier también define el abuso sexual gravemente ultrajante como aquellos actos objetivamente impúdicos: '[E]n lo que atañe a su estructura, sujetos, conducta material, aspectos subjetivos, consumación y caracteres, son los mismos que en el abuso sexual del [primer] párrafo [del art. 119 del C.P.] (...) [L]a diferencia radica en que este supuesto por su duración o por las circunstancias de su realización implica un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima (...). Por las circunstancias de su realización, la ley alude a situaciones en que los actos en sí mismos, son intrínsecamente escandalosos, humillantes, peligrosos o de un alto contenido vejatorio para víctima? (Gravier, Enrique, 'Delitos contra la integridad sexual?', Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2000, págs. 31/32).

Podría continuarse con la enumeración y cita de definiciones de la figura por distintos autores, pero lo trascendente es que en definitiva, la doctrina es unánime en cuanto a que 'encuadrarán en este supuesto, todas aquellas conductas que sin reunir los requisitos específicos del acceso carnal tengan un significado objetivo similar, como la introducción de objetos? (-resaltado propio-, Reinaldi, Víctor, 'Los delitos sexuales en el Código Penal argentino, Ley 25.087?', Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, p. 66; Parma, Carlos 'Delitos contra la integridad sexual?', Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 69; Pandolfi, Oscar, 'Delitos contra la integridad sexual?', La Rocca, Buenos Aires, 1999, p. 74, cit. por Javier De Luca-Julio López Casariego en 'Código Penal de la Nación y normas complementarias'. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Dirigido por David

Baigún y Eugenio Zaffaroni, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 517). 6. Entonces, de conformidad con la letra de la norma y pacífica interpretación de la doctrina, la conducta del imputado representó algo más que lo descrito en la figura básica del abuso sexual simple pues a los actos de significación sexual atrapados por aquélla -del cual la forma calificada es un subtipo agravado, progresivo- se les añadió el carácter de gravemente ultrajantes cuando, como en el caso, ¿conllevan en sí mismos un alto grado de ultraje y humillación? (Creus-Bompadre, ¿Derecho Penal?, Parte Especial, Astrea, Bs. As., 2007, v. 1, págs. 206/207). En efecto, el suceso que se tuvo por acreditado de la introducción de un objeto -ramita de un árbol- y el apoyarle el pene en la cola, configura un plus por sobre la figura básica del primer párrafo del art. 119 del Código Penal pues en sí mismas tienen un alto contenido vejatorio, objetivamente y más allá de como pudiera haberlos percibido la propia víctima, en este caso un niño de tan solo seis años (conf. en lo pertinente, P. 118.483, sent. del 11/III/2015, voto del Dr. Hitters a quien adherí) y se subsumen sin esfuerzo en el tipo penal de abuso sexual gravemente ultrajante, tal como fuera resuelto en la primera instancia, debiendo descalificarse por arbitrario el pronunciamiento puesto en crisis toda vez que la modificación operada al nivel de la subsunción legal carece de fundamentos normativos válidos. 7. Ahora bien, resta señalar que las expresiones de esta última porción del fallo atacado y que hacen referencia a una presunta elección sexual de un niño de seis años (¿[L]a elección sexual del menor, malgrado la corta edad, a la luz de los nutridos testimonios de sus próximos, ya habría sido hecha (conforme a las referencias a la recurrencia en la oferta venal y al travestismo)? destacado propio -fs. 21 vta.-), como así también a una supuesta familiaridad del niño ¿en lo que a la disposición de su sexualidad se refiriera? (fs. 97), además de ser un garrafal desatino, son inhábiles para fundamentar el cambio de calificación legal realizado. Pues de las testimoniales reseñadas al inicio y que fueran materia de análisis en la sentencia de primera instancia, surgen datos que dan cuenta de que el niño abusado ofrecía practicar sexo oral a cambio de plata, manifestando que esto mismo era lo que hacía con su entrenador. Vale decir que repetía un mecanismo que, según las mismas fuentes, habría sido previamente realizado con T., incluso con anterioridad al suceso por el cual se arriba a la condena. Esta conducta del niño que en todo caso, no es otra cosa que un típico indicador de abuso sexual infantil (v. Pantin, Daniel Jorge, ob. cit., ¿Indicadores en la edad escolar: ... Comportamiento sexualmente manifiesto hacia los adultos, como intentar gustar, flirtear y realizar insinuaciones de tipo sexual como una forma aprendida de comportarse con los adultos?; en igual sentido Berlinerblau, Virginia: ¿el niño abusado ... puede presentar conductas erotizadas e intentar reproducir su experiencia con otros niños, entre diversas posibilidades?, Abuso sexual infantil. Aspectos forenses -roles y responsabilidades del sistema penal, en ¿Prácticas para asistir y defender niños, niñas y adolescentes?. AAVV, Eva Giberti coordinadora; 1ª. Ed., Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2011, p. 129), no sólo es desconsiderada en tales términos por el juez, -lo que a su vez deja al descubierto su desconocimiento en la materia-, sino que -más grave aún-, en la inteligencia del fallo es utilizado como un argumento para la solución jurídica del caso, lo que, además de ser palmariamente inválido, parece encerrar un mero prejuicio de los propios magistrados. 8. En lo que hace a la obliteración de la agravante de ¿aprovechamiento de la indefensión de la víctima?, el Tribunal de Casación incurrió en un supuesto de arbitrariedad fáctica ya que no evaluó idóneamente los hechos y pruebas y se basó nuevamente en afirmaciones dogmáticas. Como lo señala el recurrente, el imputado conocía las condiciones de vida de la víctima y a los miembros de su familia. Así, en su declaración durante la etapa de investigación (art. 308 del C.P.P.) y, luego, durante el juicio, M. T. dijo que vivía a tres cuadras de la casa de G.C., que una vez por semana lo pasaba a buscar por su domicilio para ir al club y luego lo llevaba de regreso a su hogar; ¿cuando iba a buscar al nene hablaba con su abuela? (fs. 27); que el día del hecho, cuando fue a llevar a la víctima de regreso a su casa, ¿estaba la tía de G. en la puerta de la casa hablando por teléfono?; cuando se enteró de la denuncia fue hasta la casa del niño para ver qué pasaba y en ese momento salió la abuela con dos hombres más (fs. 15). Por último, en la audiencia celebrada en el Tribunal de Casación, el imputado, de forma expresa manifestó que ¿el padre del chico está preso por violación? (fs. 89). De tales piezas se advierte que la decisión de la alzada de descartar la agravante de aprovechamiento de la indefensión de la víctima con el dogmático argumento que ¿no consta que el imputado conociera que el padre de la misma estaba preso y que la madre lo había abandonado como que quienes estaban a cargo [del niño] no le prestaban la debida atención? no se compadece con las constancias de la causa. Se demostró que el imputado mantenía una relación de confianza y habitualidad con G. C. y conocía la situación de desprotección en la que vivía pues permanecía largas horas solo en el club y el único referente adulto con quien el imputado se comunicaba era con la abuela. Esto permite concluir que el encausado sabía de la ausencia del padre -preso por abusar de una prima de la víctima de autos- y la madre del niño quienes durante los meses que tuvo contacto con el damnificado nunca aparecieron y el encausado jamás dijo haber hablado con ellos. En definitiva, con total prescindencia de las pruebas producidas -ni siquiera citó elemento alguno que diera sustento a las dogmáticas afirmaciones- el fallo en crisis descartó la agravante en cuestión con ausencia total de motivación fáctica en base a suposiciones infundadas del juzgador y aseveraciones subjetivas sin sustento. V. Como corolario de las consideraciones vertidas, corresponde hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley deducido por los Fiscales ante el Tribunal de Casación desde que la Sala Primera de dicho órgano incurrió en arbitrariedad al modificar la calificación legal del

hecho endilgado a M. T. y al descartar la agravante de ?aprovechamiento de la indefensión de la víctima? (conf. mutatis mutandi, doct. P. 92.219, sent. del 12/07/2006; P. 90.213, sent. del 20/12/2006; P. 88.382 y P. 91.483, sents. del 08/10/2008; P. 114.511, sent. del 26/12/2012). La solución que antecede torna inoficioso pronunciarse respecto a los restantes planteos federales reseñados en el punto I.2 (art. 481 último párrafo del C.P.P.). En atención a lo resuelto, corresponde casar la sentencia recurrida, asumir competencia positiva, calificar el hecho como constitutivo del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, restablecer la agravante del ?aprovechamiento de la situación de indefensión del menor? y, no advirtiéndose que hubieran quedado pendientes de resolución cuestiones planteadas por la defensa (conforme al principio de adhesión a la apelación), reinstalar la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas impuesta por el tribunal de juicio a M. T. (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 41 bis, 45, 119, segundo párrafo, todos del Código Penal). Voto por la afirmativa. A la cuestión planteada, el Dr. Pettigiani dijo: Adhiero a los fundamentos y solución propiciada por la Dra. Kogan. 1. Por una parte, y de manera coadyuvante, estimo pertinente adicionar los siguientes argumentos. En este sentido, coincido con la aludida colega en que debe hacerse lugar al agravio vinculado con la inobservancia de la ley sustantiva, por constituir la conducta del imputado abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, párrafo 2°, C.P.). Ello, haciendo mérito de las consideraciones expuestas en el voto de primer orden respecto de las circunstancias acreditadas que rodearon al hecho, de las que surge con claridad que aparejaron para el niño graves consecuencias tanto de orden físico como psíquico, generándole un daño irreparable e introduciendo en su existencia elementos altamente negativos para su evolución como persona, en principio superables, pero que se constituyen como duros escollos para lograrlo, todo lo que, apreciado en conjunto permite advertir con patencia conformado el grave ultraje que requiere para su configuración la forma agravante del tipo penal delineado. En efecto, tanto en lo que hace a la significación que otorga el diccionario del idioma al término ?ultrajar?, como particularmente oteando sus raíces, desde la perspectiva esencial que constituye la etimología del mismo, se advierte que la deleznable acción seguida en el hecho de marras por el encartado queda atrapada dentro de los confines de aquél. El diccionario de la Real Academia indica que ?ultrajar? es ajar o injuriar, despreciar, siendo que ?ajar? importa maltratar, manosear, marchitar, hacer que alguien pierda su lozanía, circunstancia que resulta particularmente apreciable respecto de un niño sometido a quien lo utiliza para llevar a cabo sus perversos designios de violencia sexual. Y la génesis del vocablo refiere que deriva del francés antiguo ?outage? proveniente a su vez del latín ?ultraficum?, y en definitiva de las voces ?ultra? y ?ultimus?, que significan ?más allá?, y que indican categóricamente que se ha ultrapasado un límite, que no es otro que el de la consideración que todo ser humano merece como tal, y que hace a la dignidad que debe imperar en todo trato con un semejante, máxime cuando su corta edad lo hace objeto de miramientos especiales por la debilidad atinente a su condición de tal. Todo lo que nos conduce a concluir que la conducta ultrajante es la que ha traspasado todos los límites, yendo más allá de ellos, con supino desconocimiento del otro, haciéndolo objeto de maltrato y mostrando desprecio por su condición humana, a la vez que venciendo y ultrapasando sus defensas. Con mayor razón cuando esa acción, como en el caso, se despliega respecto de un niño que por las circunstancias propias de su edad carece de la comprensión básica necesaria para vislumbrar la consecuencia de los actos a los cuales puede ser inducido, lo que termina de consolidar la gravedad intrínseca del ultraje. Tal apreciación no puede ser soslayada bajo ningún pretexto, mucho menos para tornar más lábil la protección que le otorga la ley penal o para amenguar la significación de la conducta ultrajante. 2. Finalmente, también considero que resulta arbitraria la decisión del tribunal intermedio en cuanto suprimió como aumentativa de la pena el aprovechamiento de la indefensión de la víctima. Pues, como quedó expresado, dicho órgano no apreció de manera adecuada, en términos de la razonabilidad que demandan las decisiones judiciales (arts. 1 y 28, C.N.), los hechos y las pruebas sino que por el contrario, asentó su parecer en afirmaciones dogmáticas. Más aun cuando el tribunal de mérito justipreció en forma afinada, en lo que resulta de interés, esa parcela del fallo (fs. 32 vta./33). En consecuencia, voto por la afirmativa. Los doctores Negri, Soria, De Lázzari y Genoud, por los mismos fundamentos de la Dra. Kogan, votaron también por la afirmativa. Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General, se resuelve hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por los señores Fiscales ante el Tribunal de Casación Penal y, en consecuencia, casar la sentencia recurrida, asumir competencia positiva, calificar el hecho como constitutivo del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, restablecer la agravante del ?aprovechamiento de la situación de indefensión del menor? y reimplantar la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas impuesta por el tribunal de juicio (art. 496 del C.P.P.). Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. Luis E. Genoud Héctor Negri Hilda Kogan Eduardo J. Pettigiani Eduardo N. de Lázzari Daniel F. Soria 013877E