

Abuso Sexual Menor De Edad Agravante Contagio De Enfermedad Sifilis

JURISPRUDENCIA

Abuso sexual. Menor de edad. Agravante. Contagio de enfermedad.

Sífilis Se casa el fallo impugnado y se condena al imputado como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual de un menor de trece años, a la pena de tres (3) años de prisión en suspenso. Asimismo, se concluye que no existía certeza plena de que supiera que tenía sífilis cuando abusó sexualmente de su sobrino, lo que descarta la aplicación de ese delito -artículo 18 de la ley 12331-, descartando la utilización de esa figura legal.

Buenos Aires, a los 26 días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, Patricia Llerena y Jorge Luis Rimondi, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver los recursos de casación, interpuesto por la defensa del condenado en la presente causa n° 30292/2012, registro n° 4368 del TOC n° 27, caratulada "M., B. E. s/abuso sexual" de la que RESULTA: I. Con fecha 12 de agosto de 2016, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 27, de esta ciudad, integrado por los jueces Javier Esteban de la Fuente, Federico M. Salvá y Jorge H. Romeo (fs. 389/ 390), en lo que aquí interesa, resolvió: "I. CONDENAR a B. E. M.... como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual de una persona menor de trece años agravado por haber resultado un grave daño en la salud física de la víctima a la pena de CUATRO AÑOS de PRISIÓN, accesorias legales y costas (arts. 12, 29, inc. 3°, 45, 119, primer y último párrafo, inc. a) del C.P. y 403, 530 y 531 del C.P.P.N.)(...)" II. Los fundamentos del fallo fueron dados el 22 de agosto siguiente (cfr. fs.391/404vta.); en tanto la impugnación presentada por su defensa, ejercida por la Sra. Defensora Oficial Dra. Karin Codern Molina, se agrega a fs. 406/418.

Los agravios introducidos se ocupan de cuestionar la valoración probatoria efectuada por el tribunal ya que, según su apreciación, no habría prueba suficiente para acreditar, objetivamente y en primer lugar, que M. estuviera conviviendo con la víctima en la época en la que se le atribuyen los hechos de abuso sexual, así como que podría haber dudas respecto de quién pudo ser el autor de la lesión en la salud provocada en el menor, toda vez que el hermano del imputado también convivía con ellos y se habría querido proparar sexualmente con la hermana de la víctima. Asimismo, se agravia de la forma en que el tribunal tuvo por acreditado el contagio de sífilis entre abril y mayo de 2012 sobre un informe del año 2014, y donde se critica que en la sentencia no se explicó, y fundó debidamente, cómo es que se produjo el contagio de esa enfermedad. En ese sentido, subsidiariamente, se cuestiona que se haya acreditado "el grave daño en la salud física o mental de la víctima" con el contagio de sífilis, que fue tratada a tiempo y, en principio, sin secuelas para la víctima, lo que generaría un déficit respecto de la acreditación de la tipicidad objetiva. Asimismo, se cuestiona que se haya probado que M. supiera que tenía esa enfermedad y las consecuencias de contagio que podía provocar, afectando la tipicidad subjetiva. Por último, se cuestiona por arbitraria la pena impuesta y se argumenta acerca de la inconveniencia de que sea de efectivo cumplimiento, cuando la escala penal permite que la pena a imponer pueda ser dejada en suspenso (art. 26, CP). Concedido a fs. 419/420vta., el recurso fue mantenido a fs. 423 y admitido para su trámite por la Sala de Turno a fs. 425; a su vez, la defensa se presentó en el término de oficina mediante el escrito agregado a fs. 428/436, insistiendo la Dra. Florencia Hegglin sobre las cuestiones introducidas como agravio en el recurso originario y ampliándolo con nuevos fundamentos.

El 13 de noviembre del corriente se llevó a cabo la audiencia respectiva ante esta Cámara, y la audiencia de conocimiento directo prevista por el art. 41, CP. De esta forma, los autos están en condiciones de ser resueltos. Así, efectuada la deliberación y conforme lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo. El juez Bruzzone dijo: Admisibilidad del recurso de la defensa El recurso de la defensa es admisible porque se dirige contra una sentencia de condena (art. 459, CPPN) y los agravios fueron canalizados, de acuerdo a lo dispuesto en los dos incisos del art. 456 del código citado. Más allá que alguno de los agravios se refieren a cuestiones que se podrían considerar como vicios in iudicando, al cuestionar la tipicidad objetiva y subjetiva del tipo penal atribuido, lo cierto es que también cuestionan hecho y prueba, en cuanto a acreditación fáctica de ciertos elementos de la tipicidad, lo que incluso, antes del fallo "Casal" hubiera requerido de revisión por esta instancia. A su vez, conforme la doctrina que surge del precedente mencionado, la tacha de arbitrariedad en la valoración de la prueba, determina que también se debe agotar la capacidad de revisión de todo aquello que sea "revisable" en esta instancia, en donde el límite lo traza la percepción directa que los jueces del tribunal de juicio obtienen de la prueba a través de la inmediación, para la determinación de los hechos que acreditan la imputación. En definitiva se trata de eliminar todos los errores que la sentencia pueda contener y legitimar si corresponde la imposición de una pena. Agravios vinculados a la arbitrariedad en la valoración de la prueba Para poder analizar el conjunto de agravios que se alzan contra el fallo, corresponde comenzar por establecer qué fue lo que el tribunal tuvo por acreditado en la sentencia. En cuanto a la "enunciación del hecho imputado" el tribunal, liderando el acuerdo el colega de la Fuente, dijo: "Se encuentra suficientemente acreditado que B. E. M. abusó sexualmente de su sobrino [FDO], de ocho años de edad,

causándole un grave daño en la salud física al transmitirle una enfermedad de transmisión sexual -sífilis. Dichos episodios ocurrieron entre los meses de abril y mayo de 2012, en el interior del domicilio de la calle Pinzón ?, de esa ciudad. Concretamente, el imputado tocó al niño en sus partes íntimas y le apoyó su pene en la cola sin penetrarlo.? A) Entre los meses de abril y mayo de 2012, ¿B.E.M. vivía en el barrio de..... en el domicilio de la familia O... o en su casa en la provincia de Santa Fe? La defensa cuestiona que se encuentre acreditado que para la época en que se le atribuyen los hechos, M. estuviera conviviendo con la familia O.... Más allá de la insistencia, la defensa no demuestra por qué el tribunal fue arbitrario al valorar ese extremo, aplicando las reglas de la sana crítica que fundaron adecuadamente, por qué pesaban más los dichos de la familia que los solitarios del imputado para tener por acreditada esta cuestión. Sobre esa valoración, que el tribunal de juicio llevó a cabo en forma directa, solo demostrando una clara arbitrariedad objetiva esta instancia de casación podría alterar la conclusión a la que arribaron los jueces del juicio. Creyeron en la palabra de la familia para tener por acreditado que los hechos ocurrieron cuando el imputado convivía con ellos, en el lapso de tiempo indicado. La sentencia se hace cargo del agravio y explica lo siguiente: ?(...) Finalmente, en cuanto al descargo que presentó el imputado, cabe señalar que su principal argumento, relativo a que al momento de los hechos endilgados estaba en Santa Fe, se encuentra suficientemente desvirtuado con las pruebas de cargo antes mencionadas, pues se debe recordar que los testimonios de V. S. y de J. O. han sido contundentes respecto de la presencia del acusado en el domicilio donde también vivía el menor.? Y se agrega en ese sentido que ?incluso el niño [F] también se refirió a esta circunstancia. En cambio, el imputado ha basado su descargo únicamente en sus propios dichos, sin que se haya incorporado ningún elemento que permita sostener razonablemente que estaba en Santa Fe cuando ocurrieron los hechos. Ello, por supuesto, sin perjuicio de reconocer que no existe una absoluta precisión sobre el momento específico en que se produjo el abuso, pero es claro que fue en oportunidad en la que M. residía en la vivienda de S. junto con el menor.? Si bien considero innecesario para rechazar este agravio agregar algo a lo que se expone con claridad en la sentencia deseo referirme, no obstante, al giro que utiliza el fallo al sostener, con énfasis, que la acreditación de lo expuesto lo era ?por supuesto, sin perjuicio de reconocer que no existe una absoluta precisión sobre el momento específico en que se produjo el abuso?. Lo que está probado y no admite una seria discusión, es que los abusos ocurrieron en el tiempo que convivió con la familia del menor, sin que ello requiera de una determinación tan exacta que pueda afectar la acusación en casos como el presente. Por ese motivo, sostener que la visita a la casa de su hermana se realizó en el 2011 y no entre abril y mayo de 2012, no agrega nada sobre el punto en discusión. Se debe tener en claro, a esta altura del análisis de la sentencia cuestionada, que a lo que nos referimos es al abuso y no al contagio (de sífilis) que será analizado más adelante. Sería contrario a las reglas de la lógica considerar que el abuso se pudo llevar a cabo en otro momento que no fuera el de la convivencia (¡!). Para intentar mitigar la sorpresa que representa para la Sra. Defensora, debo recordar, como lo hicimos recientemente al fallar en la causa ?Y.?(1), que exigir la absoluta determinación de la imputación es estos casos, no es realista y desatiende que la valoración probatoria difiere, caso a caso, de acuerdo a las características del delito, del autor, de la víctima o de las cosas y entes involucrados. B) ¿Puede ser el hermano de B. E., M. el autor del hecho que le atribuyen a él? Es cierto que el tribunal no ofrece una argumentación directa sobre esta cuestión, pero también es cierto que el argumento de la defensa carece del soporte respectivo para poner en crisis la conclusión a la que arriban, donde claramente se descarta que el hermano del imputado -J. H.- pueda haber sido el autor del hecho. Tanto en la declaración de la madre del menor, como cuando lo hizo el padre, ambos se refirieron a la manifestación de su hija quien, enterada de lo acontecido con su hermano, les contó que a ella le habría ocurrido algo similar pero con su otro tío, el hermano de B. E. M., que también convivió en su casa en el mismo período y donde no existe confusión alguna. Por otro lado, y como será analizado a continuación, el menor fue claro y contundente en indicar al imputado como el autor de la conducta abusiva que lo afectó, sin que se pueda introducir duda alguna en el sentido de que pueda haberse confundido con su hermano. Por ello, el agravio debe ser descartado. El tribunal, luego de analizar los dichos del menor, los de sus padres y los de los expertos que lo evaluaron, desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico lo que dijo al prestar declaración en Cámara Gesell y en la entrevistas llevadas al efecto, como verosímil, se ocuparon de contextualizar la forma en que se tomó conocimiento de lo acontecido de la siguiente manera: ?Además, en el presente caso, existe un indicador de cargo de fundamental importancia. Me refiero al hecho que dio origen a la presente causa. Recordemos que todo comenzó cuando V. S. llevó a su hijo al hospital porque había encontrado una lesión en la zona de la cola y, una vez en el lugar, se realizaron los estudios correspondientes, constatándose que había sido afectado por sífilis (ver fs. 21, 30/34, 181 -cuyo original se encuentra reservado-).? Es recién al tomar conocimiento del diagnóstico de sífilis que S. habla con su hijo y éste le relata los abusos de los que había sido víctima, cometidos por B. E. M., todo lo cual ubica al nombrado como autor de los hechos atribuidos respecto de un menor de trece años, sin que exista duda alguna a este respecto. Cuestionamiento a la aplicación de la agravante de ?haber causado un grave daño en la salud de la víctima? en relación al contagio de sífilis A partir de acá, lo que corresponde analizar se relaciona con el cuestionamiento que la defensa lleva a cabo de la agravante empleada de ?haber causado un grave daño en la salud física de la víctima?, prevista en el inciso a) de las agravantes

genéricas de los tres primeros párrafos del artículo 119, del Código Penal, lo que consideran incorrecto y, por distintos motivos tachan de arbitrario, tanto desde el punto de vista de la tipicidad objetiva como subjetiva. La tipicidad objetiva La defensa oficial, tanto por parte de la Dra. Codern Molina originariamente, como por parte de su colega la Dra. Hegglin ante este tribunal, han expuesto razones plausibles para poner en crisis la calificación empleada. Y es en el escrito presentado en el término de oficina de fs. 428/436, donde luego de un desarrollo similar al que había efectuado su colega antes, se señala -aunque indirectamente, cfr. segundo párrafo de fs. 432- cuál es, más allá del abuso sexual a un menor de trece años, la calificación correcta de este caso: la descrita en el art. 18 de la ley 12331, de "Profilaxis Antivenérea" que establece: "Será reprimido con la pena del art. 202 del Código Penal, quien, sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la contagia a otra persona." La relación existente entre las agravantes genéricas previstas en el cuarto párrafo del artículo 119, CP, que podían ser consideradas, es decir, la del inciso a) que fue utilizada por el tribunal y, la del inciso c), sobre la que también desarrolla argumentos la defensa, se ven desplazadas conforme la imputación de haber contagiado una enfermedad venérea (sífilis), en la conducta específica descrita en el art. 18 de la ley 12331 mencionado, que concurre de manera ideal (art. 54, CP), con el abuso sexual a un menor de trece años. Es a partir de este encuadre típico que se debe analizar el caso, porque si bien llevan razón las señoras defensoras en la crítica respecto de la aplicación de la agravante del inciso a), por requerir de un grave daño a la salud física o mental, la disquisición acerca de si contagiar el sífilis es grave o no, constituye una discusión innecesaria, porque ya hay un tipo penal especial que recoge esa conducta, lo que la excluye de poder ser alcanzada por las agravantes mencionadas, pero determina que si lo que se contagió fue sífilis, con ello basta para ser merecedor de una pena que va de tres (3) a quince (15) años de prisión sin que se especifique la entidad del daño que puede causar en la salud física o mental, y más allá del contagio de la enfermedad venérea que, en sí, se considera disvalioso, e independientemente de las consecuencias que concretamente provoque o del tratamiento que se deba llevar a cabo para su cura. A mi criterio, en este aspecto de los delitos que afectan la libertad sexual en su vinculación con los que, también, afectan la integridad física e, incluso, la salud pública, el legislador ha querido abarcar específicamente diferentes conductas que pueden ser discernidas de la siguiente manera: 1) el abuso sexual que provoque un contagio de enfermedades de transmisión sexual, que se dividen en dos grandes grupos: 1.a) por un lado las "graves", SIDA y Hepatitis B, que se encuentran alcanzadas por la agravante del inciso c) del artículo 119, CP y, por otro, 1.b) las venéreas (sífilis, blenorragia, chancro blando, clamidia, verrugas y herpes genitales, tricomoniasis, etc.), que subsumen en el art. 18 de la ley 12331, y que pueden concurrir idealmente con alguna de las formas del abuso sexual del artículo 119, CP. 2) que el abuso sexual provoque, a su vez, "un grave daño en la salud física o mental de la víctima", previstas como agravante en el inciso a), del artículo 119, CP. Cuando la doctrina se ocupó de esta agravante, se señaló que por "grave daño a la salud física o mental" se debían considerar, exclusivamente, las lesiones contempladas en los artículos 90 y 91 del Código Penal; es decir, las lesiones graves o gravísimas(2). Comparto este punto de vista, lo que, a mi criterio, también determina en relación a las enfermedades de contagio por transmisión sexual, que quedan excluidas de esta agravante, por haber previsto el legislador un tipo específico de acuerdo a la entidad de la enfermedad que se contagia. Es por un doble motivo que la sentencia, en este aspecto, debe ser casada en cuanto a la agravante empleada del inciso a). Por un lado, hay un tipo penal especial que desplaza cualquier otro general y, a su vez, porque contagiar una enfermedad venérea no puede ser considerada un grave daño en la salud física y mental. En este sentido, son plausibles todas las críticas ensayadas por las señoras defensoras, tanto en lo que se refiere a las características curables de la enfermedad en términos objetivos atento el avance de la ciencia médica(3), como así también en el caso concreto, por el debido tratamiento recibido, lo que no hace más que confirmar lo dicho precedentemente. Contagiar sífilis, en consecuencia, no puede ser equiparado a provocar las lesiones graves o gravísimas de los artículos 90 y 91 del Código Penal que es el alcance que la doctrina, en general, le ha otorgado a la agravante incorrectamente empleada por el tribunal. Por último deseo señalar, que el cambio de calificación propuesto, que concurre idealmente (art. 54, CP) con el delito de abuso sexual, no implica una sorpresa para la defensa, como ya se destacó. Conoce tan bien la defensa de qué se está defendiendo que el cambio de subsunción sólo colabora en racionalizar sus argumentos, para poder discutir el centro de su argumentación en relación al contagio: cómo se han probado los extremos subjetivos de la imputación. De esa forma, la subsunción que mejor derecho tiene de ser aplicada es la que sugiere la defensa al desarrollar el agravio y donde las cuestiones atinentes a la tipicidad objetiva de la conducta atribuida no requieren de referencias a los delitos calificados por el resultado, aunque sí a los alcances del dolo. La tipicidad subjetiva En la crítica a la forma en que el tribunal tuvo por acreditado el tipo subjetivo del delito atribuido en la sentencia es donde se advierte un déficit importante, para que la calificación correcta, que ahora se propone, pueda prosperar. Ahora, debemos preguntarnos si se encuentra acreditado que B. M. sabía que tenía sífilis cuando abusó sexualmente de su sobrino y, también, si fue su voluntad infectarlo con esa enfermedad, de la que se debía saber poseedor, extremo que las defensoras consideran que no fue probado con la certeza necesaria para que se homologue una sentencia condenatoria. En el tipo penal del art. 18 de la ley 12331 se describe como "quien, sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la

contagia a otra persona?. Esta imputación fue siempre la que la defensa conoció y trató de descartar desde la calificación equivocada en que se la subsumió en la sentencia como 'grave daño a la salud física o mental?', cuando de lo que siempre se defendió fue de haber contagiado sífilis a su sobrino, menor de trece años, en el marco de un abuso sexual. Frente a la calificación propuesta, el dolo del autor debe abarcar: 1) que se encuentra infectado de sífilis, 2) que esa enfermedad se puede transmitir. En la sentencia se tienen por acreditadas esas cuestiones de la siguiente manera, por un lado 'se ha demostrado suficientemente que B. E. M. también contrajo esa enfermedad. Al respecto, no sólo se debe tener en cuenta lo que surge de fs. 204 y 313/314, sino también lo declarado durante el debate por las Dras. Marisa Hernández y Andrea Fabiana Soliani?. Y, por otro, se dice que 'resulta difícil pensar que M. pueda haber ignorado que padecía sífilis, pues las médicas que prestaron declaración en el debate fueron contundentes respecto a que siempre aparecen lesiones o chancros?. En primer lugar se debe destacar que la sífilis se contagia, en principio, al tener relaciones sexuales, circunstancia que no fue acreditada en este caso porque la agravante de acceso carnal fue descartada. Lo que con carácter general puedan haber declarado esas profesionales sobre ese aspecto y la forma en que se manifiesta externamente la enfermedad, en la propia fundamentación del fallo lo único que deja son dudas y ello es a partir de la confrontación de los informes médicos mencionados. A partir del tipo penal escogido por el tribunal, y ya descartado desde el punto de vista objetivo, se razona de la siguiente forma: 'Pero, aunque existan dudas sobre esta cuestión, desde mi punto de vista, no es necesario acreditar que el dolo del autor también abarcaba los resultados previstos en este tipo agravado. Nos hallamos ante uno de los denominados 'delitos agravados por el resultado', donde el legislador ha decidido aumentar significativamente la sanción penal en razón del resultado que se ha producido y con independencia de cuál haya sido la intención del autor?, para desarrollar luego que las 'importantes objeciones constitucionales, pues si no se establece dogmáticamente alguna limitación, pueden traducirse en una clara afectación al principio de culpabilidad y a la aceptación de casos de responsabilidad penal objetiva. Dicho de otro modo, más allá de cuál haya sido el objetivo perseguido por el legislador, es claro que, como consecuencia del principio de culpabilidad, para que la producción de un resultado de lugar a responsabilidad penal, no basta con la mera relación causal, sino que siempre debe verificarse un nexo 'subjetivo' de imputación. Para que el resultado sea tenido en cuenta para fundar o agravar la responsabilidad penal, es imprescindible que al menos pueda ser atribuido a título de imprudencia?. No obstante efectuar esta afirmación, concluyen sosteniendo que: 'Es cierto que no existe ningún informe que permite demostrar fehacientemente que M. portaba esa patología al momento de los hechos, pero la información precedentemente aludida, sumada al resto de elementos de cargo que se presentan en autos, tiene entidad suficiente para estimar probada la imputación aquí efectuada.?' Lo que determinó que se efectuara la afirmación que inicia el párrafo anterior, es la manera en que se produjeron los informes mencionados de fs. 204 y 313/314 porque, concretamente, no tenemos una información de entidad suficiente que otorgue la certeza plena necesaria para realizar la afirmación que hace el tribunal a efectos de fundar, en este aspecto, la sentencia condenatoria. Del ofrecimiento de prueba de las partes (fs. 267/268vta. y 271), el presidente del tribunal, a fs. 304/305 proveyó, en el apartado referido a la 'instrucción suplementaria?', la propuesta por la fiscalía en el sentido de que el Cuerpo Médico Forense 'informen si lo consignado a fs. 204 da cuenta de la existencia de sífilis en B. E. M.?' Y se agregaba: 'En caso de no ser así, se deberán realizar los estudios correspondientes con el fin de determinar si padece o no dicha enfermedad.?' En lo que aquí interesa, y conforme fuera concretamente puntualizado por las señoras defensoras oficiales, no se puede tener por debidamente probado que al momento de cometerse el abuso atribuido B. E. M. tuviera sífilis; es decir que entre abril y mayo de 2012 ello ya hubiera ocurrido y, más importante aún, que supiera que portaba esa enfermedad contagiosa. El delito previsto en el art. 18 de la ley 13331, describe la conducta del que 'sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la contagia a otra persona?', lo que constituye una clase de conocimiento específico que no puede inferirse sin más; máxime cuando como lo señala el informe del CMF de fs. 313/314 de la Dra. Estela R. Zapulla, 'las pruebas serológicas son negativas en las primeras 4 semanas de la enfermedad?', lo que significa que una persona puede estar infectada sin poder detectarlo externamente antes, como informaron las médicas que declararon en el debate para el momento en que la enfermedad ya se exteriorizó. El informe del CMF mencionado, que debía evaluar, en primer lugar lo que surgía del informe obrante a fs. 204, en lo pertinente dice: 'En el caso bajo análisis, el certificado de fs. 204 indica que el resultado de los exámenes practicados el 06/03/2014 en el Hospital 'José María Cullen' son: de VDRL 4 dils, MHA-TP Reactivo?', pero la circunstancia de que se haya detectado sífilis en ese momento, no es indicativo, con la certeza que requiere una sentencia de condena, para afirmar que sabía que tenía la enfermedad al momento del abuso. El informe dice a ese respecto que: '(a)nte la carencia del contexto para orientar la situación clínica de B.E.M. (antecedentes clínicos, registro de tratamientos, potenciales comorbilidades), no podemos con esos datos aislados informar si se trata, por ejemplo, de: 1- un paciente con sífilis adecuadamente tratada y título seroestable, o 2- un paciente con sífilis adecuadamente tratada en fecha reciente y título en descenso a la fecha de estudio, o 3- un paciente recientemente reinfectado a la fecha del análisis, con títulos en ascenso.?' 'Por lo tanto, concluía el informe, atento el tiempo transcurrido desde la determinación remitida (14 meses) y, a efectos de responder de manera acorde, resultaría de interés pericial

contar con la historia clínica del peritado? (el subrayado y resaltado son del original). Conforme surge de fs. 316 y 317, la respuesta de la Dra. Zappulla no generó presentación alguna y se tuvo por cumplida la instrucción suplementaria solicitada por la fiscalía. De esta forma, a mi criterio, las señoras defensoras oficiales han realizado una adecuada crítica de la forma en que se fundó el fallo para tener por acreditado el tipo subjetivo, porque no existe certeza plena de que B. E. M. supiera que tenía sífilis cuando abusó sexualmente de su sobrino, lo que descarta la aplicación de ese delito -el del art. 18 de la ley 12331 como fuera desarrollado en el apartado anterior-, debiendo casarse la sentencia en ese sentido descartando la utilización de esa figura legal, conforme lo establece el art. 470 del CPPN.

Agravio respecto de la determinación de la pena Toda vez que la calificación correcta del caso es la de autor de abuso sexual de un menor de trece años (art. 45 y primer párrafo del art. 119, CP), la pena a considerar va de seis (6) meses a cuatro (4) años de prisión. Si bien ello diluye en gran medida los argumentos que utilizó la defensa para criticar la pena impuesta, no obstante, permite confrontarlos para ponderarlos con los empleados por el tribunal. Por otra parte, habiendo tomado conocimiento personal y directo del imputado, el tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia de acuerdo a esa calificación, sin que sea necesario, a este efecto, recurrir al reenvío.

Como destacó el tribunal a quo, respecto del contenido del injusto, nos encontramos ante un hecho de especial gravedad, donde no solo existieron tocamientos a partes íntimas de la víctima sino que hubo acercamiento del órgano sexual a la zona anal, por lo menos en dos oportunidades. Si bien ello no repercutió directamente en la calificación adoptada en la sentencia, porque aunque no se hizo uso de la regla del concurso de delitos correspondiente (real del art 55, CP), constituye un primer elemento que debe ser considerado. Se debe valorar a su vez como agravante, el vínculo familiar que tiene con el menor (tío) y el haber aprovechado de los momentos en que quedaba a solas con la víctima en el domicilio donde transitoriamente convivían para llevar a cabo lo que se le reprocha, quebrando de esa forma la confianza que su hermana y cuñado habían depositado en él al invitarlo a pasar una estadía en su domicilio en esta ciudad. El tribunal valoró también los informes psiquiátrico forenses que dan cuenta de una ?personalidad con rasgos de inmadurez y escasos recursos defensivos intrapsíquicos? (fs. 368/371), a lo que se agrega la pericia psicológica de fs. 372/376, que da cuenta de ?una personalidad lábil, con rasgos de inmadurez emocional y dependencia afectiva?, que a mi criterio no aportan mayores datos de relevancia para ser considerados estrictamente atenuantes. Pero la referencia ?a una historia disfuncional familiar, denotando carencias en la adecuada estimulación temprana y necesidad de contención emocional?, es lo que puede haber repercutido, como señaló el tribunal, en su capacidad para motivarse en las normas. En ese contexto familiar, debemos tener presente que al cometer el abuso que se le reprocha tenía aún 18 años y carecía de antecedentes penales, lo que opera como atenuante, por lo que considero que corresponde aplicarle la pena de tres años de prisión, que estimo adecuado reproche a su culpabilidad.

En cuanto a la forma de cumplimiento, teniendo en cuenta que nos encontramos ante una primera condena, por lo dicho precedentemente respecto de su edad, inmadurez emocional al momento del hecho e historia familiar, y atendiendo específicamente a razones de prevención especial, se advierte inconveniente la imposición de una pena de efectivo cumplimiento, por lo que corresponde aplicar lo dispuesto en el art. 26 del Código Penal y dejar en suspenso su ejecución.

En cuanto a las reglas de conducta previstas en el art. 27 bis, CP, frente al cambio de subsunción realizado, corresponde que a ese efecto sí sea reenviado a la instancia para que se lleve a cabo la audiencia correspondiente, a efectos de que las partes soliciten lo que consideren pertinente y el tribunal pueda resolver en consecuencia.

Por ello, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto en favor de B. E. M., casar el punto dispositivo I y condenar al nombrado como autor de abuso sexual de un menor de trece años (arts. 45 y 119 primer apartado del CP), a la pena de tres (3) años de prisión en suspenso (art. 26, CP). Asimismo, el caso debe ser reenviado al tribunal de origen a efectos de que se resuelva la aplicación de alguna de las reglas de conducta previstas en el art.27 bis del CP, manteniendo provisoriamente las que fueran dispuestas en el punto dispositivo II, que no fueron cuestionadas por la defensa.

La jueza Patricia Llerena dijo: Adhiero al voto del juez Bruzzone. El juez Jorge Luis Rimondi dijo: Adhiero al voto del juez Bruzzone. Como mérito del acuerdo que antecede, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal RESUELVE: I) HACER LUGAR parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, CASAR el punto dispositivo I del fallo y CONDENAR a B. E. M., como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual de un menor de trece años, a la pena de tres (3) años de prisión en suspenso; sin costas (arts. 26, 45 y 119 primer apartado CP; 456 inc. 1°, 465, 470, 530 y 531 CPPN). II) REENVIAR el caso a la instancia a efectos de que de que se resuelva la aplicación de alguna de las reglas de conducta previstas en el art. 27 bis del CP, manteniendo provisoriamente las que fueran dispuestas en el punto dispositivo II de la sentencia recurrida (arts. 27 bis CP; 456 y 465, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; Lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

GUSTAVO A. BRUZZONE
PATRICIA LLERENA JORGE LUIS RIMONDI Ante mí: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ SECRETARIO DE CÁMARA

Corr elaciones C. C., R. A.; S., H. J.; D., A. G.: p.s.a. del delito contra la integridad sexual. L. G. S. M

. ? Cám. Penal Jujuy - 01/09/2009 Notas: (1) Sala 1, causa n° 28862/2014, Reg. 1222/2018,

resuelta el 28/9/2918.

(2) De Luca, Javier y López Casariego, Julio, en su comentario a los artículos 118 y 119 del Código Penal en: Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dirigido por Baigún y Zaffaroni, t. 4, Bs.As., Hammurabi, 2008, págs. 471 y sgtes., en particular, pág. 535.

(3) No es este el lugar para desarrollarlo adecuadamente pero, prácticamente, desde el descubrimiento de la penicilina por Alexander Fleming en 1928, la sífilis dejó de tener los efectos que tenía.

035690E