

Registro Nro.: 21064

///la ciudad de Buenos Aires, a los **20** días del mes de diciembre de dos mil doce, se reúnen los miembros de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, Dr. Alejandro W. Slokar, y Dras. Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la **causa n° 15744** caratulada "**Cruz Cordero, Cristian Andrés s/recurso de casación**", con la intervención del Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Raúl Omar Pleé, y de la Defensora Pública ad hoc en esta instancia, Dra. Elisa Herrera, por la asistencia técnica de Cristian Andrés Cruz Cordero.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan sus votos, resultó que debía observarse el orden siguiente: Ledesma, Slokar y Figueroa.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

I

El Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 de esta ciudad, resolvió "**I. CONDENAR a CRISTIAN ANDRÉS CRUZ CORDERO...a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de armas, en concurso real con el delito de robo agravado por el uso de armas (arts. 12, 29 inc. 3°, 45, 55, 119, párrafo tercero, inciso d), 166 inc. 2°, primer párrafo del Código Penal; arts. 403 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación.**" (fs. 651/651 vta. y 662/681 vta.).

Contra este decisorio, el Defensor Público, Dr. Daniel E. Parodi, interpuso recurso de casación -fs. 687/699 vta.-, el que fue concedido a fs. 700, y mantenido a fs. 705.

II

El impugnante, bajo la invocación de las causales previstas en ambos incisos del art. 456 del código adjetivo, introduce los siguientes agravios.

a) En primer lugar, afirma que la sentencia en pugna carece de adecuada fundamentación, en lo que atañe a la responsabilidad que allí se establece respecto de su asistido, como autor del suceso juzgado, argumentando que en el reconocimiento en rueda de personas, la damnificada D. P. G no fue categórica al señalar al encartado Cruz Cordero.

Añade que previo a la realización de dicho reconocimiento, *"la nombrada ya había tenido acceso a la fisonomía de Cruz Cordero en dos oportunidades: al verlo por televisión...y también en oportunidad de practicarse el reconocimiento por fotografías en el que su foto estaba agregada."*; por ende, continúa, en oportunidad de celebrarse el debate público, ya existía una predisposición para indicar al nombrado como su victimario.

Agrega que no hay concordancia entre los relatos de la damnificada y de los testigos M. S. , A. V. G. , A. P. y Jorge Alejandro Lucero, en relación a las características fisonómicas del ofensor, y a la descripción del automóvil que conducía.

Culmina el punto, aseverando que del informe médico forense de fs. 237/240 tampoco puede extraerse la participación de su ahijado procesal, en el suceso ilícito reprochado. Por ello, solicita que se declare la nulidad de la sentencia y que se disponga la absolución del sindicado Cruz Cordero, en orden al hecho juzgado.

b) En segundo lugar, y en forma subsidiaria, asegura que en el fallo impugnado se aplicó erróneamente la ley sustantiva, al imponer la figura penal agravada, contenida en el tercer párrafo del art. 119 del código sustantivo, esgrimiendo que el acceso carnal que contempla dicho dispositivo legal, *"consiste en la penetración o introducción del órgano genital masculino en la cavidad anal o vaginal del sujeto pasivo del delito."*

Aduna que esta es la interpretación más acorde al principio de legalidad, y evita la aplicación indiscriminada del tipo penal en cuestión *"ya sea ante la introducción del órgano genital masculino en cualquier orificio del cuerpo humano, sea natural o artificial, como así también en punto al*

miembro que se introduce, ya sea un dedo o la lengua, de modo que imposibilitaría distinguir cuando hay abuso deshonesto o violación."

En definitiva, considera que *"la denominada fellatio in ore deberá ser descartada como supuesto de acceso carnal."*, por lo tanto, pide que se case la sentencia, se modifique la calificación penal, y que se reduzca la sanción impuesta.

c) En tercer lugar, arguye que *"la agravante por utilización de arma no procedía en el presente caso tanto respecto a la calificación de abuso sexual como respecto de la figura de robo en que se encuadrara el accionar de Cruz Cordero."*, debido a que la aludida P. G. fue sumamente imprecisa cuando manifestó que el agresor utilizó "algo", como un cuchillo o una navaja, elemento éste que además, adiciona, no fue secuestrado.

En síntesis, sostiene que el fallo no cuenta con la certeza necesaria, para establecer si el objeto exhibido a la víctima fue un "arma", o un instrumento similar pero ineficaz para aumentar el poder ofensivo. Ante tal cuadro de situación, requiere que se case la sentencia, a fin de modificar las calificaciones legales respectivas, descartando las figuras agravadas observadas.

d) En cuarto lugar, alega que la resolución impugnada carece de adecuada motivación en lo que se refiere a la determinación de la sanción impuesta a su asistido. Sobre el particular, señala que el tribunal evaluó como circunstancias agravantes, aspectos que integran los tipos penales involucrados, como la alusión a la *"reiteración de delitos -el abuso sexual y el robo-"*.

Al respecto, manifiesta que no se trata de una reiteración de conductas, sino de *"un único hecho sexual que comenzó con la práctica de sexo oral y culminó con el frotamiento del miembro sobre la zona de la vagina de la víctima. Por lo demás, de haber existido tal reiteración de conductas, así se lo habría consignado -calificado- en el fallo, lo que no ocurrió."*

Asimismo, afirma que se alude a la ponderación de circunstancias atenuantes de la pena, pero lo cierto es que en

la fijación del quantum no se ve reflejada tal valoración, dado que "se excedió en dos años del mínimo."

Cierra la crítica, aseverando que *"se deberá anular parcialmente la sentencia...e imponer a [Cristian Andrés Cruz Cordero] una nueva pena, que esté jurídicamente en condiciones de individualizar, o bien acudir al procedimiento del reenvío (arts. 463 y 471 del C.P.P.)."*

Formula expresa reserva del caso federal.

III

a) En el término de oficina, se presenta el Fiscal General Dr. Raúl Omar Pleé, a los fines dispuestos en el art. 466 del código adjetivo, quien en esencia señala que la sentencia se encuentra correctamente motivada, y sustentada en los elementos de convicción allí ponderados, los que a su vez, conforman un cuadro probatorio concordante.

A su vez, entiende que las calificaciones jurídicas asignadas son acertadas, y que la pena impuesta fue debidamente determinada. En razón de ello, postula el rechazo del recurso incoado por la defensa -fs. 707/709 vta.-.

b) En la misma ocasión procesal, la Dra. Herrera, hace suyas las críticas y peticiones reseñadas precedentemente, y amplia fundamentos en torno a los agravios apuntados (fs. 710/714).

c) Superada la etapa prevista en el art. 468 del código de forma (21 de noviembre de 2012, conforme constancia de fs. 719), la causa queda en condiciones de ser resuelta.

IV

Adelanto que el recurso en examen, debería tener favorable acogida parcial, con los alcances y por los motivos que seguidamente se expondrán.

a) En principio, y para una más adecuada comprensión del caso traído a estudio del tribunal, es oportuno recordar que en la sentencia objetada, se tuvo por probado: *"...el suceso acaecido el día 23 de julio de 2006, en horas de la madrugada, ocasión en la que [Cristian Andrés Cruz Cordero] abusara sexualmente de D. P. G, en el interior de un automóvil particular marca Peugeot 405 de color azul, en cercanías de la intersección de las calles Céspedes y Álvarez Thomas de esta*

ciudad.

Concretamente, el día de mención, la aludida G. y sus amigas M. S. y A. V. G. , decidieron retirarse del bar denominado "Sirio", sito en Av. Libertador 2699, Olivos; PBA, a bordo de un remis marca Peugeot 405, de color azul, el cual estaba estacionado frente al mencionado local y que era conducido por el aquí imputado..".

"Con posterioridad a dejar a las dos amigas de la damnificada en sus respectivos domicilios, el conductor extrajo una navaja y obligó a G. a pasarse al asiento delantero, dirigiéndose luego hasta la intersección de las calles Céspedes y Álvarez Thomas de esta ciudad, en donde finalmente detuvo la marcha de su rodado.

Una vez allí, Cruz Cordero forzó a la nombrada a que le practicara sexo oral hasta lograr la eyaculación, tras lo cual la compelió a que continuara con el acto, para seguidamente hacerla sentar sobre su regazo, posición en la que, aunque la damnificada aún poseía la ropa interior colocada, frotó su miembro sobre la zona de su vagina durante unos instantes.

Finalmente, previo despojarla de su teléfono celular, la campera que vestía y la suma en efectivo de cincuenta pesos (\$50) el procesado dejó abandonada a la víctima en la intersección de las calles mencionadas en el párrafo precedente y se dio a la fuga a bordo del vehículo."..." -conf fs. 662/662 vta. y 671 vta.-.

b) En segundo lugar, e ingresando al tratamiento de los agravios reseñados, debo decir de adverso a lo argüido por la defensa, que los elementos de convicción producidos en el debate público, han sido correctamente evaluados en la sentencia examinada, a fin de establecer la responsabilidad que le cupo al enjuiciado Cruz Cordero en el episodio lascivo juzgado; veamos.

En principio, se asevera en el fallo que se ha "valorado especialmente la prueba testimonial rendida en el debate, la que sumada a otros elementos de convicción...conforman un cuadro probatorio armónico y contundente no sólo en punto a la reconstrucción de los hechos que afectaran a P. G. sino

también para afirmar que ha sido el encausado Cruz Cordero su autor.", destacando que los dichos de la damnificada "han resultado totalmente creíbles, demostrando absoluta firmeza en su señalamiento respecto a que fue el imputado el autor de los hechos que la perjudicaron."

Añaden los magistrados que "al ser la víctima interrogada respecto a la diligencia de reconocimiento en fila de personas en la que participó en la instrucción, indicó que no tuvo dudas en aquella ocasión al señalar al imputado, ratificando nuevamente su señalamiento en la audiencia de debate al indicar que aún hoy tiene certeza de que se trata de la misma persona."

Asimismo, y en respuesta al planteo de la defensa que aquí reedita, referido a un supuesto defectuoso reconocimiento por parte de la damnificada respecto del incuso, efectuado en la etapa preliminar, aseguraron los Sres. jueces que "en caso de supuestas contradicciones entre lo consignado en un acta labrada en la instrucción y lo afirmado por el testigo en el debate...debe estarse a lo dicho ante el tribunal de juicio, pues esta justamente es la prueba donde prevalece la inmediación y la posibilidad del tribunal y las partes de apreciar de modo directo la credibilidad del testimonio y confrontar al testigo. Justamente, ello es lo que ocurrió en el caso, se consultó concretamente a P. G. si en esa ocasión le había parecido que era la persona señalada y aclaró que ella tuvo certeza en esa ocasión y que seguía segura de su señalamiento."

Agregan que "Lo propio ocurre con el resto de los argumentos a los que recurrió el defensor pretendiendo relativizar los dichos de la damnificada respecto a su certeza en punto a la autoría del imputado, acudiendo a un inicial señalamiento que habría realizado en sede policial por imágenes en un canal de televisión. Es necesario aclarar que ello no puede ser valorado por el tribunal, ya que el acta en cuestión no fue siquiera incorporada por lectura al debate con el objetivo de confrontar a la testigo."

Sostienen además, que "P. G. ha sido clara respecto a que tuvo certeza al ser enfrentada a la persona del imputado y no antes cuando se le exhibieron fotos.", y que "En lo

referente a la influencia que esa visión de fotografías realizadas en forma previa a la diligencia de reconocimiento en rueda pudo haber tenido sobre la víctima...tal circunstancia no invalida el reconocimiento en rueda luego practicado...y sólo podría ser analizado al valorar la posibilidad de algún influjo en la víctima a la hora de indicar al imputado. Sin embargo, ello tiene relación con la convicción que merecen los dichos de la perjudicada, y...la joven se ha mostrado firme en señalar a Cruz como el autor del hecho, y claramente indicó que cuando en instrucción le exhibieron fotografías no entendía nada." -fs. 671 vta./672 vta.-.

Corresponde aquí hacer un alto en la reseña, para marcar que lo que en rigor cuestiona la defensa para conmovier el decisorio examinado, es la veracidad que le atribuyeron los magistrados a los dichos de la damnificada P. G. , brindados en el debate público.

No esta demás recordar brevemente, que nuestro Máximo Tribunal en el precedente "Casal", al explicar el alcance que se le debe otorgar al precepto regulado en el art. 456 del código adjetivo, acudió a "la llamada teoría de la *Leistungsfähigkeit*, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. *Leistung* es el resultado de un esfuerzo y *Fähigkeit* es capacidad -la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento-, con lo cual se quiere significar...que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable."

Además, se puntualizó allí que "lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y -en el nivel jurídico- porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con

lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso." -Fallos 328:3399-.

Pues en el supuesto que nos ocupa, la crítica remite justamente a la revisión de aquel conocimiento inmediato que tuvieron los jueces del tribunal oral, respecto del relato escuchado en dicha audiencia pública, para establecer el grado de verosimilitud de las manifestaciones de la deponente; aspecto éste que, conforme surge de la doctrina citada, queda excluido del contralor de esta Cámara.

De modo que nuestro cometido aquí, se circunscribe a verificar que se hayan respetado las reglas de la sana crítica racional, en la valoración de las pruebas, a fin de determinar si las conclusiones a las que se arriba en el fallo, se desprenden lógicamente de las premisas de las que parte.

Aclarado ello, y continuando con el repaso de los fundamentos de la sentencia examinada, a los efectos indicados en el párrafo precedente, observamos que el tribunal afirma que "no se cuenta exclusivamente con los dichos de la damnificada, pues además de su testimonio y del resultado del reconocimiento que ella practicó, se suman los dichos de las amigas y amigos de la víctima: M. S. , A. V. G. , A. P. y Jorge Alejandro Lucero.", precisando que "Todos estos testimonios son contestes para reconstruir que esa madrugada, en la puerta del boliche de Olivos donde se encontraba la víctima se presentó en el lugar

como coche remis un Peugeot 405 de color oscuro, conducido por un sujeto al que describieron de modo conteste -con excepción de Pietropaolo que no viera al conductor- como morocho, de pelo largo con colita y de barba candado."

Sobre el particular, explicitan los jueces que "No existen divergencias de significancia en este aspecto, todos coinciden en la marca del automóvil -"Peugeot"- algunos varían respecto al color del vehículo -verde o azul, aunque todos dicen que era oscuro- o el modelo -Spagliarisi mencionó un Peugeot 505, pero es indudable el parecido de ambos-, cabe destacar que era la madrugada y estas diferencias son las que justamente permiten afirmar la credibilidad del relato realizado por los testigos, pues son propias de la apreciación subjetiva y de la memoria, sin que pueda hablarse de declaraciones calcadas que sí resultan sospechosas de mendacidad."

Adicionan los sentenciantes, entre otras cosas que no amerita aquí relevar, que "se yergue también como prueba de cargo el señalamiento que en el curso de la audiencia de debate hizo el testigo Lucero de la persona del imputado.", destacando que su testimonio resulta "absolutamente creíble, ya que en primer término todos los testimonios recibidos lo ubican en el lugar donde las jóvenes ascendieron al automóvil conducido por el agresor, siendo el único que de modo previo a que las jóvenes subieran como pasajeras se acercó para conversar con el chofer solicitándole el teléfono. En segundo término no existen dudas que observó al imputado al ingresar a la sala...y de allí su convencimiento puesto de manifiesto cuando en el curso de su declaración y luego de mencionar cómo lo observó para la época del hecho, en forma espontánea mencionó que no la había vuelto a ver hasta la fecha y que se trata de la persona sentada en la sala de audiencias."

Por último, marcan que si bien "los informes sobre las muestras biológicas halladas en las prendas íntimas...no han permitido afirmar la autoría del encausado, no lo excluyen como victimario." -fs. 672 vta./673 vta.-.

En la reseña efectuada, queda claro que el tribunal no sólo valoró el testimonio y el reconocimiento que efectuó la

damnificada respecto del imputado, como el autor del suceso impúdico al que la sometió, sino que además ponderó los relatos de las aludidas Spagliarisi y García, y los nombrados Pietropaolo y Lucero, como así también el señalamiento que hizo este último, entre otras cosas; todo lo cual, permitió a los magistrados recrear las alternativas previas, ello es desde el instante en que aquéllos se contactaron con el chofer del remis, el ingreso al vehículo de las susodichas P. G. , Spagliarisi y García, el recorrido que hicieron con el rodado al dejar primero a las amigas de la damnificada en sus domicilios, y luego cuando ésta quedó sola con el imputado, la forma en que éste llevó a cabo las conductas descriptas.

También se explicó adecuadamente en el fallo, que las insignificantes diferencias que pudieron existir entre los relatos de los testigos, resultan aspectos propios de la dinámica en que se desarrollaron los hechos y las percepciones de cada uno de los protagonistas, aseverándose que en lo esencial, los testimonios son coincidentes a fin de establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron los acontecimientos, y la actuación que le cupo al encartado Cruz Cordero.

En síntesis, considero que los magistrados han confrontando y armonizando correctamente los elementos de convicción producidos en el debate público, surgiendo con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, la ocurrencia de los hechos denunciados y la conducta que desempeñó el nombrado (conf. causas n° 6892, "Toledo, Marcos s/rec. de casación", reg. n° 1128/06, de fecha 9 de octubre de 2006, n° 6907, "Calda, Cintia Laura s/rec. de casación", reg. n° 1583, rta. el 27 de diciembre de 2006, n° 5605, "Ledesma Sánchez, Sergio Bernardo y otro s/rec. de casación", reg. n° 876/07, de fecha 27 de junio de 2007 -de la Sala III de este Tribunal-, y n° 15197, "Taboada, Mathías Ezequiel s/rec. de casación", reg. n° 20559 de la Sala II, de fecha 10 de octubre de 2012).

Como colofón de lo expuesto, se concluye que el decisorio cuestionado, en lo que atañe a los tópicos señalados, aparece como la derivación lógica y razonada de las pruebas

allí evaluadas, sin que las críticas esbozadas por el impugnante, logren conmovir lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404 inc. 2º, y 471 a *contrario sensu* del C.P.P.N.).

c) En tercer lugar, entiendo que le asiste razón al recurrente en cuanto asevera que no corresponde la aplicación al caso, de la figura legal agravada contenida en el tercer párrafo del art. 119 del código sustantivo.

Al respecto, compete recordar que al emitir opinión en las causas n° 5566, caratulada "Acosta, Manuel Agustín s/rec. de casación", reg. n° 704/05, de fecha 8 de septiembre de 2005 y 12785, "Guevara Tinoco, José Ernesto s/rec. de casación", reg. n° 1949/10, de fecha 20 de diciembre de 2010, ambas de la Sala III, señalé entre otras cosas a las que me remito para sintetizar, los problemas de interpretación que generaba la expresión "acceso carnal" prevista en la norma de referencia, según la anterior redacción legislativa, y que el agregado "por cualquier vía", incorporado por la ley 25.087 lejos de aclarar la cuestión, ha suscitado mayor vaguedad interpretativa, particularmente a los efectos de delimitar aquellos supuestos como el verificado en nuestro caso.

La imprecisión y amplitud de esta expresión utilizada por el legislador en dicho precepto, exige una pormenorizada y cuidadosa interpretación respecto de las hipótesis que eventualmente podrían quedar abarcadas por la figura legal en trato, teniendo en miras el principio de legalidad que impera en nuestro derecho penal y que proscribiera la adecuación por vía de analogía de determinadas conductas dentro de los tipos legales específicamente regulados por la normativa penal.

Sobre el particular señala Zaffaroni que ante situaciones en que la letra de la ley deja lugar a dudas interpretativas, el juez tiene dos posibilidades: a) declarar su inconstitucionalidad o b) "...aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa y entender el texto en la forma más restrictiva de poder punitivo posible...". Y agrega que hay casos en los que es posible inclinarse por esta interpretación "...pero en otros no es posible optar por esta solución, porque importa una verdadera consagración de la analogía penal, pues

obliga al juez a integrar la ley penal...". Así entonces *"...en principio la criminalización es excepcional, en tanto que la no criminalización es la regla..."*; de ello se derivan dos consecuencias, una de orden procesal mediante la cual en caso de duda se debe absolver -in dubio pro reo- y la otra de orden penal que impone la indicada interpretación restrictiva de punibilidad dentro de las que surgen de la palabra de la ley (conf. Eugenio Raúl Zaffaroni, "Manual de Derecho Penal", Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 106/108).

Esta vaguedad a la que vengo haciendo referencia, ha quedado puesta de manifiesto en el debate parlamentario que precedió a la sanción en la Cámara Alta oportunidad en la que se discutía el alcance que se le intentaba dar a la frase indicada en el que el senador Yoma manifestó su preocupación al señalar *"... si algún juez puede llegar a considerar a la cavidad bucal como apta para producir el coito..."* y seguidamente refirió que si *"...la Cámara de diputados pretendió cubrir este vacío, temo que lo ha dejado sin llenar..."*. A tal inquietud el entonces Presidente de la Cámara Dr. Ruckauf le contestó que *"...si bien la figura no estaría contemplada en el tercer párrafo del artículo 2, en donde se prevé una pena de seis a quince años, sí quedaría comprendida en el párrafo segundo, en donde se fija una pena de cuatro a diez años..."*.

Por otro lado el senador Genoud señaló que *"... como consecuencia de la ampliación del tipo penal, al hablarse de acceso carnal por cualquier vía... Quedamos expuestos a que si extrapolamos o exageramos la figura, el dedo en la oreja o en la boca también constituiría penetración en una cavidad del organismo..."* (Octava reunión de la 4° Sesión ordinaria del Honorable Senado de la Nación, celebrada el día 14 de abril de 1999).

Esta breve reseña nos ilumina respecto del marco de dudas e incertidumbres que generó la incorporación de la expresión bajo estudio y que no alcanzó a clarificar la auténtica intención que tuvo el legislador respecto de su alcance.

La imprecisa terminología utilizada por el

legislador, no puede operar mediante la aplicación de métodos inductivos y exégesis forzada, en detrimento del imputado; ello atentaría contra los principios de orden superior que inspiran nuestro derecho penal y que cimientan nuestro Estado de Derecho.

En tal sentido Buompadre ha señalado que *"...la expresión "por cualquier vía" puede ser interpretada en el marco de una visión tan amplia que la penetración del pene por cualquier vía del cuerpo humano, sea natural (orificios nasales y auditivos) o artificiales (heridas, cavidades quirúrgicas, vaginas artificiales de sujetos transexuales, etc.), conduzca a la aplicación del agravante. Si el legislador no introdujo expresamente el coito oral, pudiendo hacerlo, debemos interpretar (porque así lo permite el texto de la norma) que ha optado por dejar la figura al margen de la tipicidad del delito que analizamos..."* (conf. Jorge E. Buompadre, "Derecho Penal", Parte Especial, Tomo I, editor Mario A. Viera, Buenos Aires, 2003, pág. pág. 395/396). Criterio éste que es compartido por Edgardo A. Donna en "Delitos contra la integridad sexual", segunda edición actualizada, 2001, Santa Fe, editores Rubinzal-Culzoni, página 64 y siguientes.

Es que la formulación de una interpretación tan amplia que admita la adecuación de la "fellatio in ore" en la figura agravada contemplada en el tercer párrafo del art. 119 citado, implicaría una excesiva actividad jurisdiccional mediante la creación por vía conjetural de supuestos tipos penales, en el afán de reprimir o imponer penas más gravosas respecto de determinadas situaciones fácticas que no se encuentran previamente acuñadas en las figuras penales específicamente tratadas en nuestro ordenamiento de fondo, con la inseguridad jurídica que ello significa y en franca violación al principio de división de poderes.

En consecuencia, con especial remisión a las consideraciones estipuladas en los precedente citados, entiendo que corresponde hacer lugar al presente agravio, casar parcialmente la sentencia examinada y modificar la calificación legal atribuida a la conducta desplegada por el encartado Cruz Cordero, de modo tal de excluir de sus tramos pertinentes la aplicación del tipo penal observado (arts. 123, 404 inc. 2°,

470 y 471 del C.P.P.N.).

d) En cuarto lugar, debo decir que también le asiste razón a la defensa, en cuanto asevera que al no secuestrarse el objeto que habría utilizado su defendido, para amedrentar a la víctima, y ante la falta de otra evidencia que nos arroje luz sobre sus características, no resulta factible aplicar las figuras agravadas -tanto en lo que respecta al delito contra la integridad sexual como al delito contra la propiedad- por el uso de arma (arts. 119 cuarto párrafo inc. d) y 166 inc. 2° primer párrafo del C.P., respectivamente).

En la sentencia, se indica que la damnificada señaló -en lo que interesa aquí destacar- que "*Allí sacó algo, un cuchillo o una navaja. Destacó que no era grande y aclaró que no era como un cuchillo de cocina y que no recuerda de donde lo extrajo.*" -fs. 667-.

Este único y escueto elemento de convicción, no basta para dilucidar si el adminículo de referencia, podía quedar comprendido en la clasificación que formula Donna, al precisar que el concepto de "hoja metálica punzante o cortante", incluye los bastenos-estoque, los puñales de cualquier clase, los cuchillos acanalados, estriados o perforados, dagas, espadas y las navajas automáticas, para definir y acotar el significado de arma blanca, constitutivo de la figura agravada en trato (conf. Donna, Edgardo Alberto, "Derecho Penal, Partes Especial", Tomo II-B, Santa Fe 2004, pág. 160).

Sobre el particular, me remito *mutatis mutandi* a las reflexiones vertidas en las causas n° 6551, "García, Ariel Eduardo s/rec. de casación", reg. n° 437/06, de fecha 16 de mayo de 2006, n° 6530, "Bravo, Alejandro Fabio s/rec. de casación", reg. n° 561/06, de fecha 1 de junio de 2006, n° 6887, "Avila, Sergio Gonzalo s/rec. de casación", reg. n° 1363/06, rta. el 15 de noviembre de 2006 -todas de la Sala III-, y n° 12.632 bis, "Sanabria, Walter Matías y Sessarego, Andrés Matías s/rec. de casación", reg. n° 19.883 de la Sala II, de fecha 26 de abril de 2012.

En el contexto observado, impera un marco de duda sobre las características del objeto en cuestión, como consecuencia de la ausencia de pruebas de cargo para tener por constatado el extremo señalado, actividad ésta que le compete

exclusiva y excluyentemente al acusador. De esta manera, el tema se reduce a un problema de prueba en el cual rige el citado principio *in dubio pro reo* (cfr. Donna, Edgardo A.: *La imputación objetiva*, Editorial de Belgrano, Bs. As., 1997, pág. 35 y Kaufmann, Armin: *Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1973, Ed. Depalma, Bs. As, pág. 20 y ss.).

Por ende, considero que corresponde hacer lugar a la crítica ventilada en este punto, casar parcialmente el fallo y modificar las calificaciones legales respectivas, de modo tal de excluir de los tramos pertinentes, la aplicación de los tipos penales agravados; debiendo quedar en definitiva, la conducta desplegada por el encartado, como constitutiva del delito de abuso sexual, en concurso real con el delito de robo (arts. 45, 55, 119, primer párrafo, y 164 del C.P.; y 3°, 123, 404 inc. 2°, 470 y 471 del C.P.P.N.).

En atención a las soluciones precedentes, deviene inoficioso que me expida sobre el agravio reseñado en el punto d) del considerando II, toda vez que se deberá determinar una nueva sanción, previa audiencia de partes, en condiciones de ser correctamente individualizada.

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo: **I)** Hacer lugar parcialmente al recurso de casación incoado por la defensa, sin costas; **II)** Casar y modificar parcialmente la sentencia impugnada, con los alcances signados en los puntos c) y d) del considerando IV); **III)** Remitir la causa a la Secretaría General de esta Cámara, para que se desinsacule otro tribunal, el que deberá efectuar, previa audiencia de partes, una nueva determinación de la sanción; y **IV)** Comunicar lo decidido al tribunal de origen (arts. 45, 55, 119, primer párrafo, y 164 del C.P.; 3°, 123, 398, 404 inc. 2°, 470, 471, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

Que en orden a la materialidad del hecho y la autoría del encausado, coincido con las consideraciones expresadas por

la colega que lleva la voz y adhiero al rechazo del recurso en lo referido a aquel motivo de agravio, toda vez que se contó con prueba suficiente para acreditar todos los extremos de la imputación y la sentencia se encuentra debidamente fundada en lo referido a ambas circunstancias agravantes.

No obstante, anticipo desde ahora que he de disentir en cuanto a la solución propuesta, en punto a la acreditación de la utilización de un arma y al agravio referido a la subsunción típica, conforme anticipara en mi sufragio en la causa n° 8878 del registro de la sala IV, caratulada: "Batlle, Hernando s/ recurso de casación" (reg. N° 15.934, rta. el 21/11/11), con base en los argumentos que de seguido expondré.

-II-

Llevo dicho que: "Bien es sabido que la ley se expresa en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, aunque es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos y realice el máximo esfuerzo para otorgar la mayor precisión posible a su obra (cfr. Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas, 'Tratado de Derecho Penal. Parte General', 5ta. edic. corregida y ampliada (trad. de Miguel Olmedo Cardenete), Granada, 2002, p. 136; Jakobs, Günther, 'Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación' (trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 95 y ss.); Roxin, Claus, 'Derecho Penal. Parte general I', (trad. de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 137 y ss.). De allí que no baste que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma estricta y con la mayor precisión técnica posible conforme al principio de máxima taxatividad legal, que se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*, que se consagra en el texto constitucional (arts. 18 y 19 y, mediante el inc. 22 del art. 75, en los arts. 9 de la CADH y 9 del PIDCP)" (causa N° 8568, Sala II, caratulada: "Sibilla, Alberto J. s/recurso de casación", reg. N° 19.554, rta. 13/12/2011).

Asimismo, he considerado que: "...si por analogía se entiende completar el texto legal en forma que considere prohibido lo que no prohíbe, este procedimiento de

interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración jurídico-penal, porque la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable, que es la máxima capacidad de la palabra. Ello obedece a que es necesario extremar los recursos para que sólo la ley formal sea fuente de criminalización primaria, no pudiendo el juez completar los supuestos (Zaffaroni, Eugenio Raúl, et al., "Derecho Penal. Parte General", Bs. As., 2002, p.118)" (*Ibidem*).

Y he agregado: "el principio de interpretación restrictiva también se expresa en un segundo momento que, sin duda, es puramente interpretativo: dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restrictivo. Y las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización. Sólo en casos excepcionales la regla general de la interpretación semánticamente más restrictiva de criminalización cede ante otra más amplia, y esto es cuando el sentido restrictivo provoca una consecuencia ridícula o absurda, que la literal más amplia evita" (*Ibidem*).

En ese orden, los antecedentes de la especie deben remontarse a la voluntad legisferante y las razones que inspiraron la reforma, que aparece expresada no sólo en la pretensión del legislador sino también en la letra expresa de la ley.

Ahora bien: nadie abriga dudas de que el legislador al momento de reformar el capítulo del Código Penal que hoy se denomina "Delitos contra la integridad sexual" ha tenido el claro propósito de incluir la *fellatio in ore* como una de las modalidades de acceso carnal. Tal finalidad se plasmó efectivamente en el texto de la ley, con el agregado "por cualquier vía" referido al acceso carnal (*vid.* sobre ello la alocución de los Senadores Yoma y Genoud, entre otros, y desde la doctrina así también Bovino, Alberto, *Delitos sexuales y justicia penal*, p.196 y Rodríguez, Marcela, *Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas*, p. 156, ambos en Birgin, Haydeé, comp., "Las trampas del poder punitivo", Biblos, Buenos Aires, 2000).

Sobre ello resulta especialmente elocuente el informe

de comisión sobre las modificaciones al digesto sustantivo que fueron sancionadas en la ley n° 25.087 (conformado por los Diputados Carrió, Carca, Bravo y Fayad), donde se puntualizaba que: "...la concepción de la acción es más amplia que en el código actual, ya que permite incriminar como violación a todo tipo de penetración, incluyendo los casos de *fellatio in ore* [...] los ataques sexuales no se limitan a la cópula genital forzada [...] la tradición y la oportunidad biológica han otorgado a la violación vaginal un lugar principal [...], pero la invasión puede ocurrir a través de la boca o el ano o por otros actos igualmente gravosos para la integridad de la víctima [...] quien puede decir que la humillación sufrida por la penetración anal u oral forzada es una violación menor de los espacios íntimos, privados una menor injuria a la mente, al espíritu, al sentido de sí misma de la víctima. Todos estos actos forzados deben ser tratados conceptualmente como ofensas igualmente graves desde la perspectiva del derecho, dado que la vía de la penetración es menos significativa que la degradación a los efectos de la injuria al bien jurídico que se pretende tutelar...".

A la luz de todo ello, si bien es cierto que el texto efectivamente sancionado permite interpretaciones que pueden ser consideradas como extremadamente ampliatorias del alcance de la circunstancia calificante -tal como acertadamente lo señala buena parte de la doctrina-, en orden a que una inteligencia amplia de "acceso carnal por cualquier vía" podría dar lugar a conclusiones irracionales y extravagantes (tales como sostener que introducir la lengua en el orificio de la oreja pueda ser considerado como abuso sexual agravado en los términos de la ley), lo cierto es que a la luz del debate legislativo esa y otras hipótesis absurdas no resultan equiparables a la discutida en autos. De tal suerte que la interpretación según la cual la *fellatio in ore* se encuentra contemplada dentro de los casos que la ley considera como agravados en nada compromete al intérprete a arribar a soluciones ampliatorias y ridículas del tipo.

En efecto, en las particulares circunstancias del caso en análisis, el ataque de índole sexual se produjo bajo la modalidad de la *fellatio in ore* y ese supuesto fáctico se

encontró claramente contemplado en el debate legislativo como forma agravada, por lo que aún admitiéndose la pobre factura técnica del texto, cuanto menos para la hipótesis en trato debe asignársele preeminencia a la clara voluntad del legislador democrático por sobre la persistencia de aquella antigua disputa doctrinal entre Núñez y Fontán Balestra que no se condice con la valoración actual que expresa la labor legisferante que -por lo demás- no se evidencia inconstitucional.

Sobre ello, no puede escaparse que para la correcta interpretación de la ley la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha relevado que: "para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484)".

Cierto es que la expresión "acceso carnal" es anfibológico y no se revela apto para denotar de modo automático una específica conducta. Esta relativa indeterminación de los conceptos utilizados por las leyes desde siempre ha sido abordada doctrinariamente. Al respecto, supo reflexionar Hart que: "...Aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya 'separadas' las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen

constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables" (Hart, Herbert L.A., "El concepto de derecho", trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 157-158, cit. mi voto en causa N° 15.268, de esta Sala, "Benítez Alvarez, Carlos Esteban s/recurso de casación", reg. n° 20.832, rta. 20/11/2012).

Pues bien, a la luz del citado debate parlamentario, deviene menester concluir que el caso de la *fellatio in ore* resulta expresamente abarcado por el tipo y se lo equipara con la penetración vaginal o anal a partir del propósito legislativo, lo que excluye aquellos supuestos de penumbra. En tales condiciones cabe evocar cuanto se lleva dicho respecto de la presente discusión: "Esa voluntad del legislador, que algunos se resisten tanto a considerar, aparece claramente expresada en la ley sin necesidad de mayores esfuerzos. Más bien, consideramos forzada la interpretación contraria a la que aquí se propicia, que parece no sólo ir en contra de la voluntad del legislador, sino, como ha quedado demostrado, de la propia letra de la ley" (D'Alessio-Divito, op. cit., p. 251; Arocena, Gustavo, en "Derecho penal. Parte Especial, 1, Dogmática (Interpretación)", Fabian I. Balcarce, Dir., Lerner, Córdoba, 2007, p. 264).

Asimismo, corresponde relevar que la decisión legislativa se ajusta al criterio expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú (rta. 25/11/2006) en orden a que: "Siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, **así como la penetración bucal mediante el miembro viril**" (párrafo 310, el resaltado me pertenece).

Ad abundantia, corresponde syndicar que resulta tan inapropiada la equiparación -por vía de ridiculización- de la

fellatio in ore con la introducción de la lengua en la oreja, como la consideración igual de situaciones tan disímiles, desde la perspectiva de la víctima, como el sometimiento a la práctica de sexo oral con una caricia sexualizada no consentida. El presente caso revela palmariamente el grado de afectación del bien jurídico, que excede sustancialmente la del abuso sexual simple, cual es la calificación propuesta por la defensa.

Repárese que el espíritu de la reforma estuvo regido por la modificación radical del bien jurídico y, por tanto, del entendimiento que debe darse a la finalidad de la ley. Con anterioridad al texto de la ley n° 25.087 se atendía la "honestidad", entendida como un valor social vinculado con concepciones religiosas sobre la ilegitimidad de toda relación sexual fuera del matrimonio, de moralidad o recato (Cfr. De Luca, Javier A. y López Casariego, Julio E., *Delitos contra la integridad sexual*, en Zaffaroni, E.R. y Baigún, D. (dir), "Código Penal y normas complementarias. Análisis jurisprudencial y doctrinal", T. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 486-487 y Di Corleto, Julieta B., "Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación", en NDP 2006/B, Editores del Puerto). La reforma legal se enfocó en la "integridad sexual", que se vincula con los derechos individuales de las víctimas, referidos a la libertad de elección que tiene cada persona sobre su propia sexualidad (Cfr. Rodríguez, Marcela, *Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas*, en Birgin, Haydeé (comp.), "Las trampas del poder punitivo", ya citado), esto es, la "libertad, reserva o autodeterminación sexual, o autonomía para la elaboración del propio plan de vida sexual" (Arocena, Gustavo, "Derecho penal. Parte Especial", cit., p. 253).

De tal suerte, si se tiene en cuenta la intención general que se tuvo al momento de introducir las mentadas reformas en la regulación legal de los abusos sexuales, es necesario atender especialmente a la gravedad que tiene el hecho desde la perspectiva de la víctima. En tal sentido, se debe concluir que no parece desacertada ni desproporcionada la inclusión de la *fellatio in ore* como abuso sexual agravado por

acceso carnal, debido a que ese tipo de sometimiento puede ser tanto o más intrusivo y traumático para quien lo sufre, debido a que la felación coactiva involucra una conducta activa de la víctima en el hecho, mientras que la penetración por las vías tradicionalmente entendidas como susceptibles de ser accedidas "carnalmente", "por vía normal o anormal" supone un gravísimo sometimiento pasivo. Por ello, mas allá de la defectuosa tipificación, resulta razonable el criterio legislativo que equipara punitivamente todas estas situaciones, puesto que desde la perspectiva de la persona ofendida se traduce en una afectación equivalente en su intensidad.

No puede obviarse que sobre ello se ha dicho que: "El requisito de coito tradicional en la violación ha sido criticado como una comprensión masculina de lo que constituye sexo y violación sexual" y se concluyó que la redefinición de los tipos penales según la perspectiva de la víctima debe modificar tales concepciones tradicionales (cf. Estrich, Susan, "Real Rape", Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 83.).

Por fin, nunca es ocioso memorar que el estado argentino se ha comprometido internacionalmente a "Prevenir, sancionar y erradicar" la violencia contra las mujeres y que la minimización de tales agresiones supondría el incumplimiento de tales compromisos en virtud de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (ratificada por ley 24.632 B.O. del 9/4/1996) que define, en su art. 2.b la violencia contra la mujer, cuando reza: "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: [...] que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual [...]". Asimismo, el art. 7. impone las obligaciones de "b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer", [...] " e. tomar todas las medidas apropiadas [...] para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer" y "f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio

oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos".

Al respecto, corresponde evocar cuanto llevo dicho en la causa N° 11.141 de esta Sala, caratulada: "Gómez, Gustavo Adrián s/recurso de casación" (reg. n° 19.885, rta. 26/4/2012) "La ratificación de esta convención por parte del estado argentino evidencia e impone el especial compromiso por prevenir, investigar y sancionar todo acto contrario al derecho de las mujeres a una vida sin violencia (art. 7.b y art. 3), eleva este derecho a la mayor jerarquía y califica a los actos de violencia contra la mujer como infracciones de especial gravedad, que se encuentran reñidos con los valores más fundamentales de nuestra sociedad".

Es por tales razones que propicio el rechazo del presente motivo de agravio.

-III-

Que tampoco daré respuesta favorable al agravio sindicado por la defensa oficial en cuanto esgrime -también por el cauce el inc. 1° del art. 456 CPPN- la errónea conclusión a que se arribó en la sentencia para tener por acreditada la utilización de un arma durante la perpetración del hecho, aduciendo, por un lado, la vaguedad que arrojó el testimonio de la víctima al momento de describir el elemento que se habría utilizado y, por otro, y aun cuando se tuviese por cierta la existencia de un cuchillo o de una navaja en el suceso, dicho elemento no puede ser equiparado al elemento "arma" sin violentar el principio de legalidad (Cfr. punto III del recurso de casación a fs. 694/695 y punto b) de la presentación en término de oficina a fs.711/713, respectivamente).

Liminarmente cabe anticipar que, teniendo presente que a falta de inmediatez respecto de la prueba válidamente introducida al debate no puede examinarse más de lo que surge al respecto en la sentencia y en el acta del juicio, del cotejo de dichos componentes no resultan circunstancias que riñan, según se demanda, con el extremo que se tuvo por acaecido en el decisorio en crisis.

De la reseña de la sentencia, en cuanto interesa aquí destacar, dimana que la damnificada en el curso de la declaración que prestó ante el tribunal dio cuenta que en un momento el imputado: "[...] sacó algo, un cuchillo o una navaja.

Destacó que no era grande y aclaró que no era como un cuchillo de cocina y que no recuerda de donde lo extrajo. La amenazó a la dicente con la navaja. Le dijo que pase adelante (...). La dicente no paraba de hablar y le decía que tenía su madre enferma, hablaba y hablaba. Él le decía que se callara, que sino no saldría viva..." (fs. 666vta.).

Por su parte, la testigo A. V. G. que compartió junto con sus amigas D. y M. S. un tramo del viaje en el automóvil de alquiler al comando del incuso señaló que: "[...] la primera que se bajó fue Marianela. No hizo comentarios al llegar a su casa. D. le contó después que cuando quiso bajar del auto en la esquina de la casa, él le dijo que pasara por delante y la amenazó con un cuchillo. Que entonces D. le dijo que ella tenía cincuenta pesos, que la dejara bajar y que se lleve la plata (...) Que él la obligó a sacarse la ropa y hacerle sexo oral" (fs.668/vta.).

Insisto: el poder de convicción de la declaración de la víctima fue apreciado por el tribunal de juicio en un marco de inmediación de la que este colegio carece y, por otra parte, tampoco observo en el caso razones para poner en duda lo dicho por la víctima, cuando tampoco las ha alegado la defensa. Por lo demás, cabe señalar que la sentencia se ha hecho cargo puntualmente de examinar las observaciones de la defensa en punto al empleo de un arma en la ejecución del abuso sexual y del robo y ha desechado fundadamente las alegaciones sobre la falta de certeza acerca de ese empleo.

En particular ha expresado que: "[...] la damnificada ha sido sumamente precisa y creíble cuando explicó que el imputado la amenazó con una navaja y la hizo pasar al sector de adelante del vehículo, luego de lo cual, concretó el ilícito antes descrito. Al ser preguntada sobre el punto, señaló que el objeto más que un cuchillo era una 'navaja' de pequeñas dimensiones, pero fue contundente respecto de la utilización del objeto aludido como instrumento de intimidación. No tenemos dudas acerca de que los hechos sucedieron en la forma descrita por D.P.G., pues si todo su relato ha sido -en nuestra opinión- sumamente veraz, no encontramos motivos para pensar que pueda haber faltado a la verdad en lo que respecta a la utilización de este instrumento. Por ello, la circunstancia de que el arma

no haya sido secuestrada o el hecho de que ningún testigo la haya visto, no impide la aplicación del tipo agravado [...] Si bien el instrumento utilizado por Cruz Cordero no fue secuestrado, no tenemos dudas que, de acuerdo a la descripción de la víctima, se trató de un objeto punzante y cortante -navaja- que puede ser incluido razonablemente dentro del concepto de 'arma impropia'" (cfr. acápite i), fs. 678/679).

En este sentido, tal como ha sido puesto de relieve en el pronunciamiento, la circunstancia de la ausencia de incautación del adminículo en cuestión -y de este modo la imposibilidad de establecer sus características de especificidad- además de no afectar el crédito al relato de la damnificada, tampoco alcanzaría por sí sólo para vencer por aplicación del *in dubio pro reo* la presencia del elemento desde el mismo momento en que Analía García, conforme se dejó constancia precedentemente, resultó ser testigo directo de haber recibido el dato por boca de su amiga de que el taxista blandió un elemento cortante y con ello logró su cometido.

De suerte tal que la fundamentación de la sentencia mantiene un hilo argumental lógico y tomó en consideración todos los testimonios y elementos de pruebas aportados a la causa, de modo de respetar las reglas de la sana crítica. No encuentro, por lo tanto, arbitrariedad en la calificación establecida a tenor de los arts. 119 "d" y 166, inc. 2°, segundo párrafo, CP, en un todo de conformidad con el criterio que vengo guardando en la causa n° 13394 "Gómez, Alejandro Andrés s/recurso de casación" (reg. n° 19888, rta. 26/4/12), causa N° 11.004, Sala II, "Gauna, Leonardo E. s/recurso de casación" (reg. n° 20.005, rta. 4/6/2012) y el precedente "Gómez" (cit. en el punto II del presente voto), a las que remito en razón de brevedad.

-IV-

Que respecto de los planteos referidos a la cuantificación punitiva, tampoco a mi ver cabe hacer lugar al recurso.

En efecto, el recurrente no muestra más que su mera discrepancia con los criterios utilizados por el *a quo* para determinar la pena dentro de la moldura legal, sin demostrar arbitrariedad alguna.

El casacionista se agravia respecto de la consideración en orden a la "reiteración de delitos", referida a que el hecho juzgado constituyó no solamente una victimización sexual, sino que el autor afectó también el derecho de propiedad de la damnificada, al sustraerle sus objetos de valor. En ese orden, aquella afectación múltiple de bienes jurídicos en un mismo hecho, es un criterio indudablemente acertado para determinar la reacción punitiva, en atención a los criterios objetivos referidos en el art. 41 como "extensión del daño".

Al mismo patrón responde la consideración referida a la índole del ataque sexual, que involucró no solamente la *fellatio* forzada, sino también la eyaculación y posteriores frotamientos en la zona genital de la víctima. El sometimiento bajo distintas modalidades de abuso sexual resulta otro criterio adecuado con el fin de agravar la sanción correspondiente.

Asimismo, se observa que el tribunal hizo mérito de diversas circunstancias atenuantes objetivas y subjetivas que tuvieron fuerte incidencia en la mensuración punitiva, ya que la pena de 10 años de prisión resulta cercana al mínimo de la moldura legal -entre 8 y 20 años- y marcadamente alejada del máximo.

Por tales razones, considero que el *a quo* contó con elementos suficientes y adecuados e hizo mérito de diversas circunstancias del hecho que incidieron de manera efectiva en la determinación de la sanción impuesta, y es por ello que la sentencia se encuentra adecuadamente fundada en punto a la cuantificación de la pena.

En definitiva, postulo el rechazo *in totum* del remedio interpuesto, sin imposición de costas, y así lo voto.-

La señora juez doctora **Ana María Figueroa** dijo:

I. Que adhiero al análisis que efectúa la jueza que lidera el acuerdo en el punto IV a) de su voto en lo atinente a las críticas que la defensa dirige al reconocimiento que efectuó la damnificada P. G. .

Ello teniendo especialmente en cuenta que en realidad aquéllas intentan quitar entidad a la convicción que generó en el Tribunal las declaraciones de la víctima, aspecto que

resulta un límite al control de esta Cámara conforme se sostuviera en el precedente "Casal" del Alto Tribunal.

En dicha ocasión se sostuvo que "...lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc...".

Tal como se releva en el voto que lidera el Acuerdo, dicho análisis circunstanciado ha sido efectuado por el Tribunal de Juicio al fundar que observaron que P. G. se pronunció con claridad acerca de la certeza en el reconocimiento de Cruz Cordero como el autor del suceso que la damnificara.

El Tribunal además tuvo en consideración lo declarado por los restantes testigos -M. S. , A. V. G. , Ariel Pietraopaulo y Jorge Alejandro Lucero- respecto al automóvil y fisonomía del imputado, cuyos relatos coincidieron sustancialmente con lo declarado por P. G. .

Por tales razones, corresponde rechazar el recurso interpuesto en dicho aspecto.

II. Respecto a la subsunción típica que corresponde al suceso aquí atribuido a Cruz Cordero, he de acompañar la interpretación efectuada por el juez Slokar en su voto.

En primer término, y considero que la llamada "*fellatio in ore*" conforma uno de los modos de acceso carnal establecidos en el art. 119, tercer párrafo, del CP, "acceso carnal por cualquier vía" (art. 119, tercer párrafo, del CP).

La reforma realizada por la ley 25.087 al Título III de los "Delitos contra la integridad sexual", ha modificado la redacción de dicho párrafo al agregar a la anterior redacción "el que tuviere acceso carnal", el elemento de que dicho acceso carnal sea efectuado "por cualquier vía", ha justamente despejado la discusión que sobre la calificación legal

corresponde asignar a la *fellatio in ore*.

La interpretación que propugno no implica de ningún modo incluir dentro de "cualquier vía" a otros conductos que posee el cuerpo humano, como por ejemplo en una oreja o en una nariz, ya que ello implicaría una irrazonabilidad manifiesta, irrazonabilidad que también considero constituye excluir de dicha agravante el acceso que se efectúa en la cavidad bucal.

En esa línea debe referirse "*que nadie en su sano juicio, técnico o lego, discutió o discute la posibilidad de considerar ello un caso de acceso carnal*" (D'Alessio, Andrés J. "Código Penal. Comentado y anotado", año 2004, Ed. La Ley, pág. 176).

Por último, en innumerables ocasiones la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la primera regla de interpretación de la ley es dar pleno efecto a la intención del legislador, teniendo en cuenta el contexto general de las leyes y los fines que informan su dictado (Fallos: 334:1027, entre muchos otros).

Frente a dicha directriz, la modificación que introdujo la ley 25.087 ha conllevado -entre otros aspectos- a considerar incluida y despejar la discusión vinculada con la *fellatio in ore* dentro de las vías mediante las cuales se comete acceso carnal de una persona, ya que una interpretación que sólo admita la penetración vaginal y anal, como constitutivas exclusivamente de "cualquier otra vía" resulta carente de sentido.

III. En lo atinente a la acreditación del empleo de un arma en el suceso juzgado, también coincido con lo sostenido por el juez Slokar en el punto III de su voto, ya que la víctima fue precisa al describir la utilización de un arma durante el suceso, sin que la falta de especificación respecto a si se trataba de un cuchillo o una navaja tenga relevancia a los fines de tener por acreditada la aplicación al caso de la agravante prevista en el cuarto párrafo, inciso d) del artículo 119 del CP.

IV. En cuanto a la supuesta arbitrariedad que exhibiría la sentencia respecto a la mensuración de la pena impuesta a Cristian Andrés Cruz Cordero, examinado en este aspecto el fallo recurrido, estimo que la fijación de la

sanción impuesta contiene los argumentos mínimos suficientes en torno a las exigencias establecidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, para considerar satisfechos adecuadamente los recaudos legales a fin de considerar fundada la decisión, de conformidad con las exigencias emanadas de los artículos 123 y 404 inciso 2° del CPPN, por lo que adhiero a los argumentos del juez Slokar en el punto IV de su voto, y emito el mío en igual sentido.

V. Finalmente, solo habré de agregar que a mi juicio no es posible concebir un derecho penal moderno sin contemplar los derechos de las víctimas y, en esa dirección, debe ponerse de resalto que en estas actuaciones Cruz Cordero fue condenado en calidad de autor penalmente responsable del delito de violación, en perjuicio de una mujer. Que dichas conductas fueron desplegadas aprovechando el particular estado de vulnerabilidad en el que se encontraba la víctima. Aquél se derivó de la comisión del suceso en horas de la madrugada, en el interior del automóvil que conducía el imputado en la situación comercial de remisero y la necesidad de la víctima de llegar a su casa, tomando un transporte público de propiedad del agresor, todo lo cual reducía ampliamente las posibilidades por parte de P. G. de articular una eficaz defensa contra la conducta del aquí condenado.

Frente a tales extremos, cabe concluir que el suceso aquí juzgado constituye una violación a los derechos de género, por lo que corresponde reproducir lo que sostuviera en "Amitrano, Atilio Claudio, s/ recurso de casación", causa n° 14.243, reg. n° 19.913, rta. el 09/05/12 y "Villareo, Graciela s/ recurso de casación", causa n°14.044, reg. n° 19.914, rta. el 09/05/12, en los que en su parte esencial señalé que: *"...nuestro Estado Constitucional de Derecho, especialmente a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, en su artículo 75 inciso 22 le otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos sobre derechos humanos, entre ellos a la **"Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer"** -CEDAW-, con el objeto de erradicar cualquier tipo de discriminación contra las mujeres, dado que su persistencia vulnera el principio de igualdad y el respeto a la dignidad humana, dificultando la participación del*

colectivo más numeroso que tienen todas las sociedades - Mujeres, niñas, adolescentes, ancianas-, a la participación en la vida del país, en igualdad de condiciones con los varones".

Asimismo, "Discriminación contra la mujer denota toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera" -CEDAW artículo 1-.

Para evitar las repeticiones de conductas discriminatorias, los Estados Parte se han comprometido en el artículo 2.c) mencionado en el punto a) de mi voto de la convención citada, a adoptar políticas públicas, adecuaciones constitucionales y legislativas entre otras, de manera que su incumplimiento, genera responsabilidad del Estado Argentino ante la comunidad internacional.

Como lo ha destacado el Comité -órgano de monitoreo de la CEDAW según los artículos 18 a 21-, la Convención es vinculante para todos los poderes públicos, por lo que se encuentra prohibida la discriminación contra la mujer en todas sus formas, siendo materia de especial preocupación el desconocimiento generalizado de la Convención y su Protocolo Facultativo, por parte de las autoridades judiciales y de otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en nuestro país, recomendando su conocimiento y aplicación para que se tome conciencia de los derechos humanos de las mujeres.

Las mujeres y niñas son las más expuestas a formas sistemáticas de violencia y abusos de poder, que ponen en riesgo su salud física, psíquica y sexual. Dicha violencia se manifiesta desde el ámbito físico, sexual, simbólico, psicológico, económico, patrimonial, laboral, institucional, ginecológico, doméstico, en los medios de comunicación, en la educación sistemática formal e informal, en la justicia, en la sociedad, entre otros, donde se estereotipa al colectivo mujeres, desconociéndole su dignidad y derechos humanos, por la prevalencia de esquemas patriarcales y una cultura

androcéntrica, que hasta la ha privado de un discurso y práctica jurídica de género.

Los entes estatales tales como la Oficina de Violencia Doméstica -OVD-, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación creada en el año 2008, el Programa las Víctimas contra la Violencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Consejo Nacional de la Mujer, las secretarías y direcciones de la Mujer existentes en las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dentro de nuestro sistema federal, las Universidades, las ONG, informan acerca del crecimiento de todas las formas de violencia, producto de prácticas androcéntricas que vulneran los derechos de las mujeres.

Cabe destacar que también preservando la integridad física y psíquica de las mujeres, adoptando políticas públicas para evitar la violencia contra éstas, Argentina ratificó la **"Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer"**, aprobada en **Belém Do Pará, Brasil**, en vigor desde 1995, si bien tiene en el país jerarquía superior a las leyes internas, en virtud de lo preceptuado por el artículo 75 incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional, en el año 2011 fue aprobado por la Cámara de Diputados el otorgamiento de su jerarquía constitucional, por lo que se encuentra en trámite parlamentario la obtención del mismo rango normativo que los tratados enumerados en el artículo 75 inciso 22 de la ley suprema.

Esta Convención Interamericana aporta mecanismos para la eliminación de la violencia de género, definiendo en su artículo 1 como: *"...cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño, o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado"*. La convención pone de manifiesto que se ha tomado conciencia de la discriminación que sufren las mujeres, que se pretende reparar, centrando todos los esfuerzos para modificar los patrones socioculturales, para obtener la igualdad de sexos. Por ello no es suficiente con la condena pública, no debe admitirse que se invoquen costumbres, tradiciones, ideologías discriminatorias o patrones culturales, es necesario que se adopten medidas efectivas desde la comunidad

internacional y los Estados, desde todos los poderes públicos, siendo intolerables conductas como las aquí sometidas a control jurisdiccional, correspondiendo penalización para quienes no las cumplen.

Como sostuve en mi 2da. tesis doctoral sobre derecho de género "La violencia contra las mujeres son todos los actos basados en el género que tienen como resultado producirles un daño físico, psicológico o sexual, que van desde una amplia gama de padecimientos que vulneran el derecho a la vida, a la libertad, a la consecución económica, social y cultural, a la autodeterminación, hasta la participación en condiciones de paridad con los hombres en todos los espacios públicos de la política de la que son ciudadanas. Múltiples son los casos y causas para justificar según las tradiciones o las ideologías, violaciones a los derechos humanos de las mujeres, prácticas, acciones, omisiones, tentativas desde golpes que pueden terminar con la vida de las mujeres, o desfiguraciones del rostro y cuerpo con lesiones leves, graves a gravísimas, mutilaciones genitales, violaciones y abusos sexuales de niñas y mujeres en el ámbito doméstico y familiar, el hostigamiento y acoso sexuales, intimidaciones sexuales en el trabajo, discriminaciones en la esfera de la educación, la prostitución forzada y comercio internacional, embarazos forzados, descalificaciones y desacreditaciones sólo por el hecho biológico del sexo al que pertenecen. Cuando esto sucede, no puede construirse una sociedad en armonía, porque nunca podrá serlo si toma natural discriminar a la mitad de seres que componen su cuerpo social.

Informes de Naciones Unidas dan cuenta a inicios del siglo XXI, que pasará mucho tiempo para que las mujeres alcancen la igualdad con paridad, máximo si se toman en cuenta datos de diversidades culturales, en donde las mujeres, so pretexto de su protección, están en una gran desventaja en sus situaciones sociales y familiares para ser consideradas en paridad, pero lo que también es cierto, es que desde el advenimiento del paradigma de los derechos humanos, han pasado poco más de cincuenta años, los avances como las ventajas alcanzadas son copernicanas si miramos hacia atrás de nuestra

historia".

Como ya citara, frente a la incidencia de violencia contra las mujeres, con las graves consecuencias para éste colectivo, el Estado sancionó la ley 26.485 en el año 2009, de *"Protección Integral a las mujeres, para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales"*, la que también sanciona diferentes tipos de violencia: física, sexual, simbólica, económica, patrimonial, psicológica, entre otras, visibilizando que estas conductas son el producto de un esquema patriarcal de dominación, entendido como el resultado de una situación estructural de desigualdad de género.

Este fenómeno de violencia ejercida sobre la mujer, no es privativo de sectores sociales marginados económicamente o de escasa educación, sino que, por el contrario, se da en todos los ámbitos y niveles de la sociedad. Dicha práctica se ejerce de diversas maneras desde la comisión de ilícitos, hasta comportamientos aceptados socialmente, que van desde violaciones, lesiones, coacción, violencia doméstica, maltrato, los que fueron considerados por mucho tiempo como *"naturales"*, como una atribución que tenían los padres, esposos, varones de la familia o del entorno, respecto de las mujeres que tenían bajo su esfera.

Desde esa fecha en adelante, se ha evolucionado mucho y hoy la violencia contra las mujeres es considerada violación de los Derechos Humanos, con jerarquía constitucional y/o superior a las leyes internas, por esa razón el delito en análisis no puede ser soslayado y como preceptúa el artículo 3 de la ***"Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer"***, *"Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado."*

VI. Con estas consideraciones finales, y por lo antes expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso interpuesto por la defensa de Cristian Andrés Cruz Cordero, con costas (arts. 470, 471 *-a contrario sensu-*, 530 y 531 del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

En virtud del resultado habido en la votación que

antecede, el tribunal por mayoría **RESUELVE:**

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de Cristian Andrés Cruz Cordero, sin costas (arts. 123, 404 inc. 2°, 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y remítase la causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.