En la ciudad de Formosa, Capital de la Provincia del mismo nombre a los días del mes de agosto del año dos mil siete, se reúne en la Sala de Audiencias "Dr. Juan José Paso", el Excmo. Superior Tribunal de Justicia, bajo la Presidencia del Señor Ministro, Dr. Eduardo Manuel Hang y con la asistencia de los Señores Ministros, Dres. Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Hector Tievas y Carlos Gerardo González. Constituidos en TRIBUNAL DE CASACION, para pronunciar SENTENCIA en el Expte. Nº 129 Fº 102 Año 2006, registro de la Secretaría de Recursos, caratulado: "MEDINA, JUAN DIONISIO S/ABUSO SEXUAL", venidos para resolver el RECURSO DE CASACION, interpuesto a fs. 109/117 vta. por la Señora Defensora Oficial de Cámara Nº 1, Dra. Claudia I. Carbajal Zieseniss, contra la SENTENCIA Nº 6535/05 obrante a fs. 100/107 vta. dictada por la Excma. Cámara Primera en lo Criminal, que condenó a Juan Dionisio Medina a la pena de siete años y seis meses de prisión e Inhabilitación Absoluta por igual tiempo de la condena, demás Accesorias Legales y Costas, como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal (arts. 12, 19, 119 tercer párrafo y 29 inc. 3°, del Código Penal). EL ORDEN DE VOTACION de conformidad a lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y sus modificatorias y artículo 126º del Reglamento Interno de la Administración de Justicia, es el siguiente: 1er Término: Dr. Carlos Gerardo González, 2do Término: Dr. Ariel Gustavo Coll; 3er Término: Dr. Hector Tievas; 4to Término: Dra. Arminda del Carmen Colman y 5to Término: Dr. Eduardo Manuel Hang; y,

CONSIDERANDO:

El Señor Ministro, Dr. Carlos Gerardo González, dijo:

Que habiéndose realizado la audiencia de debate prevista por el art. 433 del C.P.P., vengo a emitir mi voto respecto del recurso de casación planteado por la Defensa Oficial contra la Sentencia Nº 6535/05 dictada en autos por la Excma. Cámara Primera en lo Criminal, en virtud de la cual se condenó a su defendido Juan Dionisio Medina a la pena de 7 años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por igual tiempo, por haber sido hallado autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (arts. 12, 19, 119 tercer párrafo y 29 inc. 3º del Código Penal).

Que la Defensa vino en recurso exclusivamente por el supuesto de errónea aplicación de la ley penal sustantiva, previsto por el artículo 422 inc. 1º del Código Procesal Penal, sosteniendo como agravios que el Tribunal de Juicio equivocó el encuadramiento del hecho imputado a Medina al subsumir su conducta en el delito de abuso sexual con acceso carnal, cuando en realidad se trató de un abuso sexual simple, y que el mismo, debido a la intoxicación alcohólica que padecía al momento de consumar el hecho, debió ser absuelto por carencia de capacidad para comprender la criminalidad del acto y dirigir su acciones (art. 34 inc. 1º del C.P.).

Que a fin de fundar el primer agravio planteó que la actual normativa penal no ha logrado cristalizar el objetivo de llevar la "fellatio in ore" al plano de la violación, en tanto esta no puede derivarse de la expresión "acceso carnal" y no pueden hacerse interpretaciones extensivas, por estar vedado por el principio de legalidad, el cual a su entender ha sido sacrificado por el Tribunal de mérito al aplicar un criterio interpretativo extremadamente amplio de la norma penal en cuestión .

Siguió diciendo que el texto del artículo 119 "acceso carnal" es incompatible con la interpretación hecha por el Tribunal, ya que si bien tal expresión y la controversia que la misma suscitaba motivó su reforma, los propios legisladores reconocieron que no se llegó a resolver el problema que generaba la controversia.

Por último, citó doctrina en apoyo a su postura, según la cual no puede equipararse el acceso vaginal y anal con el acceso bucal, y solicitó se recalifique la conducta atribuida a su defendido encuadrándose la misma en la previsión contemplada por el artículo 119 primer párrafo del Código Penal.

Que con respecto al segundo de los agravios alegó que al momento del hecho Medina no comprendía la ilegalidad de sus actos, lo que a su juicio quedó probado con los testimonios brindados por Miriam Olmedo que declaró que éste estaba tomado; Natalia Dolores Quintana quien dijo que el mismo decía "que pasa" "que pasa" y afirmó que no tenía conciencia, que no entendía nada de lo que estaba pasando y que cuando se retiró del lugar en el que había encontrado al imputado con el menor éste se quedo acostado en la cama; y finalmente Soledad Elizabeth Quintana quien informó que el día del hecho estaba muy tomado, que no entendía nada de lo que pasaba, que caminaba tambaleante y se caía.

Argumentó asimismo que la alcoholización plena no resulta incompatible con algunos instintos de conservación como el de cerrar las prendas de vestir, sino que ello depende de cada organismo; que la ausencia de informes médicos del grado de intoxicación alcohólica no puede ser valorado en contra del imputado; y que resulta ilógico pretender que Medina tenía conciencia de la criminalidad de sus actos, cuando sin embargo, luego de ser sorprendido por la tía del menor, en lugar de huir del lugar se quedó acostado en la cama, retirándose recién luego de ser agredido con palos por una vecina.

A su turno, el Sr. Procurador General Subrogante solicitó el rechazo del recurso interpuesto.

Con respecto al primero de los agravios sostuvo que la "fellatio in ore" se condice perfectamente con el 3er. párrafo del artículo 119 del Código Penal, y que el primer voto del fallo recurrido fue más que abundante al analizar tal circunstancia.

Alegó que el origen de la reforma y casi todos los proyectos presentados tenían la finalidad de incluir la "fellatio in ore" como acceso carnal; que no puede entenderse que se modifique la norma para que nada cambie; que la ley dice acceso carnal, pero por cualquier vía; que los legisladores cuando introdujeron la reforma se referían a la "fellatio" como acceso carnal ya que solamente faltaba incluir la vía oral; que si bien Donna dice que el acceso carnal es un concepto normativo, en la jerga común también se habla de la "fellatio" como violación.

Agregó por último que no se puede estar a la vieja interpretación y que ya aún con anterioridad a la reforma del artículo 119 Fontán Balestra entendía que la "fellatio" estaba incluida en el acceso carnal.

Se opuso al planteo de inimputabilidad, para lo cual sostuvo que la ebriedad del imputado no fue total y no le impidió comprender la criminalidad de sus actos, lo que a su entender quedó evidenciado en primer lugar con el hecho de que cuando la tía de la

víctima sorprendió al imputado este tenía el miembro viril erecto y se estaba haciendo succionar; en segundo lugar porque la erección es incompatible con el estado de ebriedad total; en tercer lugar porque la alegada falta de conciencia no se condice con la acción de hacer entrar al menor a la casa para consumar el acto; y finalmente porque la testigo Soledad Quintana declaró que el imputado, al ser sorprendido por ella en el momento de estar consumando el hecho, inmediatamente guardó el pene y dijo acá no pasó nada.

A su turno, la Sra. Asesora de Menores manifestó su adhesión a lo expuesto por el Sr. Procurador General y abonó el pedido de rechazo diciendo que la Defensa no objetó la base fáctica conforme se tuvieron por probados los hechos y por los cuales se condenó a Medina.

Agregó que comparte la interpretación hecha por el Tribunal de sentencia en cuanto al acceso carnal; y, en cuanto a la falta de comprensión alegada a fin de descalificarla describió que el imputado llamó al niño, cerró la puerta, tenía el pene erecto, lo guardó en el pantalón y la testigo Natalia Soledad Quintana dijo que el mismo se hacía el desentendido cuando fue sorprendido en el momento de cometer el hecho.

Que, entrando al análisis de los agravios de la Defensa, cabe señalar en primer lugar en orden a la supuesta errónea interpretación de la ley al calificar el hecho endilgado al imputado como abuso sexual con acceso carnal, que el fallo impugnado ha realizado un prolijo, exhaustivo e inteligente análisis respecto de qué debe entenderse por acceso carnal a la luz de la reforma introducida al artículo 119 del Código Penal en el año 1.999, posición que comparto plenamente en función del razonamiento empleado por los jueces de sentencia (el cual resulta ocioso reeditar), y particularmente lo atinente a que dicha reforma fue introducida para eliminar toda la discusión existente sobre si la "fellatio in ore" constituía o no acceso carnal, atrapándola definitivamente en tal concepto con la inclusión de la expresión "por cualquier vía", comprendiendo así el acceso carnal las tres vías que la razón y el sentido común exigían como configurativos de tan grave echo ultrajante de la libertad sexual.

Por otra parte, frente al argumento de que la expresión "por cualquier vía" podría llevarnos a considerar que el acceso por vía nasal, auditiva e incluso heridas constituirían acceso carnal, no debe soslayarse que la ley debe ser interpretada de manera razonable, atendiendo a la finalidad que la misma persigue, y lo que aquí el legislador ha tenido por finalidad introducir no es otra cosa que el concepto social de acceso carnal, lo que se desprende de manera indubitable de los proyectos de modificación que fueron presentados y que fundaron la modificación de la única cuestión que suscitaba controversias en la norma reformada.

Siendo así, me inclino por rechazar el agravio tratado.

En lo que respecta al planteo de inimputabilidad, deviene evidente su improcedencia atendiendo a la forma en que se desarrollaron los hechos.

En tal sentido, obsérvese que los sentenciantes fueron claros al fijar los hechos, y tal como lo expresaran el Sr. Procurador General y la Sra. Asesora de Menores, el imputado hizo ingresar a su casa al menor para consumar la "fellatio in ore", fue sorprendido por la testigo Natalia Quintana quien irrumpió en la casa del mismo

intempestivamente ante la advertencia de uno de los hermanos de la víctima y los llantos que la misma profería y vio como el imputado tenía el pene erecto introducido en la cavidad bucal del menor, cuadro ante el cual la mencionada testigo comenzó a insultar a los gritos al victimario, quien de inmediato introdujo su miembro viril dentro del pantalón acompañando tal acto con la expresión "calmate que no pasó nada", fingiendo luego que no sabía lo que pasaba, retirándose del lugar al ser increpado y golpeado por la misma, y poniéndose en fuga finalmente a ser posteriormente atacado con un palo de escoba por Soledad Quintana afuera de la casa.

Fueron las circunstancias de hacer entrar en la casa al menor, tener el pene completamente erecto, guardarlo inmediatamente al ser descubierto, fingir su ignorancia o perturbación y ponerse en fuga, y la ausencia de informe de perturbación grave por parte del médico que examinó al imputado, las que determinaron que los jueces de sentencia concluyeran que la ebriedad que presentaba el mismo no afectaba su compresión de la antijuricidad de su conducta, ni le impidió dirigir sus acciones para evitarla.

La valoración de tales circunstancias tenidas por probadas, resulta notorio, ha sido efectuada por los juzgadores dentro del marco de una lógica impecable e inconmovible y lleva al rechazo liso y llano del argumento de inconciencia sostenida por la Defensa.

Efectivamente, en el estado de inconciencia el sujeto no sabe lo que hace ni recuerda lo que ha hecho (Vicente P. Cabello "Psiquiatría Forense en el Derecho Penal", T. 1, pág. 276, ed. 2.000, Ed. Hammurabi), sin embargo, en el presente caso el obrar del imputado antes descripto demuestra coherencia en la preparación de la consumación del hecho, su consumación propiamente dicha y posteriormente en la intención de ocultar o minimizar la situación.

En cuanto a la tesis de la defensa en orden a que el gesto del imputado de cerrar sus prendas de vestir responde a un reacción instintiva de autoconservación, cabe señalar, más allá de que tomado tal argumento en forma aislada carece por sí solo de entidad desincriminante en el contexto global de las pruebas de cargo, que tal reacción de ninguna manera nos puede llevar a concluir un estado de inconciencia del mismo.

Es que no hay dudas de que en el ser humano el instinto de autoconservación es innato, pero debe determinarse en cada caso que es lo que motiva la reacción de ese instinto de autoconservación.

Así, en el caso de autos la reacción en cuestión no es la del sujeto que pone la mano a modo de atenuar el golpe porque se está cayendo, en cuyo caso hablaríamos de un instinto de autoconservación primario e irreflexivo productor de una reacción mecánica de autoprotección, motivada por el peligro de daño físico, sino de quien es sorprendido cometiendo un hecho que inevitablemente le generará un reproche, en cuyo caso la reacción de guardar el miembro viril no es otra que la de intentar evitar el mismo, por lo que la motivación se presenta sin esfuerzo alguno dejando entrever claramente que el sujeto sabe que está llevando a cabo una acción inmoral o ilegal y de ahí su intención de evitar el reproche, siendo entonces no ya una reacción derivada de un instinto de autoconservación primaria, sino de una instinto de autoconservación derivado de una reflexión sostenida en la existencia de normas sociales de convivencia, frente a lo cual no puede ya hablarse de inconciencia.

En el caso se sumaron ambas condiciones (inmoralidad e ilegalidad) en la conducta, lo que fue suficientemente comprendido por el imputado al momento de la comisión del hecho según se vio, y lo que el ordenamiento penal exige para que opere la sanción es que el sujeto comprenda la criminalidad del acto que realiza, por lo que mal puede sostenerse como lo hace la Defensa la supuesta inimputabilidad cuando la inconciencia que impide la comprensión de la criminalidad de la acción no existió.

Por último, en lo que respecta al argumento de que el imputado no fue sometido al test de alcoholemia y ello no puede pesar en su contra, cabe señalar que aún la gradación alcohólica tomada como parámetro para establecer la inconciencia no es necesariamente un dato irrefutable de dicho estado, en principio presupuesto al presentarse los valores de intoxicación alcohólica previstos por las tablas de proporción y efectos de la alcoholización, pues cada organismo es diferente y por ende las incidencias del alcohol difieren.

En tal sentido Bonnet en su tratado de Medicina Legal, al analizar el cuarto período de ebriedad, indica que la inconciencia se halla presente casi sin excepción porque en materia de ebriedad no es posible descartar de manera absoluta y terminante la excepción a la regla (T. II, págs. 1629 y sig.). Lo que nos lleva a la necesidad de valorar las demás pruebas para establecer en concreto si el imputado se encontraba o no en estado de inconciencia, y ello a su vez a la conclusión certeramente inferida por el Tribunal de Juicio de que sí estaba en estado de conciencia.

A ello se suma además que en el presente caso no está discutido la circunstancia de que el imputado al ser sorprendido se encontraba con el pene totalmente erecto, y no es una cuestión controvertida científicamente el hecho de que el alcohol en pequeñas cantidades desinhibe pero es un depresor del sistema nervioso central y en grandes cantidades interfiere en la excitación sexual provocando disfunción eréctil. Dicho de otra forma, la disminución de las respuestas fisiológicas diminuyen proporcionalmente al grado de ingesta alcohólica. De ahí la celebre frase de Shakespeare al referirse al consumo del alcohol "provoca el deseo pero frustra la ejecución". Dato indicador éste tomado por los jueces de sentencia que, no puede soslayarse en función de lo expuesto, fue valorado sobre la base de las reglas que informan la sana crítica racional como elemento de ponderación del estado de conciencia del imputado al momento de la comisión del delito por el cual fue juzgado.

Por todo lo expuesto, no surgiendo del planteo recursivo agravios serios y suficientes que permitan descalificar como acto jurisdiccional válido la sentencia puesta en crisis, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa de Juan Dionisio Medina.

El Señor Ministro, Dr. Ariel Gustavo Coll, dijo:

Que debiendo emitir mi voto en orden al recurso de casación promovido por la Defensa, adhiero íntegramente a la opinión del Sr. Ministro Dr. González, sobre los distintos agravios expuestos por la recurrente.

Que sin embargo y a mayor abundamiento, en tanto es la primera vez que éste Tribunal tiene en consideración el alcance del art. 119 párrafos primero y tercero del Código Penal, respecto a la "fellatio in ore", paréceme necesario realizar algunas precisiones.

El agravio de la Defensa se sustenta principalmente en la calificación legal que el Tribunal de Juicio asigna al hecho cometido por el acusado. Con apego al art. 422 inciso 1º del C.P.P., señala que ha existido una errónea aplicación de la ley sustantiva, en tanto no corresponde encuadrar la conducta de su asistido en el art. 119, párrafos primero y tercero del Código Penal, al considerar que el abuso sexual con acceso carnal, no es comprensivo de la "fellatio in ore", considerando que debió aplicarse la figura del Abuso Sexual Simple, en los términos del art. 119 primer párrafo del Código Penal.

La discusión por cierto no es novedosa, pero entiendo que, partiendo del análisis de los antecedentes parlamentarios que propone la misma Defensa, cuando refiere a la Ley 25.087, la duda por cierto desaparece para el intérprete, incluyendo a quienes, en ejercicio de la Jurisdicción deben aplicar la disposición que dicta el legislador.

En el tratamiento de la norma por parte de la Cámara de Diputados de la Nación, el proyecto de los Diputados Alfredo Bravo, Víctor Fayad, Elisa Carrió y Elisa Carca, es contundente cuando afirma que los delitos de contenido sexual, "son actos de agresión y violencia que atentan fundamentalmente contra la integridad física, síquica y moral de las mujeres. Es una agresión contra la autodeterminación como mujeres, como personas libres para decidir sobre su sexualidad", y más adelante, en el punto que nos interesa, expresan que el proyecto propone "una concepción de la acción más amplia en el Código Penal, ya que permite incriminar como violación, a todo tipo de penetración, incluyendo casos como la fellatio in ore, y la penetración anal...". (Ver Antecedentes Parlamentarios, 1999-B, La Ley, 1555/1556)

Es notable como los demás proyectos relacionados a la modificación legislativa del art. 119 del Código Penal y que finalmente se plasmara en la Ley 25.087, coincidieron en el sentido de incluir al sexo oral como una forma de violación, cuando se produce – obviamente - en las demás condiciones que indica la norma. Así, por ejemplo, el proyecto del Diputado González Gaviola, que incluyó expresamente a la relación sexual "anal, oral y/o vaginal, con personas de uno u otro sexo" (ob. cit. p., 1572), el presentado por el Diputado Cafferata Nores (ob. cit. p. 1574), el proyecto del Diputado Oscar Sat (p. 1575/1576), el proyecto de los Legisladores Fernández Meijide, Storani, Rodil, Alvarez, Raimundi, Parentella y Garré (p. 1581) y el del Diputado Juan Pablo Cafiero, cuando señaló que uno de los objetivos de la reforma fue precisamente que se permita incriminar como violación todo tipo de penetración, incluyendo los casos de la "fellatio in ore". (ob. cit. p. 1592).

Al tratarse posteriormente la reforma en la Cámara de Senadores de la Nación, se puso énfasis en que "el hallazgo principal (de la misma), es un tema que ha preocupado a Jueces y Juristas, en estos tiempos; es el problema de la "fellatio", ya que se sigue caracterizando como abuso deshonesto a la penetración del pene en la cavidad bucal de una persona, cuando obviamente constituye el mismo nivel de agresión sexual que el acceso carnal", (opinión del Senador Yoma, en la p. 1622 de la misma obra), agregando más adelante el mismo legislador que quiere dejar perfectamente en claro que la modificación que se propone para el art. 119 del Código Penal, (que fue finalmente aprobada y es el actual texto vigente), contempla a la penetración con cualquier objeto,

con fines sexuales y en cualquier cavidad. Las posteriores intervenciones de los Senadores Maya, Genoud y Molinari Romero, son todas coincidentes en ese mismo sentido. (ob. cit. p. 1623 a 1628).

Es cierto, tal como señala la Defensa que se planteó la necesidad de aprobar la reforma sin mayores dilaciones (Senador Maya, en p. 1624), pero no porque existieran dudas sobre la incorporación de la "fellatio" como medio de cometer el delito de Violación, sino porque cualquier modificación tendiente a introducir la figura en el texto que llegaba de Diputados, hubiera derivado en una demora en el trámite legislativo, que los miembros del Congreso Nacional, no querían producir, tal como lo admite el Senador Yoma, cuando deja sentada la opinión que se indicara anteriormente, para evitar que "alguna interpretación jurisprudencial pueda no coincidir con el espíritu que tuvo el legislador al proponer esta reforma". (ob. cit. p. 1623). No es menor señalar que en todo el trámite legislativo de ambas Cámaras, no existe una sola posición contraria a considerar a la "fellatio in ore", como incluida en el tipo penal de la Violación.

Me he permitido realizar éste repaso sobre los antecedentes legislativos de la Ley 25.087, porque entiendo que los Jueces deben atender a la aplicación de la Ley, tal como la ha elaborado el legislador, salvo que se advierta manifiesta colisión con el texto constitucional, cuyo por cierto no es el caso de autos. "El Juez en el sistema de separación de poderes, tal como el establecido en la Constitución, debe aplicar la ley, o sea, juzgar según la ley, más no juzgar a la Ley, salvo el caso en que se la impugne como anticonstitucional" (Bielsa, Rafael; "Metodología Jurídica", p. 446, Ed. Castellví).

A su vez, la Corte Suprema ha declarado que en principio, la opinión expuesta en las Cámaras legislativas por los miembros informantes, durante la consideración de los proyectos de Ley, son fuente de interpretación auténtica de éstas en su significación y alcances (Fallos, 114:28), afirmando también que la primera regla de interpretación de las Leyes, es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, la cual debe fluir de la letra o de su espíritu" (Fallos 150:151), máxime cuando esa intención surge de la exposición de motivos (Fallos 111:330) o en el proceso de discusión de la Ley (Fallos, 114:298).

Entiendo entonces que en el estado actual de la legislación vigente, no pueden existir dudas que la "fellatio in ore", o penetración del órgano sexual masculino en la cavidad bucal de otra persona, cometido contra un menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción, constituye acción que resulta típica a los fines del art. 119 tercer párrafo del Código Penal.

En función de tales argumentos y los expuestos por el Sr. Ministro preopinante, a los cuales adhiero, voto por el rechazo del Recurso de Casación planteado por la Sra. Defensora Oficial.

El Señor Ministro, Dr. Hector Tievas, dijo:

Que conforme al estado procesal de la causa correspondiente a la resolución del recurso de casación planteada contra la sentencia Nº 6535/05 dictada por la Excma. Cámara Primera en lo Criminal, coincidiendo en todo lo manifestado en la narración de los

hechos realizados por los Señores Ministros que me preceden, como también coincido y comparto las consideraciones y conclusiones realizadas por los mismos, todo ello en los términos de lo normado en el segundo párrafo del art. 365 del C.P.P..

Voto en consecuencia por el rechazo del recurso de casación planteado por la defensa oficial de Juan Dionisio Medina.

La Señora Ministro, Dra. Arminda del Carmen Colman dijo:

Que en la oportunidad procesal oportuna vengo a emitir mi voto en estos obrados, manifestando mi adhesión a las opiniones de los señores Ministros que me preceden en el orden de votación por compartir lo por ellos señalado; asimismo comparto la solución que propugnan respecto a rechazar el recurso de casación incoado en autos.

Que tal solución se impone luego de analizar detenidamente los agravios que postula la defensa para que la sentencia condenatoria sea modificada.

Que con respecto al agravio que se refiere a la intoxicación alcohólica que presentaba Juan Dionisio Medina al momento del ilícito y que, según palabras de la defensa, debiera haber llevado a su absolución por no estar en condiciones de comprender la criminalidad de sus actos y de poder dirigir sus acciones, cae con la sola lectura de las constancias obrantes en la causa y que metódica y prolijamente fueran reunidos por el Juez Castillo Giraudo en su voto. Mismas situaciones que fueron tomadas en cuenta y sabiamente ampliadas y analizadas por el señor Ministro que votara en primer termino.

Que se encuentra fuera de discusión el hecho de que la acción ilícita desplegada por Medina es factible de ser analizada por el derecho penal, lo que se discute es si éste debe responder o no por esas acciones, lo que hace girar el problema a la esfera de la culpabilidad.

Que es requisito para la aplicación de la eximente prevista en el articulo 34 inciso 1ro. del Código Penal que la ebriedad haya sido involuntaria y completa, no correspondiendo que dicha situación de exclusión de la culpabilidad sea presumida (tal como parece quererlo la defensa), y es que las mismas deben ser objeto de prueba y del correspondiente análisis en el marco del proceso. Ello es justamente lo que ha ocurrido en autos, donde la actividad del Ministerio Fiscal en todas sus instancias ha sido encardinada a asegurar las constancias pertinentes – informes médicos, psicológicos, testimoniales e indiciarias – que demuestren en forma indubitable que al momento de la acción reprobada penalmente Medina comprendía la criminalidad de sus actos y dirigía plenamente sus acciones, siendo tal postura la recogida por los señores Jueces de la Excma. Cámara Primera en lo Criminal, en ejercicio de la sana critica racional, al momento de dictar el fallo ahora cuestionado.

Que como consecuencia de todo lo dicho no queda mas que desestimar el agravio referenciado.

Que en lo que hace al segundo agravio de la defensa, bien dice el doctor Coll que es la primera vez que este Alto Cuerpo tiene en consideración el alcance del articulo 119 en sus párrafos primero y tercero y en lo que se refiere a la fellatio in ore por lo que me

parece necesario realizar unos comentarios a los fines de dejar asentado con claridad mi posición en este espinoso tema.

Que particularmente no entiendo que se desprenda de la norma penal examinada un marco de dudas e incertidumbres y que dicho estado no se alcance a clarificar con el análisis de la auténtica intención que tuvo el legislador al sancionarla. Porque si hay una realidad incontestable es el claro intento del legislador por incluir con la Ley N° 25.087 el tipo de conducta bajo análisis en la agravante prevista por el tercer párrafo del artículo 119 del Código Penal. En este sentido, oportunamente resultaron de amplia trascendencia los claros motivos que impulsaron la reforma operada, entre los que precisamente se destaca el intento de incluir la "fellatio in ore" como un modo más de acceso carnal.

Que la Corte Suprema de la Nación ya ha delineado con magistrales palabras que es regla de interpretación de las leyes el dar pleno efecto a la intención del legislador, indagándose su verdadero alcance mediante un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y los fines que las informan, propósito que no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal, toda vez que ellos, como servidores del derecho que son para la realización de la justicia, no deben prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma (CSJN Fallos 310:149, 572, 799, 1390, 1797; 313:1293), para así evitar que la inteligencia exegética desnaturalice la finalidad que ha inspirado su sanción (Fallos 310:500, 937).

Que sobre lo referente a la voluntad del legislador al sancionar la Ley Nº 25.087 el mismo es un tópico ya abordado y agotado por el doctor Coll en su voto. Simplemente quiero hacer notar que dicha postura se ve robustecida por el cambio doctrinal que las palabras del nuevo articulo 119 acarrean en el pensamiento de dos autores que, antes de la reforma, se inclinaban por entender a la fellatio in ore fuera de la categoría de acceso carnal.

Carlos CREUS sostenía antes de la reforma que "el hecho (violación) se consuma con el acceso, esto es con la penetración del miembro viril en el orificio vaginal o anal..." (Conf. Derecho Penal, Parte Especial, tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 194). Luego de la sanción de la Ley Nº 25.087 señala que "...no faltarán quienes sigan negándose a calificar como acceso carnal al coito bucal, pese a la expresión - por cualquier vía -, no obstante que la inclusión de esos casos fue uno de los motivos que al legislador le suscitó el deseo de reforma" (Delitos Sexuales Según la Ley 25.087, JA 1999-III-807).

Que la misma situación se plantea con Alfredo ACHAVAL quien señalaba críticamente allá por 1.992 que "Si continuamos cambiando el concepto de acceso carnal de acuerdo a los pareceres, conceptos y preconceptos, llegaremos a absorber el delito de abuso deshonesto y el de corrupción en la cada vez más amplia figura del delito de violación....". Puntualmente criticaba la postura de algunos autores que ya incluían la fellatio in ore en la figura de la violación (caso de FONTAN BALESTRA por ejemplo) sosteniendo que adoptar dicha opinión importaba cuanto menos un sofisma jurídico basado en interpretaciones personales ajenas a la norma (Conf. Alfredo Achával, Delito de Violación, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 195/198).

Pero la sanción de la Ley N° 25.087 también obliga a este último autor a mutar su pensamiento, para pasar a señalar ahora que la expresión "acceso carnal" significa llegar, tener paso o entrar en la "carne" de quien es la víctima, y que el agregado "por cualquier vía" hace referencia a la existencia de vías con capacidad inmisiva y receptiva. Por lo que ahora no hay dudas de que se ha agregado "...la boca, que si bien tiene capacidad inmisiva, también tiene capacidad activa en forma indiferente por ambos sexos" (Conf. ACHAVAL, Alfredo, Las modificaciones al artículo 119 del Código Penal efectuadas por la ley 25.087, JA 1999-III-1021).

Que en consecuencia, luego de la reforma operada por la ley N° 25.087, no me quedan dudas de que la fellatio in ore ha quedado comprendida en el tercer párrafo del artículo 119 del Código Penal, al haberse hecho referencia expresa al "acceso carnal por cualquier vía"; constituyendo ahora uno de los accesos carnales típicos del delito de violación, por lo que este motivo de agravio también debe ser rechazado.

Que en definitiva y atento los argumentos desarrollados, así como lo decidido por los señores Ministros que me anteceden en el orden de votación a los que, reitero, me adhiero en su totalidad, voto por el rechazo del recurso de Casación incoado por la defensa de Juan Dionisio Medina, sin regulación de honorarios por haber intervenido la defensa oficial.

El Señor Ministro, Dr. Eduardo Manuel Hang, dijo:

Creo que a los efectos de una mejor solución, debe invertirse el orden argumental. Ello es así puesto que de admitirse la defensa de ebriedad completa, sería innecesario entrar al planteo de la calificación legal.-

En punto a ebriedad concuerdo con quienes me preceden en la votación. A la exculpante de ebriedad completa se llega a través del dispositivo del art. 34 inc. 1ª del C. Penal. Tal la jurisprudencia de nuestras Cámaras Penales y del Superior Tribunal. El Ministerio Fiscal ha negado criteriosamente la posibilidad cierta de aplicarla. El hecho de introducir en el pantalón el miembro viril al ser sorprendido revela a todas luces una apreciación crítica de la situación, lo que es incompatible con la carencia de posibilidad valorativa. El imputado sabía de su accionar contrario a derecho y pretendió ocultarlo. Que estaba borracho no cabe duda, pero que esa borrachera lo colocara en situación de inimputable es cosa que no puede aceptarse. Un especialista como Cabello (ver su "Psiquiatría Forense en el Derecho Penal", T. 2ª, P 84) acepta que hay un grado de ebriedad exculpante (es el segundo en su conceptuación) que se provoca cuando hay incoordinación motora, inestabilidad corporal y pérdida del ejercicio crítico. Bonnet ("Medicina legal", "Tomo Único", P. 651) coloca la ebriedad completa en el tercer grado de la escala, como un trastorno mental transitorio completo ebrioso de comienzo con "alteraciones del juicio crítico respecto de la propia persona y del ambiente". Vemos entonces que no ha existido esa alteración del juicio crítico. Sabía que obraba mal y por eso la maniobra de ocultación. Amen del ocultamiento del miembro viril dijo que "nada había pasado" y ello apunta indudablemente a que hizo un juicio valorativo de su posición comprometida al ser sorprendido abusando sexualmente del menor.-

En cuanto al tema de la necesidad del análisis de alcoholemia, como señala Cabello (op. Cit., P101), el método biológico (búsqueda de la concentración hemática del tóxico) depende de las variantes personales de quién ingiere y solo tiene importancia supletoria.

La misma concentración alcohólica en sangre puede tener efecto diferente según la persona. Cada individuo reacciona al alcohol según un coeficiente personal, imposible de establecer de antemano.-

De manera que la ebriedad y su grado pueden mostrarse mejor a través del método clínico. En este sentido el informe de fs. 11, del médico forense (introducido al debate) y del que hace gala el Juez de Cámara preopinante es significativo mas allá del lapso temporal entre el hecho y la examinación.-

Corresponde ahora el tratamiento de la concreta actividad que se imputa a Medina, a efectos de determinar que tipo de abuso sexual constituye (violación o mero abuso).-

La conducta sobre la que no hay discrepancias, consistió en la introducción del miembro viril en la boca del niño, actividad en la que resulta sorprendido y obligado a cesarla.-

Hay dos argumentos que sostienen el recurso y que voy a examinar. El uno refiere, dentro de la interpretación de la norma penal, a su carácter restrictivo. El otro recae en las costumbres o actitudes de la sociedad frente al sexo, lo que adquirirá particular importancia en éste caso para considerar, restringiendo o ampliando la definición de la violación (o acceso carnal por cualquier vía como dice la ley).-

Respecto de la primera cuestión señalo que mucha de la opinión doctrinaria que sustenta el recurso es derivada de la interpretación de la regla antecedente y original del Código Penal. La agregación de la expresión "cualquier vía", cambia evidentemente el panorama interpretativo. Ello es paradigmático al traerse como fundante la opinión de Creus que era una antes y otra después de la reforma. Así nos dice ("Delitos Sexuales según la ley 25087", J.A., T. III, año 1999, P. 807 y sgtes) que precisamente la incorporada expresión tiene por objeto (según la motivación del legislador) incorporar al tipo el coito bucal. Es cierto que en el debate en el Senado, algunos parlamentarios (serían cuatro) indicaron que el coito oral no seria violación sino abuso sin acceso carnal agravado por el carácter ultrajante de la maniobra, pero ello es solo la opinión individual de algún legislador, no sabemos si es compartida por los demás que votaron el proyecto. En la dificultad que plantea desentrañar de la discusión parlamentaria la intención legislativa (en cuanto cuerpo legisferante). En especial si la Comisión funda el proyecto de una manera y se pretende restringir o ampliar esa interpretación.-

Creo que intentar la interpretación gramatical no deja de ser adecuado. Parafraseando a un Juez anglosajón podemos decir que hay veces que las palabras de la ley significan lo que dicen. En las palabras de la ley no hay discusión sobre "acceso", es entrada, ingreso, introducción, penetración. Es "via"lo que provoca la discusión. "Vía" según el Diccionario de la Lengua, en su quinta acepción, es cualquier conducto por donde pasan en el cuerpo del animal, los humores, aire, alimento y residuos digestivos. Desde esta perspectiva, va de suyo, que la boca es una "vía"y resulta difícil encontrar un argumento que la aparte de la definición. Pero también la propia palabra "acceso" en una de sus acepciones equivale a "copula" o "ayuntamiento carnal". Se puede decir que la interpretación podría llevar a situaciones así ridículas, como el acceso por vía respiratoria, pero ello no modifica la razonabilidad en lo otro. Sin embargo debo aclarar que a mi juicio algunas de las argumentaciones que se efectúan aludiendo a que la boca, no es vía no dejan de ser perspectivas individuales, sospechosas de intuicionismo, que no parecen cercanas a la ciencia social o sus mejores desarrollos.-

No se puede negar la diversidad de las culturas, la interpretación de los diversos campos de la experiencia que puede referir a todos los aspectos de la existencia, incluidas las relaciones sexuales (Benedict, Ruth; "El hombre y la cultura", P.41, Centro editor América Latina, Bs. As., año 1971). Una cultura es el sistema de vida de un grupo de personas, a la configuración de todas las normas mas o menos estereotipadas de comportamiento aprendido que se transmite generacionalmente por medio de la lengua o la imitación (Barnouw, Víctor; "Cultura y Personalidad", P.18, Edit. Troquel, Bs. As., 1967). La variación en la conducta social de las diferentes sociedades es evidente y se demuestra de inmediato. Los estudios etnológicos revelan la variedad de conductas con respecto a cualquier forma concebible del comportamiento social (Newcomb, Theodore M. "Manual de Psicología Social", T I, P 65, Eudeba, Bs. As, 1981). En la humanidad lo que parece genético es la volatilidad, la plasticidad. Plasticidad que no se da de la misma manera dentro de las comunidades. Esas comunidades usan la cultura de forma semejante (Gelner, Ernest; "Antropología y Política", P 67, Gedisa, Barcelona, 1979). Puntualizó a través de diferentes autores, tanto de la Antropología cultural como de la psicología Social, la diversidad de las culturas y con ello de las actividades humanas entre las que por supuesto están las relaciones sexuales. Porque en general la interpretación restrictiva o ampliada recurre a aspectos biológicos (en realidad no puros sino socializados), sociológicos o de psicología social, buscando algo así como las motivaciones y actividades del hombre medio o de una mayoría (si se quiere "normal") dentro de la comunidad. Pero como encontrar esos motivos y actividades en nuestra sociedad que permitan ampliar o restringir el criterio, en especial en este campo de la sexualidad ligada al Derecho Penal. En esto, como antes apunté, no parece haber fundamentos serios y la cuestión parece mas cercana a preferencias ideológicas que a una definición científica. Hay confusiones como la que señalara Freud y pese a ello perduran, confundir lo genital con lo sexual, siendo esto de más amplitud. Lo genético es mas instinto, lo sexual se guía por el principio del placer. Se acota entonces en lo genital a la violación como el acceso por vagina y mediante un argumento, el de que el coito anal es parecido al vaginal, se incluye al mismo, porque una interpretación estricta dejaría fuera del tipo al varón, que nunca podría ser violado por no tener vagina.-

Se debe convenir entonces que lo sexual tiene una concepción más amplia que se sustenta en el principio del placer y excede al marco de lo meramente genital.-

Para nuestra sociedad occidental de cuño europeo nada mejor que bucear precisamente en Freud, cuya psicología (mas social que individual) puede ayudar a determinar a través de un estudio de corte científico que es lo sexual o como se amplia en nuestra sociedad lo sexual a partir de lo genital. Así tanto la boca como el orificio anal pueden tener un significado sexual, el papel de la zona erógena se descubre sin dificultad porque la zona en cuestión se comporta como el aparato genital. Estas zonas erógenas son así aparatos subrogados de lo genital (Freud, Sigmund, "Los Textos Fundamentales del Psicoanálisis"; P.385, Altaza, Barcelona; 1997). De manera que no hay zonas erógenas por haber glándulas de este tenor como piensan o pensaban algunos, sino que las zonas se transforman en erógenas a través de la sexualidad socializada. Siguiendo con el autor (op. Cit, P. 366) el empleo de la boca como órgano sexual se prohibe como perverso cuando los labios o la lengua entran en contacto con los genitales de otro y no cuando el encuentro es de mucosas labiales. Esas prácticas sin embargo han sido usadas quizás desde los albores de la humanidad. Así determinadas partes del cuerpo como las mucosas bucales y anales, que aparecen en la práctica sexual, reclaman el derecho a ser

tratadas como genitales (op. Cit, P 368). Con lo que pueden equipararse a la vagina de la mujer

A partir entonces de estas consideraciones no me queda duda que la introducción del miembro viril en la cavidad bucal pueda constituir violación si se dan las demás condiciones del tipo legal.-

Concuerdo así que el recurso no debe prosperar y no se deben regular honorarios por haber actuado la Defensa Oficial.-

Que con las opiniones concordantes de los Señores Ministros, Dres. Carlos Gerardo González, Ariel Gustavo Coll, Hector Tievas, Arminda del Carmen Colman y Eduardo Manuel Hang, se forma la mayoría que prescribe el articulo 25 de la ley 521 y sus modificatorias y artículo 126 del Reglamento Interno para la Administración de Justicia, por lo que el,

EXCMO. TRIBUNAL DE CASACION

RESUELVE:

- 1°) No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensa de Juan Dionisio Medina. Sin costas, por haber actuado la Defensa Oficial.
- 2°) Regístrese. Notifíquese y oportunamente bajen los autos al Tribunal de origen.

DR. CARLOS GERARDO GONZÁLEZ DR. ARIEL GUSTAVO COLL

DR. HECTOR TIEVAS DRA. ARMINDA DEL CARMEN COLMAN

DR. EDUARDO MANUEL HANG