

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

**REGISTRO NRO. 12.877 .4**

//la ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de diciembre del año dos mil nueve, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Augusto M. Diez Ojeda como Presidente y los doctores Gustavo M. Hornos y Mariano González Palazzo como Vocales, asistidos por el Secretario de Cámara Matías Sebastián Kallis, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 577/625 vta. de la presente causa Nro. 9580 del Registro de esta Sala, caratulada: “**MANSILLA, Martín Germán s/recurso de casación**”; de la que

**RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 5 de la Capital Federal, en la causa Nro. 2003 de su Registro, por sentencia de fecha 23 de junio de 2008 -cuyos fundamentos fueron dictados y dados a conocer el día 30 de junio del mismo año (confr. fs.544/544 vta. y 548/567, respectivamente)-, resolvió, en lo que aquí interesa, “CONDENAR a MARTÍN GERMÁN MANSILLA [...] por ser autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante en concurso real con abuso sexual con acceso carnal reiterado en cinco ocasiones, todo ello en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores de edad agravada por la existencia de amenazas, a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas (artículos 12, 29 inciso tercero, 54, 55, 119 párrafos segundo y tercero y 125 tercer párrafo -según ley 25.087- del Código Penal, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. CONDENAR a MARTÍN GERMÁN MANSILLA, a la PENA ÚNICA de DIECISIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, comprensiva de la mencionada en el punto que antecede, y de la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas impuesta el 15 de mayo del

año en curso, en la causa n° 2087/6 del Tribunal Criminal n° 6 de Lomas de Zamora por ser autor del delito de abuso sexual con acceso carnal; más accesorias legales y costas (artículo 12, 29, inciso 3 y 58 del Código Penal)...”.

II. Que, contra esa decisión, interpuso recurso de casación la defensa oficial de Mansilla (fs. 577/625 vta.); que fue concedido a fs. 626 y mantenido a fs. 638.

III. Que el recurrente encauzó su protesta en ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N.

Preliminarmente, solicitó se decretara la nulidad de la sentencia por vulnerar el principio de congruencia, puesto que se emitió condena por hechos que no fueron materia de acusación fiscal. Así, precisó que al momento de formular su alegato, el Fiscal General refirió que *“el hecho debe encuadrarse como constitutivo de los delitos de promoción de la corrupción de menores agravado por haber mediado violencia el cual concurre con abuso sexual agravado por haberse cometido con acceso carnal en perjuicio de J. N. y C. M. en forma reiterada, por lo menos dos veces, es autor...”*; mientras que en el requerimiento de elevación a juicio *“se precisaron dos hechos de penetración anal: uno respecto de M. y otro respecto a N.; y una fellatio in ore respecto de M., y consecuentemente se calificó la conducta de Mansilla como corrupción de menores agravada en concurso ideal con abuso sexual agravado por haberse cometido con acceso carnal, reiterado en dos ocasiones”* (el subrayado no me pertenece).

No obstante, al dictarse sentencia se condenó a su pupilo por *“abuso sexual con acceso carnal reiterado en cinco ocasiones: tres penetraciones anales en perjuicio de los niños (una en relación con N., dos al menos respecto de M.), más la fellatio in ore, respecto de este último, también repetida al menos en dos ocasiones”*.

De esta forma, señaló que un abuso sexual con acceso carnal y

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

una *fellatio in ore* respecto de C. no fueron descriptas en el requerimiento fiscal de elevación a juicio, ni tampoco fueron objeto de ampliación de la imputación por parte del acusador público de la etapa oral, en franca violación al principio de congruencia.

Así, entendió que se impidió respecto de estos nuevos hechos por los cuales Mansilla fue condenado, la realización de una defensa eficaz, pues no existe descripción de circunstancias de tiempo, modo y lugar como para poder desmentir el reproche, ya que se funda exclusivamente en la imprecisa versión de la víctima N..

Entonces, señaló, debe decretarse la nulidad parcial del fallo en cuanto respecta a los hechos señalados y, en consecuencia, disminuir la pena dictada a su pupilo.

Por otro lado, tildó de nula a la sentencia por falta de enunciación precisa y concreta de los hechos. Ello, pues no surgen de la acusación las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos que se le endilgan a Mansilla, impidiéndosele la posibilidad de defenderse.

Señaló que el juez liderante se basó en los resultados de la audiencia prevista por el art. 250 bis del C.P.P.N. señalando que los dichos del niño N. eran claros y precisos, cuando en realidad lo que surge de su declaración dista mucho de ello.

También pregonó la nulidad del fallo por arbitrariedad en la valoración de la prueba, indicando que la fundamentación está ausente.

Reiteró que la condena se basó fundamentalmente en los dichos del menor N., confiriéndosele credibilidad a raíz de la opinión de la profesional que realizó la entrevista. De esta forma, se agravó de que se hayan considerado circunstancias ajenas a la percepción de la defensa, puesto que sobre estas no existió de su parte posibilidad de control.

Señaló que la psicóloga que efectuó el interrogatorio utilizó una vía inapropiada para lograr el testimonio, ya que le indicó que “*debería*

*declarar para poder irse”, con lo cual “se puso en claro al niño que su interrogatorio tendría que ver con aquello que le habría pasado, y que, en tal situación, ya era conocido por la perito”. También cuestionó que en cada pregunta la profesional incluía la respuesta a la anterior, dando así por sentado que las respuestas “van en el camino deseado por quien pregunta”.*

Afirmó que el testimonio del niño no debe ser siempre cierto y que debe contrarrestarse con una tendencia a afirmar lo contrario. Así, con cita de Eduardo José Cárdenas, indicó que *“...naturalmente los niños mienten y fantasean y que muchas veces son influidos por los mayores de quienes dependen. Hace muchos años que se sabe en el exterior, y recientemente aquí, que el 70% de las manifestaciones de los niños sobre abuso sexual, en el contexto de separaciones de pareja destructivas, son falsas...”*.

A su vez, planteó el rol de la psicóloga en la audiencia, quien *“no podría ser tratada como perito sobre la veracidad del relato, atento a que ella misma había interrogado al menor, y no tendría la distancia necesaria para evaluar su propia labor, en el sentido de si había sido inductiva”*.

En ese carril, mencionó que la reforma introducida en relación a la recepción del testimonio de menores de 16 años de edad, estuvo dirigida a impedir que los magistrados escucharan directamente a los niños, eligiéndose en su reemplazo a un profesional con aptitudes y características que posibiliten la contención de quienes depondrían. Así, entendió que el rol del psicólogo se circunscribe a intermediar entre los jueces y los niños y adolescentes para obtener, lo más fielmente posible, sus dichos.

Empero, el experto no puede actuar de ningún modo como perito, sino simplemente como intérprete o traductor de lo que el niño diga en un espacio de mayor intimidad y resguardo.

De esta forma, consideró que el informe que en consecuencia

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

emita el psicólogo infantil no se asemeja en nada a un dictamen pericial, debido “*a las particulares circunstancias en que se desarrolla la declaración del menor, sin la presencia del secretario que de fe de ella, de los jueces, el fiscal ni el defensor*”. Máxime, cuando sólo en caso que el tribunal lo disponga el acto puede ser seguido a través de un vidrio, micrófono u otro medio técnico, extremándose entonces la necesidad de que el profesional efectúe un informe con el resultado de la evaluación.

Sindicó que la convocatoria para declarar en el debate de la Licenciada Moretto -quien realizó la mentada entrevista- debió haber versado acerca de las circunstancias en las que se llevó a cabo ese acto, y no debió, como se hizo, interrogársela respecto de su opinión con respecto a los dichos del menor.

De esta forma, toda vez que se la convocó sólo como testigo, se tergiversó el rol que debía asumir la profesional de la salud, pues este no debió exceder de los hechos que cayeron bajo sus sentidos, mas “*nunca de lo que de ellos opina*”, función propia de un perito.

En otro orden de ideas, destacó que en el fallo en crisis se invocó la opinión de un perito en el informe agregado a fs. 91, rechazándose que ésta pueda ser utilizada como elemento probatorio ya que no fue incorporada por lectura al debate. Además, también se aludió a que en la etapa instructoria se había escuchado a C. M. a tenor de lo dispuesto por el art. 250 bis del C.P.P.N., cuando en realidad la defensa no fue notificada de ese acto, extremo que provocó su nulidad absoluta.

Consecuentemente, al haberse tomado “*como cierta la versión del presunto damnificado y testigo, destruye indebidamente el estado de inocencia que ampara al encausado, sin que exista una motivación lógica suficiente*”.

Así, reclamó que no sólo se trata de impetrar “la aplicación al caso de lo previsto en el art. 3° del Código Procesal Penal, sino de explicar

que en realidad esa norma constituye la concreción de un sistema de apreciación de la prueba, en el cual no es posible dar mayor valor a un testimonio que a otro, en ausencia de elementos objetivos distintos a la mera subjetividad de los jueces.

En el caso de los dispuesto por el art. 456, inc. 1° del C.P.P.N., cuestionó el encuadre típico escogido por los juzgantes, puntualmente, el abuso sexual gravemente ultrajante.

Así, mencionó que si bien la introducción de un dedo en el ano puede implicar un ultraje, pero no advierte la configuración de un sometimiento gravemente ultrajante. Señaló que no debe interpretarse *“que si el abuso simple está dado por un tocamiento en la cola, lo que exceda revestirá la calidad de ‘gravemente ultrajante’ . De hecho la amplitud de pena del tipo básico de abuso sexual, que va desde los 6 meses a los 4 años, permite penar en forma diferenciada diferentes afectaciones al bien jurídico protegido”*.

Además, refirió que en el requerimiento de elevación a juicio la introducción de un dedo en el ano de N. fue entendido como un acto previo e inmediatamente anterior a la penetración anal, debiendo haber quedado subsumido en el tipo de abuso sexual con acceso carnal. Ello, pues no se trata de acontecimientos escindibles, por tratarse de un prolegómeno de la actividad sexual con penetración, cuya penalidad más amplia lleva a desplazar la que corresponde al delito con menor entidad.

Por otra parte, cuestionó también el encuadre típico de abuso sexual con acceso carnal en tres ocasiones escogido por el tribunal. Así, manifestó que del informe realizado por el Cuerpo Médico Forense surge que en la región anal de N. existe un pequeño desgarro cutáneo mucoso, que tiene como probable mecanismo el pasaje de un elemento duro o semiduro.

En consecuencia, mencionó que *“no sólo no se puede saber si*

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

*la lesión que se menciona ha sido producida por la introducción de algún objeto; de la mano; o del dedo; o del pene, sino que además, se trata de signo específico inespecífico de abuso sexual...”.*

También precisó que el hecho que el menor se encontrare viviendo en la vía pública podía afectar ostensiblemente sus funciones fisiológicas, siendo posible un cuadro de constipación o de diarrea.

Por otro lado, negó que la *fellatio in ore* pueda ser entendida como acceso carnal en los términos del art. 119, tercer párrafo, del C.P. En tal sentido, con cita de Enrique Gavier, mencionó que de aceptarse que la boca es receptor apto para la realización del coito, *“implicaría también que debe aceptarse que puedan serlo las fosas nasales o los oídos, que son también orificios naturales de la persona o heridas abiertas en el cuerpo de la persona y que en ciertos casos pueden ser susceptibles de penetración parcial”*.

En orden a la aplicación de la figura de promoción a la corrupción de menores agravada por el uso de amenazas, señaló que la indefinición de la norma deja *“antojadizamente librada a la decisión del juez, la aplicación del tipo. Porque cada vez que se viera puesto a resolver en casos de abuso sexual que tuvieran como víctima -de uno o varios hechos- a menores de 18 años, podría o no aplicar el tipo, sin que mediaran otras circunstancias distintas de la minoría de edad del damnificado, la pluralidad y carácter homosexual de los hechos, datos que en sí mismos no son condición sine qua non de la corrupción”*.

A su vez, sindicó que *“de la multiplicidad de hechos, como dato aislado, tampoco puede derivarse válidamente la ‘corrupción’”* sin que influya en nada el carácter homosexual del hecho, pues no constituye una enfermedad.

Tildó de errónea la afirmación del tribunal, en cuanto bastaba para acreditar la corrupción, el conocimiento de la edad de los niños y la

aptitud corruptora de sus acciones, pues ello es de imposible comprobación fáctica, “[N]o sólo porque no es clara la definición de ‘corrupción’ sino también, porque los hechos de abuso sexual suelen tener como objetivo único el mero desahogo de la voluntad del autor”.

Por tanto, para la configuración de este tipo penal no puede bastar que el autor haya querido y conocido satisfacer sus instintos sexuales, sino que debe hacerlo respecto del entorpecimiento del normal desarrollo del niño.

También se agravó de la aplicación de la agravante prevista para esa figura, ya que, según entendió, el verbo “obligar” no satisface los requisitos del tipo “amenazas”, descritos en el art. 149 bis del C.P. Además, el niño N. no hizo alusión a la utilización de éstos, sino que señaló que cuando se realizó el hecho se encontraba durmiendo.

Como corolario de lo expuesto, planteó la inconstitucionalidad del art. 125 del código sustantivo, por considerar que afecta al principio de legalidad al no describir adecuadamente la conducta prohibida.

Así, explicó que esta figura no cumple con uno de los derivados del principio de legalidad, concretamente el de ley cierta, el cual pretende que “*el texto de la norma sea claro, preciso y determinado, de tal manera que cualquier persona pueda de allí extraer cuál es la conducta prohibida y consecuentemente actuar de acuerdo a derecho*”.

De esta manera, refirió el art. 125 del C.P. no cumple con los requisitos constitucionalmente necesarios, pues de su texto no puede extraerse cuál es la conducta prohibida.

En otro orden de ideas, señaló que “[s]i, como en el caso, se sostiene que la corrupción de menores no requiere ningún dolo específico, ni tampoco la reiteración, de forma tal que la realización de un acto sexual con penetración anal o sexo oral, con una persona del mismo sexo, siempre va a implicar un avance inaceptable en el desarrollo de la sexualidad y por



*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

*ende corrupción, se llega a la conclusión de una absoluta falta de concreción de cuál resulta ser la conducta punible, a tenor del art. 125 del Código Penal”.*

Así, señaló que la minoridad del niño está expresamente prevista en el tipo de abuso sexual con acceso carnal -en caso de menores de 13 años de edad-, y que también el acceso carnal puede ser tanto por vía anal u oral, se dará la doble incriminación que se adopta en el fallo al considerarse que, además, el hecho constituye una corrupción de menores.

Por ende, *“la descripción inapropiada del delito de corrupción sirve para aplicar, a voluntad del juzgador, este tipo penal, en conjunto con aquellos que afectan la libertad sexual, pero tal elección no aparece inocua, por cuanto como antes se dijo, por imperio del art. 54 del Código Penal debe utilizarse la escala penal superior, con perjuicio directo al justiciable”.*

Consecuentemente, planteó que por sí solos los hechos de abuso sexual tienen una conminación grave, máxime en los casos de reiteración por imperio del art. 55 del C.P., por lo cual entendió como innecesario acudir a la incriminación del delito de corrupción, el que aparece como superfluo.

A su vez, refirió que para establecer qué actos significan corrupción debe efectuarse *“una remisión expresa a las buenas costumbres, el modo adecuado de vida, la fe, el buen gusto, todo lo cual es alejado de una definición legal, aceptando que debe establecerse una diferencia entre las preferencias morales de las personas -amparadas por su ámbito de reserva según el art. 19 de la Constitución Nacional- y sus deberes legales”.*

Por último, hizo reserva de caso federal.

**IV.** Que en la oportunidad que otorgan los arts. 465 y 466 del código adjetivo el señor Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Juan Martín

Romero Victorica, solicitó que no se habilitara la instancia casatoria, pues el tribunal había contestado acabadamente idénticos planteos introducidos en el debate, dando fundamentos para rechazarlos.

Señaló que no se había visto afectado el principio de congruencia a través del alegato fiscal, como lo pretende la defensa, puesto que la acusación está constituida no sólo por el alegato formulado en la etapa de debate, sino también por el requerimiento de elevación a juicio, que establece los límites cognitivos del tribunal durante el debate, mientras que aquél completa la acusación en base a las pruebas colectadas durante la audiencia.

Igualmente, existió identidad de base fáctica en ambas ocasiones, *“no vislumbrándose de qué manera la asistencia letrada pudo verse afectada en el ejercicio del derecho de defensa, ya que tenía pleno conocimiento de los extremos de la acusación...”*.

También descartó que existiera arbitrariedad en la fundamentación de la sentencia, pues las probanzas fueron valoradas con sujeción a las reglas de la sana crítica racional, arribando a la conclusión de que los hechos sucedieron de la manera descrita por la acusación pública.

Por tanto, negó que existiera un estado de duda por la existencia de dos versiones contrapuestas, sino que la credibilidad de la declaración brindada por el niño N. se ve corroborada por los profesionales que intervinieron en la causa y por los informes médicos realizados respecto de los menores.

Rechazó así, que el relato del niño haya sido el único elemento sobre el cual se basó el juicio de reproche, aunque aclaró que por las características especiales de este tipo de delitos, ello tampoco resultaría óbice para arribar a una condena.

También descartó los agravios encarrilados por el inc. 1º del art. 456 del C.P.P.N., pues entendió que el encuadre típico efectuado por los

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

judicantes resultada ajustado a derecho, oponiéndose a su vez a la tacha de inconstitucionalidad de la figura del art. 125 del ordenamiento de fondo, con cita de precedentes del Máximo Tribunal.

V. Que, no habiendo comparecido las partes a la audiencia prevista por el art. 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano González Palazzo, Augusto M. Diez Ojeda y Gustavo M. Hornos.

**El señor juez Mariano González Palazzo dijo:**

I. Previo a expedirme sobre las cuestiones traídas a conocimiento del tribunal, resulta apropiado recordar como se fijó el hecho que originó la presente causa y el significado jurídico que se le ha otorgado a la prueba producida.

Han dicho los magistrados a cargo del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 5 que: *“[la imputación dirigida a Mansilla consiste en] haber abusado sexualmente de dos niños que contaban con 8 y 11 años de edad -J. D. N. y C. E. M.-, contra su voluntad y a través del ejercicio de violencia -bajo amenazas-.*

*Concretamente, a M. lo habría accedido carnalmente en al menos dos ocasiones, mientras que a N. una. Los dos fueron penetrados por el ano. Además, a los dos los habría obligado a realizarle sexo oral en más de una oportunidad.*

*Según el requerimiento de elevación -al que remitió el doctor González Warcalde en su alegato-, Mansilla también le habría introducido a N. uno de sus dedos en el ano.*

*Todos estos episodios además habrían revestido entidad suficiente como para desviar el recto sentido de la sexualidad en los dos niños.*

*Finalmente, a estar a la requisitoria, los abusos habrían sucedido desde comienzos del año 2007 hasta fines de mayo del mismo año, y habrían tenido lugar en inmediaciones del área ferroviaria de Retiro, y en la zona de la Costanera, ambas en esta ciudad.*

*Esta síntesis permite despejar de inicio dos cuestiones.*

*La primera, vinculada con la acusación, consiste en delimitar adecuadamente los hechos, excluyendo respecto del niño N. su sometimiento a través de sexo oral, ya que este tramo fáctico puntual no fue incluido ni en la indagatoria (fojas 49/50) ni en el pedido de elevación (fojas 399/403).*

*El respeto al principio de congruencia y a la defensa en juicio obligan entonces a suprimir del alegato del doctor González Warcalde esta imputación a Mansilla, que nunca estuvo contenida en las intimaciones previas...*

*...la prueba incorporada ha permitido reconstruir los hechos tal como lo propuso la fiscalía, con la salvedad que ya indiqué.*

*La primera evidencia que tomo en cuenta es la declaración prestada por una de las propias víctimas, el niño J. D. N., ante la licenciada Selva Magdalena Moretti, en los términos del art. 250 bis del Código Procesal Penal...*

*Con las limitaciones propias de su edad, del entorno social y cultural en el que se halla inmerso, y de la experiencia misma que le tocó atravesar, en su relato pueden detectarse con claridad y precisión los distintos episodios abusivos que padecieron tanto él como el otro niño C. M., a manos del imputado Mansilla.*

*Su narración es precisa en las distintas maniobras que desplegó el causante: a él le metió el dedo en la cola y lo violó; a C. lo accedió carnalmente más de una vez y lo obligó también más de una vez a que le hiciera sexo oral.*

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

*También mencionó los sitios donde estaban en las diferentes ocasiones: en la estación de trenes de Retiro sucedieron los abusos en contra suyo y de C.; en otra estación cuyo nombre no recordó, donde pasaba un tren eléctrico, debajo del andén -debajo del lugar “donde pasa la gente”, “donde hay un canal con piedras”, como dijo el niño-, tuvieron lugar los episodios de fellatio in ore.*

*...estas referencias satisfacen más que acabadamente la exigencia defensiva en este aspecto. Máxime cuando estamos ante una víctima que por su edad, por su conocimiento de los lugares, o por sus limitaciones en la expresión, no puede dar una indicación de semejante exactitud, que por otra parte no es esencial para controvertir los hechos ni indispensable para reconstruirlos en sus aspectos decisivos...*

*A su vez, la veracidad y sinceridad del testimonio de J. N. fue avalada por la profesional a cargo de la encuesta, licenciada Moretto.*

*Presente ya en el juicio después del interrogatorio al niño, la experta comenzó remarcando las dificultades que existieron desde un primer momento para lograr que J. N. accediera a la entrevista [...] su mala predisposición se vio acentuada por su situación de calle, ya que para los chicos que se encuentran en esa condición, es muy delicado y hasta humillante hablar sobre cuestiones que tocan su virilidad.*

*Aclaró que por esa razón tuvo que efectuarle muchas preguntas, y que si bien resulta mucho más propicio cuando declaran espontáneamente sin riesgo de inducción, cuando están mal dispuestos no queda otra alternativa más que intensificar el interrogatorio...*

*...afirmó que el relato del niño es verosímil: a su entender, narró situaciones de abuso que lo victimizaron a él y a C. M..*

*Dijo que muestra de ello era que repetidamente intentaba no quedar desnudo mostrando lo que había pasado, pero asignándose al otro niño que, como dijo N. en un momento de la entrevista, “pobrecito, él murió”; recién después lo admitía por él, primero diciendo apenas “sí,*

*casi” a la pregunta de si Mansilla también le había hecho a él lo mismo, para terminar admitiendo lisa y llanamente “sí”.*

*Puntualizó que N. concretamente habló de sexo anal: que Mansilla le puso el dedo y le puso el pene en la cola, aunque advirtió que a su entender reconoció menos de lo que le había pasado y que trató de salir lo mejor parado desde su dignidad personal. Por eso, al hablar de esas situaciones de abuso, escapaba con que estaba durmiendo o que no se había dado cuenta...*

*No halló elementos que surgieran una co-construcción o un incremento de la imaginación. Sí resultó muy dificultoso que pudiera ir admitiendo lo que había padecido, de hecho promediando la entrevista tuvo la impresión de que no quería reconocerlo por la humillación que implicaba...*

*remarcó un indicio que se aprecia en los chicos que han sido abusados, que es el sentimiento de culpa que pudo notar en distintos tramos del interrogatorio cuando N. insistía en que “yo no quise”, “él nos obligó”, “yo me quise escapar”, como una necesidad de justificarse, al tener sentimientos de estar involucrados activamente y creer ellos también son responsables por el abuso...*

*...la observación directa de la entrevista permite constatar varias de estas circunstancias relevadas por la profesional.*

*Por ejemplo, es notable la evolución del relato del niño sobre su propio abuso. Comenzó con una tibia referencia a que Mansilla simplemente le había tocado las piernas, señalándose las pantorrillas; después avanzó un poco y se señaló en sus mismas piernas pero más arriba, en los muslos; más adelante admitió que Mansilla lo quiso violar, hasta que luego terminó diciendo que a él también “se lo empomó” como a C., aunque rápidamente aclaró pero que casi no se dio cuenta porque cuando pasó estaba durmiendo...*

*La versión acercada por N. encuentra a su vez otra corrobora-*

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

*ción más en los dictámenes médicos elaborados por los forenses respecto de los dos niños.*

*En relación con J. N. [...] se constató un ‘desgarro cutáneo-mucoso en hora 5’, que reviste ‘características antiguas’, esto es que ‘ha completado su cicatrización... entre los 10 a 15 días de su génesis’, del que ‘no puede inferirse la data exacta de su producción’, y que ‘tiene como probable mecanismo determinante el pasaje de un elemento duro o semiduro’...*

*Con respecto a C. M. M. [...] se detectaron ‘[m]árgenes anales: al corte hemorragia intensa en la unión epidérmica. Mucosa con desgarro a nivel de la línea pectinea en toda su extensión’...*

*En base a ello, otro examen forense concluyó que se ‘...ha comprobado lesiones compatibles con presuntos actos sexuales a nivel de la región ano-rectal’...”*

Luego de transcribir las sólidas probanzas que sustentan el decisorio, el tribunal expuso, en respuesta a los planteos de la defensa -de similar contenido a aquellos que ahora nos convocan-, que “*Ciertamente un informe forense sobre lesiones anales consecuencia del pasaje de un elemento duro o semiduro, por sí solo constituiría un elemento insuficiente -y en principio equívoco- como para concluir en la existencia de un abuso sexual con acceso carnal.*

*Pero cuando ese informe es acompañado de otro, realizado sobre la otra persona que coincidentemente habría sido acompañada por la víctima como objeto de un ataque de la misma naturaleza, que verifica lesiones similares y que -avanzado un poco más- establece que su mecanismo de producción es compatible con un abuso sexual; y cuando ambas evidencias a su vez se anexan al relato de un niño que cuenta esas experiencias vividas por él y por el otro niño, en un relato supervisado por una experta que lo tildó de verosímil, queda entonces claro que aquella*

*pretendida vaguedad se ve superada por el razonable corolario que es dable extraer de todas las probanzas analizadas en conjunto: se ha denunciado un abuso sexual, y se han encontrado rastros físicos de un abuso sexual...*

*A este firme escenario cargoso, edificado sobre el testimonio de N., el informe de la perito Moretto y los exámenes médicos realizados sobre los dos niños damnificados, se le suman las declaraciones de los policías José Luis Magnasciutti Ferraz y Rodolfo Hipólito Eliseo Vidal...*

*Si bien su memoria no fue muy precisa, recordó que ese día se le presentó en la calle una persona que reclamaba a los niños invocando cierto grado de relación o parentesco con ellos, y que al mismo tiempo había otras personas que se negaban a entregarlos porque los estaban acobijando.*

*Puntualizó que la situación era confusa, y que alguien le gritaba al pretendido pariente de los niños ‘yo te conozco, vos sos un violín con los chicos’, aludiendo a que abusa sexualmente de niños, pero no recordó que específicamente le imputara algo así a él respecto de los dos chicos involucrados en la discusión...*

*El comisario Vidal... comentó que efectivamente ese día personal de la Comisaría 46ª llevó a los niños a la dependencia a su cargo, en principio por una situación propia de protección de personas.*

*Sin embargo, cuando comenzaron a realizarle las preguntas tendientes a establecer su identidad y su filiación, los chicos hicieron mención a que no querían ser entregados a la persona que los reclamaba, diciendo ‘no quiero ir con esa persona porque me toca la cola’ o algo así, dando a entender que los abusaba sexualmente...*

*El testimonio de la madre de N., Karina Verónica Nieva, confirmó también ciertos aspectos de la declaración de su hijo.*

*Ante todo, corroboró la ausencia de alguna vinculación previa con Mansilla, incluso por parte de ella misma. Además señaló que desde hacía bastante tiempo -unos tres meses- que su hijo J. se había escapado de su casa; que lo encontró en esta ciudad gracias a que un niño en Retiro*



*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

*le había comentado que lo habían llevado a la comisaría con otros chicos y un señor que, según le dijo aquel niño, 'viola chicos'; que efectivamente lo ubicó en la dependencia policial, sucio y golpeado; y que además, según se enteró, la persona que estaba detenida los usaba, a él y a otros niños- para pedir dinero, vender tarjetitas y conseguir monedas, y que si no lo hacían les pegaba.*

*Su hijo también le comentó que Mansilla los hacía dormir debajo de un puente, y que cuando estaban dormidos los tocaba, aunque no le dijo nada vinculado con un abuso sexual.*

*Sobre este punto, es comprensible que el niño no le hubiera contado nada a su madre acerca de los episodios que había vivido. Por un lado, por la actitud que ya hemos visto y se ha descrito, que J. N. asumió -o que pudo asumir- a partir de los hechos, adoptando como mecanismo de defensa constante el encerrarse en una negativa, o directamente escapándose.*

*Por otra parte, no olvidemos que a todo esto justamente el niño se había fugado de su casa, y que no era con su familia donde parecía encontrar un ámbito de contención que lo incentivara a comentar experiencias de ese calibre...*

*Por otro lado, la actitud asumida por Mansilla ese día también robustece la incriminación.*

*Contrariamente a lo que dijo, efectivamente pretendió hacerse pasar por el padrastro de los niños para evitar la intervención policial y poder llevárselos... ”.*

II.- Advertida la multiplicidad de agravios introducidos habré de desdoblar su tratamiento. De tal manera, primero abordaré aquellos que, de alguna manera, se vinculan con el plexo probatorio, para luego introducirme en los que repercuten o se conectan con el supuesto yerro en la aplicación de la ley sustantiva -principio de congruencia y subsunción

legal-.

II. a) De la falta de fundamentación de la sentencia impugnada.  
Arbitrariedad. Sana crítica. In dubio pro reo.-

Corresponde así que analice si los fundamentos expresados por los sentenciantes para condenar a Mansilla lucen suficientemente motivados y ajustados a las reglas de la sana crítica racional (art. 398 del CPPN), y no carentes de fundamentos o incursos en contradicciones (art. 404, inc. 2, CPPN).

Ya he señalado la plataforma fáctica tenida por cierta por los judicantes, la cual, según se colige tanto de los fundamentos de la sentencia (fs. 548/567) como de las actas de debate (fs. 468/474, 496/497, 503/505 y 516/530 vta.), encuentra particular sustento en los dichos vertidos por el menor N. -en el marco de la audiencia prevista por el art. 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación-, el testimonio de la Lic. Selva Moretto, los peritajes realizados por el Cuerpo Médico Forense sobre el niño mencionado y C. E. M. -quien falleció en un accidente en las vías ferroviarias-, los dichos de la madre de N. -Karina Verónica Nieva- y de los preventores que intervinieron en el inicio de las actuaciones.

Para arribar a la conclusión incriminatoria, el tribunal *a quo* tuvo en cuenta, especialmente, las declaraciones del menor, quien pese a las limitaciones propias de la edad y del entorno social al que pertenece- dio cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron los actos abusivos.

Así, según surge de la sentencia el niño indicó que *“Mansilla vendía tarjetitas en el tren y cuando lo conocimos vendía tarjetitas y nos sacaba la plata porque no quería que tengamos ninguna plata. Entonces a la noche yo me dormía y yo sentía que me tocaba por acá (señalándose la pierna) y me bajaba los pantalones (ininteligible) y coso [...] Yo le conté todo a la policía [...] [dormía] en una estación [...] de Retiro [...] en José C. Paz [...] en los trenes, en todos lados [...] me tocaba las piernas y todo por acá [...] al que se murió C., lo violó, le hizo de todo a él, lo manoseó. Le hizo más que yo lo que me hizo [...] Por eso un día lo denuncié, por eso.*

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

*Porque no me gustaba lo que me hizo [...] se estaba sacando los pantalones [...] le pegué un codazo y salí corriendo [...] me escapé, me quise venir para mi casa y me agarró del brazo y me llevó [...] no me dejaba que yo venga a mi casa, que si yo venía a mi casa ,me cagaba a palos y todo [...] me estaba manoseando... ”.*

Continuó su relato afirmando que cuando estaba durmiendo sintió que lo tocaba y *“lo quería violar a C. y lo violó [...] se bajó los pantalones y coso [...] se lo puso, se lo empomó”*. Luego, la profesional le preguntó si a él le había hecho algo así, ante lo que respondió que *“una vez nomás, porque estaba durmiendo”*. Aclaró que a C. *“se lo hizo”* dos o tres veces, pero a él una sola, refiriendo *“me dolió y después le pegué un codazo y salí corriendo”*.

Seguidamente, fue preguntado acerca de si Mansilla les pidió que le hicieran sexo oral, a lo que asintió con su cabeza, aclarando que no querían hacerlo pero aquél los obligó y que eso pasó *“un par de veces”*. También indicó que a ambos les puso el dedo en la cola, y *“el pito en la cola”*.

Ahora bien, los agravios de la defensa reposan en que la sentencia se basó fundamentalmente en los dichos del niño N., a los cuales se les confirió credibilidad en razón de la opinión conferida por la profesional entrevistante, pese a que no pudieron ser controlados por esa parte. También cuestionó el rol y valor que se otorgó a aquella opinión, pues, a su criterio, sólo podía actuar como intérprete o traductora de lo que decía el menor, pero de ninguna manera como perito, exponiendo opiniones en punto a sus dichos.

En primer lugar, para resolver el tema que nos ocupa debo erigir como norte que la incorporación en el proceso penal del testimonio del menor obedece a un principio fundamental de raigambre constitucional, este es, el *“interés superior del niño”*. De esta forma, la doctrina sostiene que

*“...sólo se garantiza la tutela judicial efectiva del niño víctima en el proceso, o bien su real acceso a la justicia, cuando se admite que pueda expresar libremente su opinión en todos los asuntos que lo afectan, extremo que tan sólo se verifica cuando se le da la oportunidad de ser escuchado. Y sólo se lo escucha en los términos prescriptos por el Bloque de Constitucionalidad Federal, cuando su versión se recibe en forma adecuada, es decir con la intervención exclusiva y excluyente de especialistas de la salud mental en niños y adolescentes” (González Da Silva, Gabriel; “Derecho del niño víctima a ser oído en el proceso criminal. Su reglamentación en el Código Procesal Penal de la Nación”, DJ 2005-I-254).*

Efectuada tal aclaración, corresponde destacar que más allá de la posibilidad de que la entrevista prevista por el art. 250 bis del C.P.P.N. sea considerada o no un peritaje, y por lo tanto deba regirse por las disposiciones rituales que regulan esas medidas -tópico sobre el cual me expediré más adelante-, advierto que los dichos del niño resultan más que contundentes y evidencian que a todas luces ha existido por parte de Mansilla un accionar vulnerante de la integridad sexual de los infantes N. y M..

Nótese que el menor fue claro en cuanto a que Mansilla les realizó tocamientos en sus cuerpos, les obligó a realizarle sexo oral y los accedió carnalmente, al deponente en una ocasión y a C. en dos o tres.

La fuerza convictiva de sus dichos no requiere demasiado análisis. Es que la corta edad del niño impide sostener que hubiese tenido conocimiento de sucesos de la índole del que nos ocupa, pues su relato contiene pasajes de hechos de evidente tinte sexual que el menor exteriorizó con palabras acordes a su edad, por el lógico y palmario desconocimiento en el tema. Así debe descartarse cualquier atisbo de fabulación en el infante, pues no sólo aportó sendos detalles fácticos, sino que sólo podría haber inventado algo basándose en lo que sabe y conoce.

Sin perjuicio de ello, tampoco encuentro un obstáculo en considerar -como lo hicieron los judicantes- las conclusiones efectuadas por la Lic. Moretto como resultado de la entrevista desarrollada con el menor.

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

Es que el propio ordenamiento adjetivo prescribe en el apartado c) del art. 250 bis, que “...*el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriban*”.

Respecto de la naturaleza de la entrevista contemplada por la norma de mención, ya he tenido oportunidad de referir que “*estos informes [...] no revisten calidad de peritaje y, en consecuencia, no resulta aplicable la normativa que regula estrictamente para la prueba de peritos...*” (C.N.C.C.; Sala IV; causa 27.777, “Ruíz Díaz, Santos Isabelino s/ abuso sexual”, rta. el 25/10/05).

Es que “*no puede perderse de vista que los artículos 250 bis y 250 ter fueron incorporados al Código Procesal Penal, en el capítulo atinente a los testigos y no al vinculado a los peritos, con la finalidad de resguardar la salud física y mental de la víctima, evitando la interrogación directa del tribunal o las partes, en los casos de menores, que pudieran haber sufrido hechos que importen lesiones y delitos contra la integridad sexual, para hacerlo a través de facultativos especializados...*” (C.N.C.C., Sala V, c. 35.455, “Corsi, Jorge s/ procesamiento”, rta. el 7/8/2008, voto del Dr. Rodolfo Pociello Argerich).

Por ello mismo, al no revestir los informes contemplados en la disposición legal la calidad de peritaje, no les son aplicables las previsiones procesales relativas a la prueba pericial, y, entonces, “*la intervención del imputado o la notificación a la defensa de la realización de tales informes, aunque resulta aconsejable, no resulta exigible ni su omisión produce nulidad alguna. Ello, sin perjuicio de la crítica que la defensa pueda realizar en torno al informe producido y en su caso, la introducción de las inquietudes que eventualmente le generasen, siempre dentro del marco de la disposición contenida en el artículo 250 bis de forma*” (confr. voto citado en la causa “Corsi”).

Así, se desvanece el planteo de la defensa acerca de que la falta

de control de la medida causaría su nulidad, máxime cuando esta ha sido reproducida en la etapa de debate, con la intervención de todas las partes -incluida obviamente la defensa- conforme se desprende de fs. 489, y ésta ha sido tenido en cuenta por el tribunal para arribar al temperamento de condena.

De esta forma, si bien -como lo arguye el recurrente- el experto no actúa como perito, lo cierto es que la propia normativa lo compele a brindar un informe con las conclusiones pertinentes del acto, el cual pese a carecer de las características de una experticia de aquella índole, posee fuerza convictiva como cualquier medio probatorio producido válidamente, máxime al ser realizado por un especialista en niños y adolescentes como lo contempla expresamente el art. 250 bis del C.P.P.N.

En punto a los argumentos de la defensa respecto a que el testimonio del niño no siempre resulta veraz, sino que debe contrarrestarse con una tendencia a afirmar lo contrario, debo aclarar que disiento con esa tesitura.

Pues, tal como lo señala el recurrente, ello se condice con la tesitura iniciada por el psiquiatra Richard A. Gardner, que responde al nombre de “Síndrome de Alienación Parental”, luego “receptada” de alguna manera por Eduardo Cárdenas en su obra “El abuso de la denuncia de abuso” (LL, 15/9/00), la cual mayormente se dirige a cuestionar los testimonios infantiles en casos de conflictos parentales, en los que uno de los padres influye directamente al niño para que deponga en contra del otro. Empero, no sólo que esta teoría se aplica principalmente para este tipo de conflictos intrafamiliares, sino que debe ser contrarrestada con otra corriente más tradicional denominada por aquéllos como “versión canónica”, pues, según arguyen, “sacraliza” el testimonio infantil.

De esta forma, los operadores judiciales debemos tener sumo cuidado en enrolarnos en cualquiera de estas dos corrientes, porque so riesgo de sobreestimar los dichos del niño podemos desoír episodios sumamente traumáticos de carácter abusivo que dejen marcas de por vida en la psiquis del menor.

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

Ahora bien, cabe destacar que *“El indicador psicológico más específico de abuso sexual es el relato del niño. Debido a ello es que mucho se ha discutido sobre la credibilidad de los mismos. Ya en 1982, Goodwin y colaboradores llegaron a la conclusión de que sólo el 4 % de los testimonios de niños que estaban siendo tratados por abuso sexual era falso. Jones y Mc Graw, en 1987, admiten que las falsas acusaciones ocurren en determinados contextos tales como los juicios de divorcio y de tenencia controvertidos y señalan que, en la muestra estudiada, registraron un 8 % de falsos alegatos: en el 6 % de los casos las denuncias habían sido realizadas por adultos, mientras que sólo el 2 % de los relatos obtenidos directamente de los niños revestía estas características...”* (Intebi, Irene; *Indicadores psicológicos del abuso sexual infantil*; “*Revista de la Sociedad Argentina de Ginecología Infanto Juvenil*”; Vol. 3, N° 3, p. 17).

Por ello, la autora remarca distintos tópicos que hacen creíble al testimonio infantil, a saber: *“La presencia de diferentes episodios que refieren a diversos grados de intimidad, reflejando una secuencia de complejización del estilo abusivo a través del tiempo: en la medida que el abusador confirma que la niña [o el niño] mantiene el secreto, se va atreviendo cada vez a mayores avances ante el silencio de la víctima; Detalles específicos sobre el momento en el que ocurrían estos hechos, en qué lugar, qué otras personas estaban allí, dónde estaban los adultos que podrían haber evitado los hechos; El empleo de denominaciones muy personales para nombrar los genitales o los actos involucrados en el abuso [...]; la existencia de amenazas para que los niños mantengan el secreto; El clima emocional sumamente intenso en el que se produce el relato, por lo general el niño evita el tema, habla de manera entrecortada, se distrae fácilmente, se muestra muy ansioso o angustiado, en estado hiperalerta y con actitudes de marcada desconfianza...”* (Intebi, Irene, ob. cit., p. 18).

Como podrá advertirse, varios han sido los intentos por

minimizar la credibilidad del testimonio infantil. Así, en Estados Unidos comenzó a desarrollarse el “Síndrome de la Falsa Memoria”, basado en modelos tomados de la psicología cognitiva y de las investigaciones sobre la estructuración de la memoria -“La personalidad de l’abuseur sexuel” de Van Gijsegheem-, mediante el cual se minimiza la dimensión y realidad de los abusos sexuales, reactivándose la añeja teoría de la fabulación y fantasía, que coadyuvan a acusar a las víctimas y mantener la impunidad de los adultos. De esta forma, *“...el gran despliegue de investigaciones destinadas a encontrar métodos para descubrir, a través del análisis del contenido de relatos de los niños, las ‘falsas alegaciones’, es una nueva demostración de la desconfianza de nuestro mundo adultista hacia las capacidades del niño de decir la verdad”* (Barudy Labrin, Jorge; “El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil”, Paidós, p. 167/168).

Por ello, también es sumamente importante tener en cuenta las etapas evolutivas que ya hace tiempo han sido remarcadas por el psiquiatra infantil e investigador norteamericano Roland Summit, quien señaló que los niños abusados pasaban por cinco etapas diferentes, conformantes del Síndrome de Acomodación al Abuso Sexual, a saber, secretismo; indefensión, atrapamiento y acomodación; revelaciones retrasadas y escasamente convincentes y, por último, retractación posterior al abuso revelado (confr. C. Recondo Figuero y M. R. Ortiz Otero; “El abuso sexual infantil”; Boletín de la Sociedad de Pediatría de Asturias, Cantabria, Castilla y León; 2005, 45, p. 6).

Respecto de la última etapa, Summit apunta que *“Esa sencilla mentira [la retractación] resulta mucho más creíble que las denuncias explícitas de acercamientos incestuosos. Confirma las expectativas adultas de que las niñas [o niños] no son de fiar. Restablece el precario equilibrio familiar. Las niñas aprenden a no quejarse. Los adultos, a no escuchar. Y las autoridades, a no creer en las jóvenes rebeldes que utilizan su poder sexual para destruir a los padres bien intencionados”* (“Comentarios sobre el Síndrome de Acomodación al Abuso Sexual Infantil descrito por el Dr.



*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

Roland C. Summit” en Temas de Maltrato Infantil, Familias del Nuevo Siglo, Año I, Número I, 1997).

A su vez, se brindan ciertas pautas que evidencian que el niño examinado puede ser víctima de una situación abusiva. Así, se remarca que *“En ocasiones el niño manifiesta a un adulto, progenitor u otro adulto de confianza, que ha tenido experiencias incómodas (tocamiento de genitales). A veces las revelaciones son vagas [...] Otras veces el niño lo manifiesta de una manera indirecta por carecer del vocabulario adecuado [...] Pero los niños tienen miedo a revelarlo por las amenazas que han recibido [...] o le ha convencido para que no lo diga [...] Otros niños presentan una sintomatología de trastornos del comportamiento inespecíficos consistentes en cualquier cambio brusco de conducta, como miedos, fobias, temor a dormir solo, terrores nocturnos, comportamiento agresivo, fugas, tendencia suicida...”* (C. Recondo Figuero y M. R. Ortiz Otero, ob. cit., p. 7).

Ahora bien, siguiendo con la línea probatoria tenida en cuenta por el tribunal, cabe resaltar que al momento de declarar en el debate, la Lic. Moretto expidió el informe correspondiente al apartado c) del art. 250 bis del C.P.P.N., brindando las siguientes consideraciones: *“ese niño estaba bastante enojado, no se quería quedar, se quería ir. Pero me pareció que a pesar de su estado de ánimo de bastante mala predisposición para la entrevista, fue cambiando en el curso de la entrevista. Digo esto porque [...] hubo que hacerle muchas preguntas [...] La mala disposición de J. obedece a muchas situaciones, pero si bien para cualquier chico es incómodo hablar de esto, los chicos de la clases pobres el tema de la virilidad es un tema muy delicado y lo ven como una humillación. Hice muchas entrevistas con chicos en situación de calle, les cuesta muchísimo admitir el abuso porque es como una vulnerabilidad más de su situación que ya es de por sí desfavorable en muchos sentidos [...] tiene que ver el*

*tema de las imprecisiones y vaguedad con su deseo de evadirse de la situación, pero por otro lado tiene que ver con una pobreza estructural del lenguaje [...] a mí me parece que lo relata J. es verosímil”.*

*Continuó explicando que el niño “Evidenciaba su intento por no quedar desnudo de lo que le había pasado. Además de lo que él concretamente dijo que le hizo hacer sexo oral, dijo que le puso el pene, reconoció todo, mi idea es que reconoció menos de lo que le pasó. Como que trató de salir lo mejor parado posible de la situación, hablando con un lenguaje simple. Eso desde su dignidad personal, como que trató de escaparse, pero lo retuvo, que estaba durmiendo entonces no se dio cuenta en el momento de la violación. Él trata de quedar lo menos humillado posible. Después las situaciones que detalla medio imprecisamente en cuanto a lugares, pero ,e da la sensación por desconocimiento de los lugares”.*

*A su vez, aclaró que no advirtió indicadores que adviertan una construcción idealizada, sino que por el contrario medía el incremento de la imaginación. También resaltó que observó de su parte sentimientos de culpa pues aclaraba “yo no quise, él nos obligó, yo trataba de que no, me quería escapar”, explicando que “esos son sentimientos que manifiestan los chicos abusados, tienen sentimientos de estar involucrados como si fueran los culpables”.*

*Por su parte, Karina Verónica Nieva -madre de J. D. N.- refirió que su hijo no le brindó muchos detalles de lo sucedido con el imputado, aclarando que el día que fue a buscarlo a la comisaría “estaba con temor y con miedo porque seguramente con esta persona pasó algo” y que lo vio muy mal “como que no quería contar”. Asimismo, indicó que “Esta persona detenida [Mansilla] le dijo que me conocía y que había sido mi pareja y mi hijo sabía que no era así, que no le había creído [...] lo hacía arriesgar en muchas cosas, para que se baje y se suba en los trenes andando, lo hacía que vayan a comprar tarjetitas para que vendan en el tren, como que los manejaba [...] lo hacía dormir bajo el puente Scalabrini Ortiz y en la noche cuando estaban dormidos sentían que alguien los*

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

*tocaba y que él les decía a los chicos que se quedaran quietos que los estaba tapando [...] Lo único que me dijo a mí es lo que pasaba en las noches, nada más que eso, que los tocaban en las piernas, ellos sentían que los tocaban en las piernas, las manos, la cara [...] no me dijo que le tocara el pito o la cola; ni que lo obligó a que él se lo tocara...”.*

El Comisario Rodolfo Hipólito Eliseo Vidal, a cargo de la División Belgrano de la P.F.A., aclaró que si bien no recordaba muchos detalles del hecho, ese día *“uno de los chicos espontáneamente hizo conocer de posibles abusos sexuales porque había una persona del sexo masculino que no acreditaba vínculo y que los quería retirar y en ese momento los chicos hicieron mención que no querían ser entregados a esa persona por abuso sexual [...] los chicos me dijeron que no reconocían como su padre a la persona que estaba en la comisaría y que los reclamaba [...] decían por ejemplo ‘no quiero ir con esa persona porque me toca la cola’ o algo así”.*

El tribunal también incorporó por lectura el acta de fs. 1 suscripta por el testigo, en la cual se consignó que los menores manifestaron *“por favor, no nos dejen con Martín, porque el primero nos mete el dedo en la cola obligándonos a hacer poses de las películas patitas para arriba, nos hace besarle el pito y después nos mete el pito en al cola”.*

Asimismo, fueron incorporados los informes realizados por el Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional sobre los niños N. y M.. Así, a fs. 316/319 los galenos examinaron las constancias del expediente y los resultados de la autopsia realizada sobre el cuerpo del nombrado en último término, y concluyeron que *“en base a los datos obtenidos a través del examen histopatológico, la especialista en anatomía patológica ha comprobado lesiones compatibles con presuntos actos sexuales a nivel de la región ano-rectal”.* En aquél informe (fs. 292/293) se constató *“márgenes anales: al corte hemorragia intensa en la unión epidérmica.*

*Mucosa con desgarro a nivel de la línea pectinea en toda su extensión. Hora 9: área sobreelevada de 0.3 cm. [...] Pared ano rectal con marcada ectasia de los vanos venosos del corion. Foco de hemorragia subyacente con desgarro [...] edema de corion en un corte”.*

A fs. 327/329 obra el informe labrado respecto del niño N., en el que se consignó que *“a nivel anal, presenta: disposición infundibular del ano. Esta disposición anatómica es considerada en la actualidad como una variante normal del tipo constitucional; desgarro mucoso en hora 5. Reviste características antiguas, vale decir ha completado su cicatrización que habitualmente ocurre entre los 10 a 15 días de su génesis [...] El mismo tiene como probable mecanismo determinante el pasaje de un elemento duro o semiduro; El color eritematoso (rojo) del margen anal es considerado de valor inespecífico en el contexto global del estudio del abuso debido a que en su génesis intervienen múltiples causas, siendo entre ellas una de las más frecuentes, el déficit de higiene local”.*

Así las cosas, es de señalar que si bien esta Cámara tiene facultades amplias de control sobre los elementos de prueba así como para revisar la determinación de los hechos, según la doctrina del Alto Tribunal establecida en el precedente “Casal” (Fallos: 328: 3399), sentencia del 20 de septiembre de 2005, tal atribución tiene un límite natural a partir de la adopción del sistema de la oralidad. Por ello, no es cuestionable la impresión que causó el testimonio del menor N. recibido en la entrevista del art. 250 bis del C.P.P.N., como tampoco lo es que hayan dado mayor valor probatorio al resto de los contundentes y coincidentes elementos de cargo.

De esta forma, en lo que atañe a estas actuaciones, examinada la sentencia de condena, se advierte que su razonamiento, ajustado a las constancias de la causa, no presenta vicios de logicidad ni violación a las pautas de la sana crítica.

Es por ello que, examinada la sentencia en su conjunto, no se desprende arbitrariedad ni contradicción sino que la protesta traduce una disconformidad con la decisión adoptada, la cual se tomó a partir de la valoración y armonización de los testimonios oídos en juicio y los

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

dictámenes de los profesionales actuantes.

Sobre este proceder del juez es útil memorar las palabras de Karl Joseph Anton Mittermaier respecto a que *“el talento investigador del magistrado debe saber hallar una mina fecunda para el descubrimiento de la verdad en el raciocinio, apoyando en la experiencia, y en los procedimientos que forma para el examen de los hechos y de las circunstancias que se encadenan y acompañan al delito”* y que *“todas estas circunstancias sirven de punto de partida al juez; la marcha ordinaria de los acontecimientos humanos le proporciona analogías, y por vía de inducción concluye de los hechos conocidos a otros necesariamente constitutivos de la acriminación”* (“Tratado de la prueba en materia criminal”, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pág. 359).

Sobre el método de valoración de prueba es dable recordar que *“en el sistema de la libre convicción, la declaración de certeza sobre la participación del imputado puede basarse no sólo en pruebas directas, sino también en elementos de convicción indirectos, entre los que se destacan los indicios. Pero, para que la prueba indiciaria conduzca a una conclusión cierta de participación, críticamente analizada, debe permitir al juzgador que, partiendo de la suma de indicios introducidos al debate, supere las meras presunciones que en ellos puedan fundarse y arribe a un juicio de certeza legitimado por el método crítico seguido”* (confr. Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal y Correccional, 27-VI-976, “Manavella, René Miguel, publicada en SJ, Tomo XXVI, Comercio y Justicia editores, pág. LIV).

En punto a la pretendida vulneración del principio de razón suficiente, debo aclarar que se trata de una premisa dirigida a que la decisión del judicante tenga su basamento en suficientes elementos probatorios que lleven a la certeza de su conclusión y no, que responda a una fundamentación tan solo aparente o alejada de las constancias de la

causa.

Por ello, debido a las consideraciones vertidas *ut supra* respecto de los resultados de los testimonios y experticias realizados en autos, aunados al cúmulo de probanzas que analizara anteriormente, tampoco haré lugar al presente agravio, pues no se dan los requisitos ineludibles para que prospere el planteo de violación tal principio.

Resta que me expida sobre las afirmaciones de la defensa acerca de que en autos se ha sembrado un margen de duda respecto de la materialidad del hecho estudiado, que no fue interpretado a su favor pese a lo dispuesto por el art. 3 del ordenamiento ritual.

Ahora bien, ante un nuevo examen de la cuestión debatida y del conjunto de probanzas, tampoco advierto que se haya vulnerado el estado de inocencia que gozaba el encausado el momento en que los jueces *a quo* valoraron el cuadro incriminante que pesaba en su contra, sino que, por el contrario, no ha quedado ninguna duda que debiera ser resulta por imperio del principio rector de *favor rei*.

Ya he procedido a un pormenorizado estudio de las probanzas reunidas en el sumario, y desde esta perspectiva puedo afirmar que existe en autos el grado de certeza apodíctica que se requiere para dictar un pronunciamiento penal condenatorio. No encontrará recepción de mi parte el argumento de la defensa en punto a que no se probó que Mansilla haya realizado conductas abusivas sobre los niños, ya que las lesiones halladas en la zona ano-rectal de los menores pueden haber obedecido a una precaria higiene en la zona por encontrarse en situación de calle, o por hallarse en un cuadro de constipación o diarrea, pues se advierte que tal posibilidad resulta completamente infundada. Nótese que en ambos niños fueron encontrados desgarros en esa región, y los peritos sólo atribuyeron a la falta de higiene el color rojizo del margen anal de N., mas de manera alguna las lesiones referidas.

Es que tal como lo indicó el tribunal, no pueden tomarse estos informes como un dato aislado del resto del plexo probatorio, sino que, por el contrario, al ponderárselos en conjunto con éste se desprende a todas

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

luces que resultan confirmatorios de los relatos mencionados, y ese es el justo valor que debe atribuirse a estos indicios que objetivamente echan completamente por tierra las explicaciones otorgadas por la defensa, y despejan cualquier estado de duda o incertidumbre que deba ser resuelto en favor del imputado. Por ello, el presente agravio tampoco tendrá favorable acogida.

II. b) De la nulidad impetrada por violación al principio de congruencia.

La defensa arguye que a través del pronunciamiento condenatorio se vulneró el principio de congruencia, pues se emitió condena por hechos que fueron materia de acusación fiscal.

A fin de dilucidar tal extremo, corresponde recordar que el mencionado Mansilla fue indagado a fs. 49/50 vta. por *“haber accedido carnalmente, en reiteradas oportunidades, mediante violencia y amenazas, a los menores J. D. N., de diez años de edad, y C. E. M., de once años de edad, obligando a quien no era parte del acto a que lo presencie y observe, para luego hacer lo propio con el restante. También, se le atribuye haber abusado sexualmente de ambos menores mediante violencia y amenazas, al introducirle al primero de ellos -J. D. N.- uno de sus dedos en el ano y al otro -C. E. M.- se pene erecto en la boca, obligándolo a que le practique una fellatio in ore [...] mediante violencia e intimidaciones que consistían en amenazarlos con golpearlos si gritaban, hacerlos colocar en diferentes posiciones -de patitas para arriba (sic)- y accederlos carnalmente...”*.

Estos hechos fueron mantenidos incólumes en el auto de procesamiento de fs. 342/347 vta., y se calificaron como *“corrupción de menores agravado por haber mediado amenazas reiterado en dos oportunidades”*.

Por su parte, en el requerimiento fiscal de elevación a juicio se le atribuyó *“haber abusado sexualmente con acceso carnal y mediando*

violencia y amenazas y en reiteradas ocasiones a los menores J. D. N. (de 8 años de edad) y C. E. M. (de 11 años de edad, hoy fallecido) [...] Para ello, el imputado, mediante amenazas y golpes, obligaba a los menores a ser sometidos sexualmente siendo que, mientras lo hacía con uno, obligaba al otro a mirar la escena. En lo atinente a N., el encartado introdujo uno de sus dedos en el ano del menor para luego penetrarlo con su pene; en el caso de M. también lo penetraba analmente además de obligarlo a que le realizara una ‘fellatio in ore’. Para cometer tales actos Mansilla amenazaba a los menores, siendo que, en el caso del que tenía que observar le advertía que no se fuera del lugar ‘sino el otro lo iba a pagar’...”. Éstos, fueron subsumidos en como *“promoción de la corrupción de menores agravado por haber mediado violencia y amenazas en concurso ideal con abuso sexual agravado por haberse cometido con acceso carnal reiterado en dos ocasiones, en virtud de que fueron dos los menores víctimas”*.

A su vez, en el alegato del acusador público previsto por el art. 393 del código adjetivo se remitió a los hechos descriptos en el dictamen de elevación a juicio efectuado por su colega de la instancia anterior, aclarando que excluiría las situaciones que surgían exclusivamente del informe de fs. 37/41 que no fue incorporado al debate por ausencia de posibilidad de control por parte de la defensa. Así, se excluyó la utilización de golpes a los niños por parte de Mansilla, así como también que los obligaba a observar mientras abusaba de ellos. En consecuencia, solicitó se condenara al imputado a doce años de prisión, accesorias legales y costas en orden a los delitos de promoción de la corrupción de menores agravado por haber mediado violencia el cual concurre con abuso sexual agravado por haberse cometido con acceso carnal en perjuicio de J. N. y C. M. en forma reiterada, por lo menos dos veces.

Por último, en la sentencia se estableció que *“las conductas que han sido descriptas y se atribuyen a Martín Germán Mansilla como autor, constituyen los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante -la introducción del dedo en el ano de J. N.-, y abuso sexual con acceso carnal reiterado en cinco ocasiones -las tres penetraciones anales en perjuicio de*



*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

*los niños (una en relación con N., dos al menos respecto de C. M.), más la fellatio in ore que damnificó a este último, también repetida al menos en dos ocasiones, todos hechos que concursan materialmente entre sí, y que concurren a su vez idealmente con el delito de promoción a la corrupción de menores, agravada por el empleo de amenazas... ”.*

Así las cosas, se advierte que asiste razón a la defensa en cuanto a que ha existido una mutación entre la base fáctica endilgada a Mansilla y el hecho por el cual, a la postre, fuera condenado.

En efecto, la acusación quedó constituida por el abuso sexual con acceso carnal a ambos menores, perpetrado mediante amenazas. Respecto del niño N., se le reprochó haberle introducido uno de sus dedos en el ano para luego penetrarlo analmente; en punto a C., se le endilgó también el acceso carnal peneano vía anal, además de forzarlo a que le realizara una *fellatio in ore*.

Pero luego, en la sentencia, se lo condenó por la introducción de un dedo en el ano de N. -calificado como abuso sexual gravemente ultrajante- y abuso sexual con acceso carnal reiterado en cinco ocasiones. En punto al mentado N., se le reprochó una penetración anal, mas, respecto de C. se atribuyeron dos accesos carnales vía anal y dos *fellatio in ore*.

Claramente así, se advierte que no se endilgó a Mansilla una de las penetraciones anales perpetradas a C., puesto que sólo se le achacaron dos en total -aclarándose en el requerimiento de elevación a juicio que el abuso sexual con acceso carnal era reiterado por tratarse de dos menores-, así como tampoco que lo haya obligado a realizarle dos *fellatio in ore*, sino sólo una.

Si bien de la transcripción efectuada de la entrevista del art. 250 bis del código ritual surgen claramente tales extremos, es decir, que existieron dos o tres penetraciones anales respecto de M. -así como surgía que N. también le había realizado sexo oral el prevenido aunque no fue

receptado ni en la acusación ni en la sentencia-, estas circunstancias no fueron objeto de imputación en el dictamen fiscal de elevación a juicio, y tampoco han sido materia de ampliación de la acusación, pues el fiscal general no ha echado mano a la potestad conferida por el art. 381 del C.P.P.N., ocasión en la cual podría haberse ampliado la declaración indagatoria de Mansilla para atribuírsele tales conductas.

Esta falencia me impide considerar a tales eventos como integrantes del pronunciamiento de condena, pues de lo contrario, se estaría colocando al encausado en un estado de indefensión tal, que tornaría virtual la aplicación del derecho de defensa en juicio.

Es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde antiguo, tiene dicho que *“en orden a la justicia represiva, es deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y la defensa o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, pero que este deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio”* (Fallos 316:2713). De allí se desprende que el mentado principio de congruencia no se verá transgredido siempre que exista identidad entre el hecho imputado en la indagatoria, el incluido en el auto de procesamiento, el que fue materia de acusación y el que la sentencia tuvo por recreado, extremos que no se cumplieron acabadamente en autos, puntualmente respecto de los sucesos enumerados.

II) d. De la nulidad por falta de precisión en los hechos endilgados a Mansilla.

La defensa también se agravió de la falta de enunciación precisa y concreta de los hechos, por entender que no surgían de la acusación las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que éstos sucedieron.

Considero que ello no es así. Pues, de las piezas procesales antedichas se desprende que además de las circunstancias transcritas también se señaló que los eventos acaecieron desde principios del mes de enero del 2007 hasta que Mansilla fuera detenido el 30 de mayo del mismo

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

año en las inmediaciones de la zona de trenes de Retiro y en la zona de la Costanera de esta ciudad.

Por ende, habiendo quedado claro el modo en que Mansilla perpetró las maniobras abusivas, de esta manera también quedan zanjadas las dudas respecto de los sitios y lapsos temporales en que éstos se llevaron a cabo. No debe soslayarse tampoco que la especialista que recibió el testimonio del niño aclaró que la ausencia de detalles de los sitios donde se sucedieron los hechos obedecía a la falta de un conocimiento completo por parte del menor.

Así, aun cuando los episodios no puedan ser exactamente precisados en el tiempo, ha quedado establecido, con un grado de certeza que permite fundar una condena penal, que esos hechos ocurrieron en un lapso cierto y determinado. La víctima ha declarado, con comprensión del número al que hizo referencia pues ello fue cuando contaba con nueve años, que sucedieron en -por lo menos- una oportunidad a su respecto y dos o tres veces en relación a C..

En consecuencia, este agravio defensivo no habrá de tener favorable acogida.

III) a. Del abuso sexual gravemente ultrajante.

Corresponde, pues, el tratamiento de las impugnaciones encauzadas en el inciso primero del mencionado art. 456.

La defensa argumentó que si bien la introducción de un dedo en el ano puede implicar un ultraje, no configuraba un sometimiento gravemente ultrajante, sino que era un acto previo e inmediatamente anterior a la penetración anal que debía quedar subsumido en el tipo de abuso sexual con acceso carnal.

Ahora bien, teniendo en cuenta que se atribuyó al mencionado que al niño N. le *“introdujo uno de sus dedos en el ano [...] para luego penetrarlo con su pene”*, se colige que la primer acción constituyó, como

lo señala el recurrente, un preámbulo del acceso carnal vía anal en el menor. Ello, pues la penetración sucedió inmediatamente después del acto que fue calificado como abuso sexual gravemente ultrajante, extremo que evidencia que el primer tramo de la maniobra queda subsumido dentro de la calificación legal más gravosa, es decir, de abuso sexual con acceso carnal, por tratarse de un concurso aparente de tipos penales.

Por tanto, este agravio de la defensa también habrá de tener favorable acogida.

III) b. Del abuso sexual con acceso carnal.

Respecto de los argumentos de la defensa en punto a la falta de certeza en la determinación de la penetración anal en los niños damnificados, habré de remitirme a las consideraciones efectuadas en el acápite II) a. por razones de brevedad.

En punto al encuadre típico de la *fellatio in ore*, cabe destacar que esta Sala IV, con otra integración, tuvo oportunidad de definir la cuestión referente a la posibilidad de calificarla como “acceso carnal por cualquier vía” (causa Nro. 3391 “CHAVEZ, Víctor Hugo s/recurso de casación”, Reg. Nro. 4781, rta. el 4/4/03), a cuyos fundamentos me remito para desestimar la impugnación articulada en este sentido.

Ello, pues “*Una visión totalizadora de la sexualidad, comprensiva de sus dimensiones fisiológica, psicológica y social, echa por tierra cualquier intento de establecer una diferenciación sexual apreciable entre las cavidades anal y bucal a los fines de su encuadramiento jurídico*” (Trib. Casación Penal de Buenos Aires, Sala II, 2005, “Fragala, Carlos A.”, cit. en “Delitos Contra la Integridad Sexual” por Javier A. De Luca y Julio E. López Casariego en Código Penal y normas complementarias, dir. David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Hammurabi, Tomo 4).

III) d. Del delito de promoción a la corrupción de menores agravada por el uso de violencia.

En primer lugar, abordaré el planteo de inconstitucionalidad introducido por la defensa, pues si tuviera recepción tornaría abstractos los restantes agravios circunscriptos a la aplicación de esta figura en el caso

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

concreto.

III. d) 1. De la inconstitucionalidad del art. 125 del C.P.

Como medida inicial, recordaré la tantas veces aplicada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto a que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, es decir, dictadas conforme los mecanismos previstos por la Carta Magna, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la contraposición de la norma con la cláusula constitucional no sólo sea manifiesta, sino también clara e indudable.

Pues en caso contrario, el sistema constitucional de división de poderes se encontraría desequilibrado, ya que cada uno de ellos se encuentra impedido de actuar destruyendo la función de otros, debiendo hacerlo en armonía, con respecto y apego a las normas constitucionales y del poder encargado de dictar las leyes (Fallos, 226:688; 242:73; 285:369; 300:241, entre muchos otros).

Por otra parte, el Máximo Tribunal también indicó que debe demostrarse “*de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional*” y que el control de constitucionalidad no incluye el control de conveniencia y acierto del criterio adoptado por el legislador (Fallos: 253:362; 257:127 y 308:1631; entre otros). En similar sentido, Sala I, “Prino Rodríguez, Eugenio s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, causa 3215, reg. 4120, rta. el 26 de febrero de 2001.

De esta forma, advierto que las circunstancias sindicadas por el defensor público no alcanzan para proceder conforme lo pretende. Por el contrario, de un profundo análisis de la norma cuestionada se desprende claramente cuál ha sido la intención del legislador, quien introdujo en nuestro sistema interno una previsión legal dirigida a proteger con más

énfasis el bien jurídico protegido. Sobre el punto, resulta útil remarcar los sostenidos por doctora Angela Ester Ledesma (Sala III, causa 6838 “Delsavio, Jorge Armando s/rec. de casación”, Reg. N° 978/06 del 11/9/06), quien señaló que “... el bien jurídico protegido por dicho precepto ‘es la intangibilidad o indemnidad sexual de los menores de dieciocho años de edad, quienes, precisamente en razón de su edad, no han alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual, motivo por el cual se los preserva de no ser sometidos a tratos sexuales anormales en sus modos, <<cuya práctica puede en el futuro impedirles tomar decisiones de índole sexual carentes de deformaciones>>.’ (conf. Gustavo A. Arocena, “Delitos contra la Integridad Sexual”, editorial Advocatus, Córdoba, 2001, pág. 115). Allí el autor cita a Víctor F. Reinaldi (‘Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087’, Marcos Lerner editora, Córdoba, 1999, pág. 137), señalando que este escritor sostiene que el bien jurídico tutelado se refiere al ‘derecho que los menores de dieciocho años tienen al libre desarrollo de su personalidad, particularmente en el aspecto sexual’. Precizando algunas alocuciones utilizadas por la norma -en lo que aquí interesa- Arocena comenta que ‘Promueve la corrupción de la víctima quien engendra en ésta la idea de las prácticas corrompidas, la impulsa a otras que suponen un grado mayor de depravación o la incita a que no cumpla su propósito de abandonar el alcanzado. ’; y que ‘El sujeto activo debe tener conciencia de que los actos que realiza tienden a promover la corrupción o a facilitarla y la voluntad de cometerlos.’ (ob. cit., págs. 119 y 122). La Sala, con voto del Dr. Mitchell ya se había pronunciado en derredor a ciertas particularidades que atañen al delito que nos convoca -en la causa n° 3182, caratulada “Manfredi, Luis y otro s/rec. de casación”, reg. n° 471, de fecha 8 de agosto de 2001- destacando que el art. 125 del Código Penal reprime aquellos actos idóneos por sí mismos para provocar el efecto de promover o facilitar la corrupción de un menor, que tengan capacidad de despertar en él una temprana o excesiva sexualidad. De modo tal que la figura penal en estudio exige para que se verifique un supuesto de promoción de la corrupción, en los términos del artículo de referencia, que el agente realice con conocimiento y voluntad... conductas de connotación abusivas a sabiendas que mediante sus particulares características de ocurrencia impulse, o de algún modo incite a la víctima menor a la práctica prematura de actos sexuales, y que debido a su falta de

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

*maduración física, psíquica y sexual, la condicione para la libre y plena determinación de su sexualidad, carente de deformaciones producto de tales prácticas impúdicas.”.*

Asimismo, en relación al principio de legalidad, cabe mencionar que *“El particular debe saber de antemano qué es lo que se encuentra penalmente prohibido, de tal forma de encontrarse en condiciones de dirigir su conducta conforme a ello..”.* *“Por cierto que la exigencia de precisión en la ley no debe ser exagerada; de otra forma , las leyes serían demasiado rígidas y casuísticas y no podrían adecuarse a la multiformidad de la vida, al cambio en las situaciones o a las particularidades del caso concreto.”.* *”Esto es lo que podría ocurrir si el legislador debiera siempre redactar cada tipo penal hasta sus últimos detalles...”.* *“Por consiguiente, el derecho penal no puede renunciar a utilizar conceptos generales que, desde un punto de vista formal, no pueden ser descriptos de forma tal que tengan validez general y, por ello, requieren una interpretación por parte de los jueces...”.* *”Por tal razón, la exigencia de precisión en la ley no significa que el legislador esté obligado a describir todos los tipos penales exclusivamente con elementos típicos descriptivos que pueden ser aprehendidos en forma exacta...”.* *“Por consiguiente, en el derecho penal no son objetables de antemano, desde un punto de vista constitucional, las cláusulas generales o los conceptos indeterminados, que necesitan ser completados valorativamente.”.* *”Por consiguiente, no existen objeciones en contra de la utilización de tales reglas o conceptos jurídicos cuando existe un fundamento confiable para la interpretación y aplicación de la norma con la ayuda de los métodos habituales de interpretación, especialmente con la consulta de las otras disposiciones de la misma ley y teniendo en cuenta el contexto normativo, o por medio de una jurisprudencia consolidada, de tal forma que el particular tenga la posibilidad de conocer el valor tutelado por la norma penal así también como la prohibición de determinadas formas de conducta y pueda prever la reacción estatal...”* (Tribunal Constitucional de la República Federal Alemán BverfGE 48, 489 (1978) comentado en “Casos de derecho penal comparado” de Edmundo S. Hendler y Hernán V. Gullco, pág. 9

y 10, citado por la Sala III, c. 7873, “García de la Mata, Angel s/ recurso de casación, reg. 1052.07, rta. 21/11/2008).

Por ello, el planteo de inconstitucionalidad también habrá de ser rechazado.

III. d) 2. De la aplicación en el caso de la agravante del segundo párrafo del art. 119 del C.P.

Despejado todo atisbo de inconstitucionalidad del delito bajo análisis, procederé a analizar si resulta atinado y válido el encuadre típico realizado por el tribunal oral referido a este delito.

Así, cabe destacar que de los fundamentos de la sentencia surge que “...*esa aptitud deformadora del normal crecimiento de la sexualidad, surge indubitablemente del carácter absolutamente prematuro de los actos llevado a cabo contra los niños, de ocho y once años de edad en su momento, y se ve reforzada por su multiplicidad. Y más allá de que la homosexualidad haya sido dejada de lado como una enfermedad mental por la Organización Mundial de la Salud, no puede sostenerse seriamente que el ingreso prematuro a prácticas de esa naturaleza -sobre todo a través de la penetración anal y del sexo oral-, no constituye un avance inaceptable sobre ese desarrollo. No puede afirmarse que los niños, a esa altura, están en condiciones de ejercer libremente una opción de esa naturaleza. La misma ley penal considera que no tienen aptitud suficiente como para discernir y elegir acerca de actos de ingreso a la sexualidad compartidos...*”.

Respecto de las exigencias del tipo subjetivo del delito en cuestión, los judicantes afirmaron: “*Que los niños tenían menos de trece años era un hecho por demás evidente [...] Mansilla sabía además perfectamente lo que estaba haciendo con cada una de las maniobras de abuso sexual: lo revela el modo en que se condujo -según el relato de N.-, indicándole a cada uno de los niños qué quería hacer con él o qué quería que le hiciera, y obligándolos a que lo hiciesen...*”.

Continuaron indicando que “*La naturaleza misma de los abusos muestra tal anormalidad, no sólo por lo que hacía con los niños*



*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

*sino porque -precisamente- eran niños, que es inaceptable que no supiera que sus actos tenían un fuerte potencial para desviar a las víctimas de un sano y regular desarrollo sexual adecuado a su edad. Es tan nítida la perversión de una relación sodomítica con un niño de ocho años de edad -o de once-, como aberrante es que se lo obligue a succionarle el pene a un hombre, o que se le introduzca un dedo en el ano. No creo que haya ningún margen para pensar que algo de eso puede ser normal para un niño, y no lo digo desde una perspectiva moral o religiosa, sino estrictamente desde su crecimiento sexual...”*

Entiendo que el encuadre típico resulta atinado por las sólidas razones vertidas por los sentenciantes. Es que sostener que tales aberrantes y depravadas acciones realizadas sobre niños de tan escasa edad, mantenidas durante alrededor de cinco meses, no conlleva una clara afectación de la sexualidad de los menores, resulta contrario a las reglas de la lógica y de la experiencia y, principalmente, al sentido común.

Estas circunstancias me convencen respecto de la subsunción legal efectuada por los jueces *a quo*.

Por otro lado, se agravia el recurrente por cuanto considera que no se cumplen los requisitos de la agravante escogida por el tribunal, pues el verbo obligar no satisface los requisitos típicos del delito de amenazas y que además el niño declaró que Mansilla realizó el hecho cuando estaba durmiendo.

No coincido con los argumentos de la defensa. Pues el niño N. ha sido claro en cuanto a que Mansilla los obligaba a realizar los hechos descriptos porque ellos “*no querían*”, siendo que los intimidaba diciéndoles que si se oponían al acto sexual se arremetería a golpes con el otro niño.

Estas exigencias satisfacen plenamente los requisitos de la agravante escogida por el tribunal, por cual el agravio de la defensa habrá de rechazarse.

Por último, cabe destacar que los hechos pesquisados también encuadrarían en la figura de promoción a la corrupción de menores agravada por ser la víctima menor de trece años de edad. No obstante, ello no ha sido materia de discusión en el debate, ni se ha emitido condena utilizándose esta calificación, extremos que impiden que en esta instancia sea considerada por la prohibición de la *reformatio in pejus*.

### III. e) Del monto punitivo impuesto a Mansilla.-

Finalmente, pese a que no ha sido materia expresa de agravio por parte de la defensa oficial de Mansilla, la escala penal del delito que se achaca al inculcado habrá de verse disminuida en razón de haberse desechado dos hechos de abuso sexual con acceso carnal respecto del niño C..

En consecuencia, si bien no habré de tener en cuenta estas circunstancias para mensurar la pena -atento a la recalificación propuesta-, debo destacar que el resto de las razones expuestas por los sentenciantes para agravarla resultan más que atendibles. En este sentido, las cuestiones que propongo que adquieran firmeza me parecen, por sí mismas, de una gravedad tal que no encuentro posible una reducción significativa del máximo punitivo previsto para este delito.

Atento a los extremos señalados, en el convencimiento que el disvalor de injusto (disvalor de acción -acción personalmente antijurídica- y disvalor sobre el estado de cosas -bien jurídico lesionado o puesto en peligro-), es una pauta relevante para determinar la pena a imponer (en este sentido, Andrew von Hirsch, Bernd Schünemann y Cristoph Reinchert - todos citados por Tatjana Hörnle en “Determinación de la pena y culpabilidad”, FD Editor, Bs. As., 2003, p. 29), voto porque Martín Germán Mansilla purgue por estos hechos la pena de once años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas. En consecuencia, deberá cumplir la pena única de diecisiete años de prisión, comprensiva de ésta y de la de seis años de prisión, accesorias legales y costas impuesta el 15 de mayo de 2008 por el Tribunal Oral nro. 6 de Lomas de Zamora en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal; teniendo en cuenta para fijar este monto los

*Cámara Nacional de Casación Penal*

MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS  
Secretario de Cámara

mismos parámetros que fueron expuestos por el tribunal.

Por ello, propongo al acuerdo: Casar parcialmente, sin costas en la instancia, el pronunciamiento de condena venido en recurso y, en definitiva, condenar a Martín Germán Mansilla a la pena de once años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado -tres hechos-, en concurso real entre sí, que a su vez concurren idealmente con el delito de promoción a la corrupción de menores agravado por el uso de amenazas; y a la pena única de diecisiete años de prisión comprensiva de ésta y de la de seis años de prisión, accesorias legales y costas impuesta el 15 de mayo de 2008 por el Tribunal Oral nro. 6 de Lomas de Zamora en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal (arts. 12; 29, inc. 3, 45, 54, 55 y 119, tercer párrafo y 125, tercer párrafo, del C.P. y 470, 530 y 531 del C.P.P.N.)

Es mi voto.-

El **señor juez Augusto M. Diez Ojeda** dijo:

Por compartir en lo sustancial las consideraciones efectuadas por el colega que lidera el acuerdo, adhiero a la solución propuesta.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

Que adhiero a la solución propuesta por el colega que lidera el acuerdo.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal

**RESUELVE:**

**HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto a fs. 577/625 vta. por el defensor oficial de Marín Germán MANSILLA, sin costas y consecuentemente **CASAR PARCIALMENTE** la resolución de fs.544/544 vta, y **CONDENAR** al nombrado MANSILLA a la pena de once años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con

acceso carnal reiterado -tres hechos-, en concurso real entre sí, que a su vez concurren idealmente con el delito de promoción a la corrupción de menores agravado por el uso de amenazas; y a la pena única de diecisiete años de prisión comprensiva de ésta y de la de seis años de prisión, accesorias legales y costas impuesta el 15 de mayo de 2008 por el Tribunal Oral nro. 6 de Lomas de Zamora en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal (arts. 12; 29, inc. 3, 45, 54, 55 y 119, tercer párrafo y 125, tercer párrafo, del C.P. y 470, 530 y 531 del C.P.P.N.)

Regístrese, notifíquese y remítase la causa al Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 5 de la Capital Federal, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

**AUGUSTO M. DIEZ OJEDA**

**MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO**

**GUSTAVO M. HORNOS**

Ante mí:

**MATÍAS SEBASTIÁN KALLIS**

**Secretario de Cámara**