En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 06 días del mes de julio del año dos mil siete, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Juan Pedro Cortelezzi, Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados “O., P. S. s/Abuso sexual agravado y corrupción de menor” (Expte. 20.664 - 247 - 2006).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 303: Pfleger, Panizzi y Cortelezzi.

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I. Ha venido a consideración de esta Sala la sentencia emitida por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia que el día 6 de septiembre de 2006 condenó a P. S. O. a la pena de ocho años de prisión accesorias legales y costas del proceso, como autor responsable del delito de abuso sexual de una menor de trece años, agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente, reiterado (dos hechos), en concurso real con abuso sexual de una menor de trece años gravemente ultrajante, agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente (arts. 55, 119 primero y cuarto párrafo inc. f, 2do. y 4to. párrafo inc. f del C.P.), por los hechos ocurridos en aquella ciudad entre el mes de enero y el día 23 de julio de 2005, en perjuicio de la menor J. I. F..

Las circunstancias que fueron materia de debate son las que se describirán a continuación acorde la requisitoria formulada por el Ministerio Público Fiscal a fs. 172/176 y constancia del acta de debate que está a la vuelta de la hoja foliada con el número 237.

A. El día 23 de julio de 2005, entre las 20:30 y 21:30 horas, en el inmueble sito en calle ..... Nº ..... de esa ciudad de Comodoro Rivadavia, en circunstancia en que la menor J. I. F. de 10 años de edad se encontraba a cargo del concubino de su madre, P. S. O., éste le exhibió el pene, le pidió a la niña que se lo tocara en tanto que manoseaba su cuerpo.

B. A partir del mes de enero de 2005 y hasta el 23 de julio de 2005, cuando la madre de la menor se ausentaba del hogar, en el interior del domicilio que compartía con la niña y su grupo familiar sito en calle ..... Nº ..... de barrio ..... de esa Ciudad, en la cocina del inmueble y en la habitación de la madre de la víctima, el encartado O. realizó tocamientos en los

genitales de la menor introduciendo sus dedos en el ano y en la vagina, por los menos por dos veces.

A fin de lograr su cometido y obtener el silencio de la menor le daba dinero, suma que oscilaba entre dos y cuatro pesos en cada oportunidad.

II. A fs. 279/84 la Defensora Pública, doctora Iris Amalia Moreira, interpuso casación denunciando que el hecho cuya comisión la sentencia fijó el 23 de julio de 2005, de acuerdo con las probanzas rendidas en el debate, sólo alcanzaba para configurar el delito de exhibiciones obscenas del artículo 129 del C.P. o, subsidiariamente, tentativa de abuso sexual (arts. 42 y 119, primer párrafo del C.P.). Empero -prosiguió- jamás podía cuadrar a la figura consumada del artículo de la condena.

Sostuvo que abusa sexualmente quien realiza actos corporales de tocamiento de carácter sexual, con persona de uno u otro sexo, menor de 13 años, o cuando mediare violencia, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechándose de que la víctima, por cualquier causa, no hubiera podido consentir libremente la acción; que el delito se consuma cuando el autor produce actos de tocamiento sobre el cuerpo de la víctima, o logra la ejecución de estos actos sobre su cuerpo o aun el de un tercero.

Con cita de Edgardo Donna, apuntó a que existe coincidencia en que no se tipifica el abuso por palabras que pronunciare el autor o la víctima, ni tampoco cuando se tratare de una simple contemplación del autor a la víctima. Tampoco, consignó, el abuso se tipifica cuando la víctima contemplara actos obscenos que el sujeto activo realizara sobre su propio cuerpo de él, lo que podría ser relevante en términos de las exhibiciones obscenas previstas en el artículo 129 del Código Penal.

Afirmó que no se había probado en el juicio que aquel 23 de julio de 2005 ocurrieron actos de tocamiento o manoseo a la mujer por parte del incuso, ni -inversamente- de ella a O., ya que el único testimonio de cargo es el de la madre que los sorprendió por la ventana y sólo pudo ver que el imputado le exhibía el pene erecto a la niña y nada más.

Señaló que el mismo video incorporado al juicio contiene el relato de la víctima donde se la vió y escuchó negar que ese día hubieran tenido lugar los tocamientos típicos del 119, primer párrafo del C.P.

Puso de relieve que los jueces no fueron precisos respecto de lo sucedido ese día y que no pueden completar la plataforma fáctica de ese hecho con las características propias de los otros hechos que, además, fueron concursados materialmente.

En el final solicitó que se casara el fallo atacado disminuyendo la pena privativa de la libertad, aplicada en función de la calificación jurídica correcta.

III. Sentado lo que es el meollo de la discusión, echaré dos palabras sobre algunos puntos que estimo válidos a la solución.

En primer término reiteraré que el examen que se hará de la sentencia será amplio, aún cuando atenido al contorno de los agravios.

Esto resulta sintónico con los precedentes a cuyo través la Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró la teoría del “máximo rendimiento” o de “máxima capacidad de rendimiento” en la revisión impulsada por la defensa, traducida en que el Tribunal posee respecto de los hechos sometidos a su control las más amplias facultades con el solo límite de lo que es propio de la inmediación y, naturalmente, del marco dado por el recurso. (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N, 8.2. h. de la CADH y 14. 5 del PIDCP, casos “Casal”, “Martínez Areco” entre otros).

En segundo término, y en atención a que el agraviado ha sometido a escrutinio cuestiones que envuelven la apreciación de la prueba y la manera de formular el discurso de justificación de una condena, remitiré a los conceptos que he dado respecto a la verdad, la certeza y la sana crítica, en reiteradas ocasiones, sin repetir esta vez.

Sí me parece atinado consignar, a modo de síntesis, que es ajustado el proceder del que sentencia si, en la decisión, ha predicado certeza luego de un proceso de evaluación de la evidencia realizado con apego a las reglas de la sana crítica, fundando debidamente el relato que traduce la opinión.

Además -y con ello intento brindar contenido al concepto de labor paciente, honesta y metódica, o sana crítica en acto- pondero que es una facultad de la instancia de mérito seleccionar el material probatorio, prefiriendo algunos elementos y descartando otros, no siendo suficiente, a quien se opone, expresar un mero criterio discordante.

IV. Bajo estos parámetros que me permito calificar de ideológicos, penetraré en el examen de la sentencia.

Veamos.

He de principiar este trabajo afirmando que resulta en cierta medida atinada, a mi parecer, la crítica que la Defensora Pública hiciera de la sentencia.

En efecto, un examen que pretendí meduloso me permitió advertir, sin demasiadas dificultades, que la atribución del hecho del 23 de Julio de 2005, que refería a lo que constituyó la génesis del proceso pues habilitó la intervención de los órganos estatales, no encontraba andamio en la prueba arrimada al debate con fuerza suficiente como para fundamentar el reproche por tocamientos impúdicos consumado recogido en la sentencia.

Y en ese sentido, resultó clara la alusión de la recurrente a que el principal elemento de cargo lo había constituido el testimonio de C. C., madre de la menor víctima, citado por el autor del primer voto en los términos que siguen: "... fue entonces que la denunciante pudo ver por la ventana que su concubino se acercaba a J. y le mostraba sus genitales. En orden a la posición de la víctima, fue vista sentada en la mesa, y al ingresar C. a la vivienda, J. se escondió debajo de la mesa...".

Sin embargo, existen –para mí- datos que permiten referir a la exhibición como un paso anterior a tocamientos, que como habrá de verse (y se declaró correctamente en la sentencia) se sucedieron durante la extensión de la convivencia.

Es que, en aras de realizar un examen riguroso del expediente, he analizado el video-tape en el que se reproduce la audiencia recibida a la niña en "Cámara Gessell" y tomado nota de la manera en que J. refirió al episodio que ocupa, aludiendo, estrictamente, al hecho de que el imputado -en la cocina de la casa y mientras ella hacía los deberes y él pretendía ayudarla- le exhibió, sin pudor alguno, su pene.

Pero también he notado que la menor -cuyo testimonio, veraz, expuso con crudeza el acontecer- señaló que los episodios de exhibición y tocamientos (que se habían repetido a lo largo del tiempo) pasaron ora en el cuarto en que dormía O. ora en la cocina.

Así explico, aun cuando no pueda compartir las conclusiones en un todo, la apreciación del señor Juez del segundo voto que estima a éste del 23 de Julio de 2005, como una manifestación más de lo que ya había ocurrido que, en este supuesto, quedó trunca por la acción efectiva de la testigo.

Repito, si bien la niña, expresiva en lo demás, sólo relató que ese día el sujeto le había mostrado "... el pichulín.." (textual del video que toma su lenguaje) puede reconstruirse con certeza que, a la sazón, O. preparaba el terreno para el desfogue a través del contacto tal como había sucedido otrora.

En la medida en que la realidad está parcelada -en términos de imputación- fáctica y jurídicamente, estimo que el cuadro presentado por la Fiscalía queda reducido.

Así considero probado, con fuerza de verdad legal, que en el día y en la hora marcado por la acusación fiscal, el imputado, embuido de lascivia, sabiendo lo que hacía y conociendo la significación de esa conducta, desnudó su pene ante la menor J. F.. El episodio fue advertido, sorpresivamente, por C., la madre, quien abortó lo que otrora ocurriera, los tocamientos impúdicos del que la exhibición era un preludio.

De lo que acabo de decir deriva una distinta calificación legal que la ocurrida en la sentencia, siempre en relación con lo que fuera materia de agravio.

Con fuente en las pruebas que acreditaron el abuso sexual que en otras ocasiones, una de ella ultrajante, O. ejecutó en perjuicio de J., y en la convicción fundada de que el sentido final de su conducta era repetirlo (y no puedo evitar retornar una vez más a la evocación de la niña en la audiencia filmada) pondero que, en coincidencia con la alternativa planteada por la defensa, la

conducta desplegada por el acusado no ha completado la figura de la condena sino que ha quedado en conato.

Por esto merece reproche, pues no existe causa de justificación, motivo que excluya la responsabilidad por el hecho, ni razón para pensar en que carece de capacidad para ser punible, en el caso.

De esta manera considero que la calificación legal sobre este asunto es la de abuso sexual de una menor de trece años, agravado por la situación de convivencia preexistente, en grado de tentativa (arts. 42, 119 primero y cuarto párrafo inc. f del C.P.).

La imposibilidad de reformar en perjuicio me llevan a afirmar –pese a mi opinión diversa- que se plasma entonces, amén de lo expuesto, un hecho de abuso sexual de un menor de trece años, agravado por la situación de convivencia permanente (art. 119 primero y cuarto párrafo inc. f) del C.P.) y un hecho de abuso sexual de un menor de trece años, gravemente ultrajante, calificado por la situación de convivencia permanente (art.119 primero, segundo y cuarto párrafo inc. f del C.P.) todo en concurso material (art. 55 del C.P.).

V. Que la calificación adoptada, que es susceptible de modificación por el Tribunal por cuanto se trata de enmendar la aplicación de la Ley, no importa cambio en la pena, pues bien que al momento de fallar la Cámara optó por la aplicación del mínimo.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente a la casación deducida y modificar la sentencia en lo que atañe a la calificación dada al hecho ocurrido el 23 de Julio de 2005, conforme lo estableciera en los considerandos precedentes.

VI. Propicio la regulación de los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de ochocientos pesos ($ 800.-), no incluye I.V.A. (C.P.P., artículos 485, 486, 488 y concordantes- Ley 3155- y Ley 2.200, artículo 14 y Ley 4920, artículo 59).

Así me expido y voto.

El Juez Alejandro Javier Panizzi dijo:

I) El recurso de casación –fs. 279/284- deducido por la defensora oficial de P. S. O., doctora I. A. M., objetó la sentencia de la Cámara en lo Criminal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia que condenó a su pupilo a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y

costas, al hallarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual de una menor de 13 años agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente, reiterado (dos hechos), en concurso real con abuso sexual de una menor de 13 años gravemente ultrajante, agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente, por los hechos ocurridos en aquella ciudad entre el mes de enero y el día 23 de julio de 2005, en perjuicio de la menor J. I. F. (artículos 12, 29 inciso 3°, 55, 119 1° y 4° párrafo inciso “f”, 2° y 4° párrafo inciso “f” del Código Penal).

II) La expresión de los agravios contenidos en el recurso y demás antecedentes del caso, pueden leerse en el voto del doctor Pfleger que precede a éste, lo cual, me dispensa de transcribirlos.

III) En la sentencia cosida a fs. 242/267 vta. dice que don P. S. O. fue llevado a juicio por tres hechos, uno de los cuales —ocurrido el día 23 de julio de 2005— fue la revelación a la madre de la víctima sobre el abuso sexual al que estaba siendo sometida su hija.

El Fiscal acusó a O. por haberle exhibido, aquel día, el pene a la niña y pedido que se lo tocara mientras manoseaba su cuerpo. Sin embargo, con el testimonio de C. C. y de la propia víctima en Cámara Gesell, sólo pudo probarse que el acusado exhibió sus genitales mientras la pequeña se encontraba a su cargo, sentada en la mesa de la cocina y haciendo los deberes escolares, quedando sin sustento probatorio el resto de la acusación.

Con la prueba colectada en la causa no ha logrado demostrarse que ese día el acusado tocara o manoseara a su joven víctima, como tampoco que la acción se desarrollara a la inversa.

Por ello, disiento con la conclusión a la que arribó mi colega de Sala en punto a la apreciación legal de este hecho en grado de tentativa pues, aun cuando se probó que durante el período comprendido entre el mes de enero y el 23 de julio de 2005 el acusado abusó sexualmente de la niña, de ello no puede inferirse que el acontecimiento ulterior estaba dirigido a consumarse en iguales circunstancias y que, por la intervención de la madre de J., sólo quedó en conato.

Ante la carencia de pruebas concretas de que hubieron tocamientos inverecundos hacia la víctima ni otra acción de ésta a instancias del acusado, juzgo que O. cometió el delito de exhibiciones obscenas, pues el día 23 de julio de 2005 se limitó a mostrar sus genitales a la hija menor de edad de su concubina, con quien convivía.

El art. 129 del Código Penal, simplifica el comportamiento reprimido a la circunstancia de que el autor pueda ser visto por terceros, eliminando las diferencias entre público y privado, del lugar de comisión.

Por los argumentos expuestos, discrepo, como dije, con mi colega de Sala, pues considero que –tal como lo solicitara la defensa- este hecho deberá recalificarse como exhibiciones obscenas agravadas por la edad de la víctima, previstas en el artículo 129, segundo párrafo del Código Penal.

IV) Redesignado el acontecimiento del día 23 de julio de 2005, don P. S. O. resulta, además, autor penalmente responsable por un hecho de abuso sexual en perjuicio de una menor de 13 años, agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente, en concurso real con un hecho de abuso sexual de una menor de 13 años, gravemente ultrajante, agravado por el

aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente, ocurridos en la ciudad de Comodoro Rivadavia entre el mes de enero y el día 23 de julio de 2005, en perjuicio de la menor J. I. F. (artículos 55, 119 1°, 2° y 4° párrafo, inciso “f” del C.P.).

Los sentenciantes han impuesto al acusado el mínimo de pena que la norma seleccionada establece (para el delito más grave). Sin olvidar el cambio de calificación que efectué sobre uno de los hechos imputados, advierto que no podré modificar la sanción aplicada y deberá mantener la condena impuesta por el a quo.

Corresponde, entonces, hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por el defensor oficial del acusado y modificar la calificación legal del hecho ocurrido el día 23 de julio de 2005 en el marco del artículo 129, segundo párrafo del Código Penal, por los fundamentos ya expuestos.

V) Concuerdo con la regulación de honorarios de los señores defensores públicos que hizo el destacado colega preopinante en el punto IV del voto que antecede, por lo cual, adhiero a ella en éste (artículos 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. ley 2200, T.O. 4335; 59 de la Ley 4920, Dto. 1303, B.O. 24/10/02).

Así voto.

El Juez Cortelezzi dijo:

No habiéndose logrado acuerdo en lo que atañe al hecho identificado bajo la letra “A”, me toca dirimir la cuestión allí planteada.

Se determinó en la sentencia que el día 23 de julio de 2005, entre las 20.30 y 21.30 horas, en el domicilio ubicado en .... de Comodoro Rivadavia, P. S. O. exhibió el pene a la menor J. I. F., de 10 años de edad, quien resulta ser hija de su pareja.

Que el hecho así descripto configura claramente el delito previsto y reprimido en el artículo 129.

El tipo objetivo ha sido debidamente detallado por la testigo presencial del hecho, quien sorprendió a O. con sus pantalones y ropa íntima bajas, mostrándole los genitales a la hija de la denunciante.

Si bien es cierto que la aparición de C. C. pudo haber frustrado los tocamientos impúdicos, la situación detallada en el hecho identificado como “A” constituye objetiva y subjetivamente un claro caso de exhibiciones obscenas, no siendo necesario discutir cuál era la verdadera finalidad

de la conducta del imputado, cuando ni siquiera hubo comienzo de tocamientos o resistencia de la víctima ante tal actitud.

Por lo hasta aquí expuesto, adhiero, sin más, a la propuesta formulada por el juez Panizzi.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1º) Declarar parcialmente procedente el recurso de fs. 279/84, con costas.

2º) Condenar a P. S. O. a la pena de ochos años de prisión, accesorias legales y costas del proceso (arts. 12 y 29 inc. 3ro ce. C.P.) como autor de los delitos de exhibiciones obscenas agravadas por ser menor de 13 años, abuso sexual simple de menor de 13 años, agravado por el aprovechamiento de situación de convivencia preexistente y abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por la situación de convivencia preexistente, todos ellos en concurso real (artículos 129, segundo párrafo, 119 1º y ùltimo párrafo, 119,2º pàrrafo y 4º inc.”f” y 55 del Código Penal).

3º) Regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de ochocientos pesos ($ 800.-), no incluye I.V.A. (C.P.P., artículos 485, 486, 488 y concordantes-Ley 3155- y Ley 2.200, artículo 14 y Ley 4920, artículo 59).

4º) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Dres. Cortelezzi, Pfleger y Panizzi.- Rawson, de de 2007.-

NOTA n° /07 S.I.J.

Rivadavia y Jones S/N | Rawson (9103) | Tel/Fax (02965) 482333 | sij@juschubut.gov.ar