En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 28 días del mes de mayo del año dos mil ocho, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Juan Pedro Cortelezzi, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"O. , M. p.s.a. abuso sexual de menores - Gaiman"** (Expediente N° 20.998 – F° 16 – Año 2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 339: Panizzi, Cortelezzi y Pfleger.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I) El día 14 de junio del año 2007 la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Trelew condenó a don M. A. O. a la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, al hallarlo autor penalmente responsable por los delitos de abuso sexual con acceso carnal, agravado por la situación de convivencia preexistente, bajo la modalidad de delito continuado, en concurso real con abuso sexual simple, agravado por el vínculo en la modalidad de delito continuado, por los hechos ocurridos en la ciudad de Gaiman, Provincia del Chubut, cometidos en el transcurso del año 2001, hasta el mes de diciembre del año 2005, en perjuicio de las niñas J. B. M. y J. O. (artículos 119, 3° y 4° párrafo, inciso "f" y 119, 1° y último

párrafo, letra “b”, 4° párrafo, 55 y 63 *contrario sensu* del Código Penal).

II) Contra ese pronunciamiento la defensa del acusado, a cargo del doctor Omar López, defensor público de la Oficina de la Defensa Penal de la ciudad de Trelew y la doctora Marisa Fernández, abogada adjunta de la misma dependencia, dedujeron un recurso de casación fundado en el artículo 415, inciso 2° del Código Procesal Penal por entender que el a quo transgredió la Constitución Provincial y el ordenamiento ritual local, al dictar un fallo carente de motivación y en quebranto a las reglas de la sana crítica, en el que –señalaron– se omitió la aplicación del principio in dubio pro reo.

Su presentación estuvo dirigida a obtener de este Superior Tribunal de Justicia la nulidad parcial de la sentencia, por cuanto –en opinión de los defensores– el Tribunal tuvo por acreditado el hecho que damnificara a J. B. M. , sin elementos de prueba que demostraran los reiterados accesos carnales, por penetración vaginal, que denunció sufrir la niña por parte del acusado.

Destacaron los recurrentes la declaración de la pequeña en Cámara Gesell donde expresó que su ofensor la penetraba por lo que denominó “trasero”. Para aclarar los conceptos y sirviéndose de un juguete, la Lic. Fernández le

preguntó a J. cómo llamaba a la parte trasera de ese muñeco, a lo que contestó "trasero"; y al preguntarle sobre el modo en que designaba a la parte delantera, la niña contestó "cachucha" en las nenas y "pene" en los nenes.

Agregaron que, a pesar de esta clara distinción, para condenar los magistrados se sirvieron de la explicación dada por la Lic. Patricia Fernández en cuanto a que recién desde la pubertad los niños pueden distinguir los orificios anales y vaginales, omitiendo la realidad expuesta por la pequeña.

Señalaron que al no haber existido prueba física que avalara la penetración vía anal, tuvieron por probado el acceso por la vagina en función del informe ginecológico de fs. 44 donde la Dra. M. describió un desgarro del himen en hora doce, desgastado, correspondiente a una desfloración no reciente, cicatrizada y compatible con una alta probabilidad de penetración peneana.

Los defensores entendieron que las lesiones constatadas por esta profesional no son compatibles con un acceso reiterado, violento y mantenido a lo largo de varios años, como lo imputó la Fiscalía.

Desacreditaron los testimonios brindados en la audiencia al haberse otorgado por testigos que calificaron "de oídas", por lo que entendieron no podían servir como prueba de cargo. Por ello,

concluyeron considerando la valoración probatoria como arbitraria e insuficiente para fundamentar el acceso carnal reprochado.

En segundo lugar, denunciaron que los sentenciantes no aceptaron que la duda debió beneficiar al imputado y que la situación de hecho imponía aplicar el principio "in dubio pro reo" para no vulnerar la presunción de inocencia.

En razón de lo expuesto, entendieron que el conjunto probatorio no permitió adquirir certeza con respecto al hecho en las circunstancias denunciadas, por lo que solicitaron la absolución de su defendido por el delito en cuestión.

Hicieron reserva de plantear el caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el caso de obtener un pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia contrario a sus pretensiones.

III) El remedio fue declarado admisible por la Cámara a fs. 314/vta., mantenido y ampliado en esta instancia a fs. 323/324 y a fs. 331/333 vta. respectivamente, por el señor Defensor General doctor Arnaldo Hugo Barone. Su segundo propósito fue profundizar las razones por las cuales entendía que los sentenciantes transgredieron el principio de la sana crítica racional.

Destacó que el fallo contiene vicios de logicidad que lo tornan arbitrario, por lo que –señaló- contraviene la garantía constitucional de la defensa en juicio y el principio in dubio pro

reo.

Al finalizar, reiteró el pedido de absolución de don M. A. O. por el hecho imputado con relación a J. B. M. y la adecuación de la pena impuesta en la sentencia de condena.

IV) A fs. 337/vta. el señor Procurador General, doctor Eduardo Samamé, compartió los argumentos proporcionados por el a quo para condenar al acusado, puesto que –en su opinión– los hechos imputados fueron confirmados por los dichos, que calificó de armónicos y coincidentes en detalles, de las niñas S. C. y J. B. M. –en Cámara Gesell–, por el testimonio de las Sras. M. M. y S. C., de la abuela H. C., del padre de la pequeña víctima, Sr. J. M. , y de la Sra. M. C. H..

Halló cabalmente valoradas por la Cámara la pericia médica, la testimonial de la Lic. Patricia Fernández y el informe psicológico de la Lic. A. Y..

Por ello, propició el rechazo del recurso de casación deducido por la defensa del acusado y la confirmación de la sentencia impugnada en todos sus términos.

V) El hecho por cuya condena se agravió el acusado, le fue insimulado al acusado como ocurrido en fecha y hora que no pudo ser precisada, pero presuntamente tuvo inicio en el transcurso del año 2001 y transcurrió hasta el mes de diciembre del año 2005, en el domicilio

sito en el Barrio Municipal, casa N° *** de la localidad de Gaiman, Provincia del Chubut, cuando el encartado –a sabiendas de lo que hacía, de la edad de la víctima y la significación de su conducta–, habría abusado sexualmente de la menor J. B. M. , accediéndola carnalmente vía vaginal, en un número no determinado de ocasiones, aprovechando para llevar a cabo su accionar delictivo la situación de convivencia junto a la niña y la ausencia de su madre J. C., concubina del imputado.

VI) La defensa planteó que con los elementos de prueba colectados en la causa, la Cámara no pudo obtener la certeza necesaria para establecer –del modo en que la instancia de juicio lo requería– que el acusado accedió carnalmente, vía vaginal, a la niña J. B. M. . Para lo cual llevó a cabo una interpretación de los elementos que sustentaron la condena, diversa a la que hizo el a quo, que juzgo insustancial para derribar la motivación del fallo.

Una correcta exégesis de la declaración de la pequeña y su adecuada contextualización por parte de los Jueces permitió arribar a la verdad en el caso, puesto que la ambigüedad del lenguaje empleado por las víctimas menores de edad, concorde con el resto del material de cargo, nunca puede considerarse óbice para acreditar la realidad de sus dichos.

Al brindar su versión de los hechos J. dijo

que el acusado, a quién señalaba como su padrastro, en reiteradas oportunidades la tiró, le quitó la ropa y la penetró por lo que denominó "trasero" o "cola", señalando luego que en estas acciones O. la colocaba de espaldas a él y que, después de ser accedida, podía observar un líquido que dijo era verde.

El informe médico de fs. 44 que realizó la médica S. M. M. y su testimonio a fs. 91/vta., sirvieron para establecer que la niña no presentó lesiones recientes en región genital o anal, pero sí un desgarro del himen en hora 12 que describió como desgastado, correspondiente con desfloración no reciente (cicatrizado) y un esfínter anal normal.

La explicación dada por la Lic. Patricia Fernández –que entrevistó a la pequeña en Cámara Gesell- esclareció el sentido de las expresiones utilizadas por la pequeña, porque –tal como lo señaló el Juez Minatta en su voto- exigir a una menor de diez años precisiones en sus dichos sobre el orificio corporal por el cual fue accedida, no se corresponde con la capacidad con la que cuenta. La profesional destacó que es recién desde la pubertad que los niños pueden distinguir los orificios anales y vaginales, por lo que resultó sensata la confusión, máxime –agrego- considerando la dinámica de las acciones abusivas –por la espalda.

Al cotejar los testimonios de quienes

recibieran –de boca de los pequeños que convivían con el acusado– información sobre lo sucedido, con las experiencias vividas por las víctimas de autos, y los informes técnicos detallados, surge que el modus operandi imputado a O. resultó probado.

La validación del abuso sexual infantil no puede apoyarse exclusivamente en la palabra, necesita indefectiblemente un análisis integral de lo acontecido. Los magistrados deben valorar el nivel de desarrollo que logró el niño y sus manifestaciones verbales sobre los acontecimientos que denunciaron, para luego situarlos en tiempo, lugar, forma y circunstancia.

La realidad de los hechos como es percibida y sentida por la niña es lo que realmente importa, y no tanto la fidelidad de lo expresado, pues la veracidad se alcanza a través de la contextualización de los dichos con el resto de los elementos de prueba.

En cuanto a la diferencia en la vía de penetración de la que fue víctima J., la defensa sostuvo que, a falta de prueba del coito anal, los jueces lo tuvieron por ocurrido por la vagina. Con ese fundamento la defensa afirmó que la duda debió beneficiar al imputado –por aplicación del principio “in dubio pro reo”.

Eso fue suficiente y satisfactoriamente aclarado a los jueces por medio de la pericia de

la Lic. Fernández.

De manera que no hubo duda: una imprecisión en un testimonio –y aun una incongruencia– no genera duda per se. Una cosa es la imprecisión testimonial y otra la duda del sentenciante. La primera es un hecho; la segunda, un estado intelectual.

El íntegro y ponderable dictamen pericial que llevó a cabo la psicóloga A. S. Y. (fs. 226/235), coadyuvó para validar el relato de la pequeña, en tanto confirmó la presencia de síntomas y características de victimización sexual, la ausencia de elementos que evidenciaran la influencia de adultos en su versión de los hechos, como su falta de mendacidad sobre lo dicho.

En razón de los expuesto, no tendrá acogida este primer planteo casatorio de la defensa pública del acusado.

En cuanto al ataque del recurrente a los testimonios de los familiares de las víctimas (la abuela, las tías y el padre de una de las menores) que calificó "de oídas", es dable recordar que en los delitos de acometimientos sexuales –que suceden en la intimidad– resulta difícil que existan testigos ajenos a los autores, por lo cual tal condición del testimonio no lo anula como elemento de prueba. Sirven, como en el caso, para complementar el cuadro probatorio, razón más que válida para que el

Tribunal los utilizara con el fin de confirmar el accionar endilgado a O. , que resultaba probado por el resto de los elementos de cargo.

La contundencia del material colectado en la causa y la correcta apreciación que sobre el mismo llevó a cabo la Cámara, me permiten disentir con la defensa en punto a la existencia de una duda beneficiante para el imputado, pues resultó ampliamente probada la autoría del hecho imputado en perjuicio de J. B. M. .

Su disímil valoración de la prueba no resulta suficiente para destruir los sólidos argumentos condenatorios del a quo.

VII) Por lo expuesto, propicio el rechazo del recurso de casación deducido a fs. 308/313 vta., con costas, y la confirmación de la sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Trelew en todas sus partes (artículo 24, inciso 2°, 415, 485 y concordantes del Código Procesal Penal).

VIII) Regulo los honorarios de los profesionales intervinientes, en la suma de PESOS TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO ($ 375.-), no incluye el importe correspondiente al IVA (artículos 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. Ley 2200, T.O. 4335; artículo 59 de la Ley 4920, Dto. 1303, BO. 24/10/02).

Así voto.

El Juez **Cortelezzi** dijo:

Las circunstancias fácticas y los motivos

del recurso han sido lo suficientemente detallados en el voto precedente, por lo cual a ellos me remito para evitar reiteraciones innecesarias. En cuanto a la solución del caso, habré de coincidir con la propuesta del Juez Panizzi.

El recurso se fundamenta en la falta de acreditación del acceso carnal denunciado, con el argumento de que no hubo coincidencia entre lo relatado por la víctima –J.- que sostiene que la penetración fue por el trasero, y lo informado en la pericia médica, que determina que el acceso ha sido vía vaginal.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante una víctima de abuso sexual que cuenta con diez años de edad.

Por esta razón, la información obtenida de la niña se hizo bajo la modalidad de Cámara GeselL, en donde la Licenciada Fernández le permitió a la niña contar lo sucedido con sus propias palabras y sus propios términos, a fin de lograr precisión sobre el acontecimiento vivido.

Fue así que la víctima logró dar un testimonio altamente preciso en cuanto a la existencia del hecho, en donde identificó a su padrastro como el abusador, y pudo describir la forma en que lo hacía, sosteniendo que le quitaba la ropa, la tiraba, la colocaba de espaldas, la penetraba por "el trasero", y mencionó la salida de un líquido que dijo era de color verde.

De este relato surge el argumento utilizado por la defensa, que sostiene que J. distinguió en la audiencia entre la parte delantera y trasera de la cola, utilizando palabras que individualizaban este sector del cuerpo.

Que la denominación escogida por la niña para describir el lugar por el cual ha sido accedida fue *"trasero".* Sin embargo no se puede interpretar literalmente este dato, sino que debe evaluarse la totalidad de su testimonio y dentro del mismo contexto.

Ello por cuanto el nivel de comprensión que tiene de lo sucedido no es el mismo que el de un adulto, y esta circunstancia debe tenerse en cuenta al momento de valorar su declaración. Por esta razón, y de acuerdo a la secuencia descripta por la niña, se puede concluir que por la posición en la que se encontraban al momento del hecho, ella afirmó que la penetración había sido *"por atrás"* .

Que la precisión exigida por los defensores no es compatible con la edad de la víctima, y no es lógico pretender que determine concretamente si la penetración fue por el orificio vaginal o anal. Por otro lado, y por lo que surge del informe psicológico de fs. 226/35, es fácil advertir que lo más probable es que ni siquiera tenga conocimiento de la existencia de tres orificios, y que el dato más importante de esta parte del relato era que "había sido penetrada",

y no el lugar por donde lo habían hecho.

Luego de esta breve reseña, y habiendo analizado el fallo y el recurso, sólo me queda por agregar que el planteo traído a esta instancia linda con el ridículo, y únicamente puede entenderse como un intento de mejorar la situación del imputado.

No obstante, este examen me permitió confirmar que la sentencia se encuentra motivada, y logró acreditar con certeza que la niña J. B. M. ha sido abusada con acceso carnal.

Así, el relato de la menor, el cual ha sido calificado por las licenciadas como creíble, con síntomas compatibles con vivencias de victimización sexual, es confirmado por el informe pericial de fs. 226/35; el informe médico de fs. 44, y las declaraciones prestadas por sus hermanas y por las personas que conforman su entorno familiar y social.

En síntesis, la niña indicó a su padrastro como la persona que la abusaba sexualmente, y más allá de los términos utilizados, o de la confusión que pudiera haber tenido respecto al lugar por donde fue penetrada, lo cierto es que dicha penetración existió y se acreditó con el examen médico practicado y con el psico-diagnóstico.

En razón de las consideraciones efectuadas propongo se rechace por improcedente el recurso de casación interpuesto, con costas, y se

confirme la sentencia obrante a fs. 297/306 vta., debiéndose regular los honorarios de la defensa pública conforme el monto indicado en el primer voto.

Así voto.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Alejandro Javier Panizzi y Juan Pedro Cortelezzi, existe mayoría de votos para conformar la voluntad del Superior Tribunal; de modo que haré uso de la facultad que prevé el artículo 357 del Código Procesal Penal (Texto según ley 4550).

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 308/313 vta., por la defensa de don M. A. O. , a cargo del doctor O. L. , defensor público de la Oficina de la Defensa Penal de la ciudad de Trelew y la doctora M. F. , abogada adjunta de la misma dependencia, con costas (artículo 24, inciso 2°, 415, 485 y concordantes del Código Procesal Penal);

2°) Confirmar la sentencia dictada a fs. 297/306 vta., por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Trelew, registrada bajo el N° 46 del año 2007;

3°) Regular los honorarios de los

profesionales intervinientes, en la suma de PESOS TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO ($ 375.-), no incluye el importe correspondiente al IVA (artículos 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. Ley 2200, T.O. 4335; artículo 59 de la Ley 4920, Dto. 1303, BO. 24/10/02);

4°) Protocolícese y notifíquese.