En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los dos días del mes de Julio 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., R. A. s/ Abuso sexual en la modalidad de acceso carnal agravado –cuatro hechos en concurso real, en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante agravado –dos hechos en concurso real-"** (Expediente N° 20.987 – F° 13 – T° II - Año 2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 501: Panizzi, Cortelezzi y Pfleger.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I) El día 1° de junio del año 2007, la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia condenó a don R. 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 cometido mediante violencia y amenazas, agravado por el acceso carnal y por ser cometido contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente –cuatro hechos–, en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido

contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente, reiterado, dos hechos en concurso real, por los sucesos ocurridos en aquella ciudad entre mediados del año 2003 y fines del año 2004, en perjuicio de la menor M. N. N.(artículos 55, 119, párrafos 1°, 3° y 4°, inciso "f" y 119, párrafos 2° y 3° en función del 4°, inciso "f" del Código Penal).

II) El hecho por el cual el acusado fue llevado a juicio, fue imputado por el titular de la acción penal como ocurrido cuando la menor M. N. N. tenía entre doce y trece años de edad (fines del año 2002 a fines del año 2004) es decir, cuando la misma cursaba séptimo y octavo año, ocasión en la que el Sr. R. A. O., concubino de la madre de la pequeña y conviviente de ambas, la accedió carnalmente por vía vaginal y anal en más de una oportunidad por cada una de las vías enunciadas.

Los hechos ocurrieron en la cama y en el sillón de la vivienda sita en calle S. C. N° **** de la ciudad de Comodoro Rivadavia.

Durante el mismo período y dentro del inmueble familiar, el acusado obligó a la menor a practicarle sexo oral (fellatio) en más de una oportunidad.

Para lograr su cometido, el imputado aprovechó la situación de convivencia con la menor y ejerció violencia física para cometer los

hechos, amenazándola también de que si contaba los sucedido mataría a su mamá.

III) Contra ese pronunciamiento se alzó en casación, a fs. 458/473 vta., la defensora oficial del acusado, doctora María Cristina Sadino, con una presentación en la que criticó, bajo cinco ítems, el fallo de condena.

En primer lugar, entendió que los Jueces de la causa habían inobservado las reglas del acuerdo legal al momento de ubicar temporalmente los sucesos imputados, tarea que –según su opinión– únicamente llevó a cabo el Juez Pintos pues indicó que el Juez Montenovo guardó silencio y la Jueza Pettinari no emitió su voto, amparada por el artículo 7 de la Ley 4550.

Señaló que, al no cumplir la sentencia con el requisito exigido por el artículo 357 del ordenamiento ritual provincial, esta Sala Penal debía dictar la nulidad establecida por el artículo 363 del mismo cuerpo legal, la que expresamente solicitó.

Planteó que la Cámara condenó a O. por un hecho ocurrido en la calle F. ****, cuando tal ubicación espacial no fue objeto de imputación al inicio del proceso, sino una introducción sorpresiva del Fiscal durante los alegatos finales del juicio.

Destacó que tal modificación violó los principio de identidad y congruencia que, en opinión del recurrente, hacen a la configuración

válida del objeto procesal el que debe permanecer intacto durante todo el proceso, e implicó una transgresión a la garantía de defensa en juicio.

Apuntó que ese vicio invalidó el fallo e hizo procedente –en su opinión– las nulidades que prescribe el artículo 149 del Código Procesal Penal, en sus incisos 2° y 3°, cuya declaración solicitó.

Cuestionó el informe pericial del E.T.I. de fs. 16/18, como fuente de convicción en sí misma, por no haber podido controlar su producción al no haberse registrado las entrevistas. Por eso, consideró que la prueba no cumplió la manda del artículo 227 del Código Procesal Penal, lo que impedía su incorporación al debate y su utilización por el Tribunal.

Sobre la base de ese argumento, consideró nulo el proceso por haberse vulnerado la garantía de la defensa en juicio.

Calificó de absurda la valoración que el a quo realizó sobre la prueba colectada en la causa, y de arbitraria e irracional la conclusión adoptada en el fallo. El argumento de esta crítica, fue la ausencia de técnicas de entrevistas en el trabajo que la Psicóloga llevó a cabo con la menor, la no realización de los test –que calificó de imprescindibles– para verificar la realidad de lo narrado por el presunto abusador y la falta de inclusión del perfil psicológico de O..

Denunció que la Psicóloga que entrevistó a la pequeña en Cámara Gesell introdujo cuestiones al relato de la niña que no fueron aportadas espontáneamente por ella, por lo que consideró que la declaración de M. fue co–construida por ambas.

Reprochó el valor de la información que brindó el Dr. S. , pues a él no le fue encomendado ningún diagnóstico de abuso sexual sino que se expresó simplemente como terapeuta de la pequeña.

Consideró que el a quo no debió admitir como prueba indiciaria el informe de la Dirección del Colegio S. D. S. , pues –en su opinión– resultó parcial.

El recurrente opinó que la declaración de la menor en Cámara Gesell fue el fundamento exclusivo de los magistrados para tener por acreditados los hechos, ya que no valoraron los aportes del Dr. C. G. que informó la ausencia de alteraciones anatómicas al realizar el examen anal de la pequeña, y no apoyaron la condena de abuso en la modalidad "fellatio in ore" con prueba independiente al testimonio de la víctima.

Consideró haber demostrado en el recurso, los irremediables vicios que contiene el fallo en su fundamentación, por lo que –a su criterio– incumple con el mandato impuesto por los artículos 169 de la Constitución Provincial y 107 del Código Procesal Penal. Es así que solicitó a

esta Sala Penal declare su nulidad y, sin reenvío por ausencia de prueba cargosa que permita superar el estado de duda, se absuelva a don R. A. O..

Hizo reserva de plantear el caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el supuesto de obtener una resolución contraria a sus pretensiones.

IV) El remedio fue concedido por la Cámara a fs. 474/475, mantenido en esta instancia a fs. 483 por el Señor Defensor General Subrogante, doctor Alfredo Pérez Galimberti.

V) A su turno, el Señor Procurador General, doctor Eduardo Samamé, compartió los argumentos dados por los magistrados sentenciantes para arribar a una conclusión condenatoria, y consideró que los agravios planteados por la defensa no resultan atendibles en esta instancia, por tratarse –en su opinión– de una mera disconformidad con los criterios de valoración de la prueba rendida.

Propició el rechazo del recurso intentado en todos sus términos y la confirmación de la sentencia venida en casación.

VI) El agravio con el que la defensa inició su recurso difiere de la realidad que exhibe la sentencia condenatoria, pues todas las cuestiones sometidas a deliberación fueron debatidas y resueltas por los magistrados que formaron la mayoría del Tribunal.

Cada uno de ellos emitió su opinión sustancialmente concordante con la de su colega votante, sobre las cuestiones de hecho y de derecho que debían decidirse, por lo que juzgo cumplieron acabadamente con las reglas del artículo 357 del Código Procesal Penal y no hallo razón para invalidar el pronunciamiento en tal sentido.

Ningún perjuicio le causó al acusado el acotamiento temporal del hecho por el que fue llevado a juicio, pues la acusación –en tal sentido– se mantuvo incólume durante todo el proceso. El acusado pudo ejercer su defensa cabalmente, mientras que tal limitación surgió al valorar el a quo el plexo probatorio colectado en la causa, sin que tal adecuación le cercenara a O. derecho alguno.

Tal como lo señaló el Juez Montenovo en el pronunciamiento impugnado, desde el inicio del proceso el acusado supo y entendió cabalmente, que estaba siendo investigado por haber llevado a cabo hechos de connotación sexual en perjuicio de la niña M. N. N. , hija de su concubina C. B. , con quienes convivía; coexistencia que él mismo reconoció, en su declaración de imputado (ver acta de fs. 194/195), y situó en el domicilio de la calle F. **** de la ciudad de Comodoro Rivadavia.

De manera que, el error en la consignación del domicilio mal puede se considerado por la

defensa como una violación al principio de congruencia, cuando la coherente descripción de los hechos imputados le permitieron a O. entender que ocurrieron en el domicilio de la calle F. ****, sitio donde reconoció vivía con la víctima. Es decir, el domicilio asiento de la familia.

La base del requisito de la congruencia radica en el derecho de defensa, por lo que la nulidad solicitada por el recurrente –que derivaría de la inobservancia de aquél principio– sólo tendría sentido en tanto el acusado se hubiese visto perjudicado para contradecir la acusación, lo que en autos no sucedió.

Injustificado resulta el ataque de la defensa al informe técnico de fs. 16/18, fue oportunamente confirmado por la Cámara de Apelaciones (fojas 313/315 vta.), por lo que la nulidad impetrada resulta extemporánea e impropia de tratamiento en esta instancia.

Por otra parte, acometió contra una prueba cuyo control pudo ejercer a posteriori, o sobre la que podría haber requerido su reproducción o –en todo caso– peticionar el testimonio separado de los entrevistados y de la profesional.

El reproche del casacionista no demuestra el perjuicio que le habría causado la ausencia de una grabación o filmación de las entrevistas mantenidas para elaborar ese informe, mientras que tal pretensión se presenta como insuficiente para vulnerar el derecho de defensa.

La declaración de la pequeña en Cámara Gesell no fue el único elemento de prueba utilizado por el Tribunal para tener por probados los acontecimientos insimulados, por cuanto fueron corroborados por el examen de la médica tocoginecóloga M. M. H. glosado a fs. 15, que dio cuenta de la desfloración de larga data que sufrió la menor, pericia que la profesional ratificó y amplió a fs. 402.

Los informes del S.A.V. validaron la versión de los hechos que relató M., al confirmar el temor de la pequeña a que el acusado regresara a su casa y la depresión, irritabilidad y decaimiento anímico que sufría como consecuencia de los abusos padecidos, circunstancias corroboradas por la historia clínica de fs. 248/254.

No concuerdo con la defensa cuando consideró que las preguntas puntuales realizadas por la Lic. Díaz en la Cámara Gesell fueron una provocación del relato y una interferencia en el discurso de la niña, pues pierde de vista lo difícil es para toda víctima de violencia sexual brindar de manera espontánea información acerca de situaciones tan traumáticas, con la consecuencia de tener que revivir sus sufrimientos ante personas extrañas e interesadas en la averiguación de la verdad.

Las técnicas de interrogación que la Lic. Díaz desarrolló para lograr que la niña relatara

fielmente lo sucedido, fueron destrezas profesionales tendientes a estimular la narración de la pequeña y no una inducción de su relato.

La embestida contra el informe del Dr. Calixto González, cosido a fs. 30, tuvo suficiente respuesta en el fallo impugnado, pues si bien es cierto que el galeno informó la ausencia de alteraciones anatómicas al realizar el examen anal de la víctima, no menos real fue la aclaración de que el tiempo transcurrido entre el episodio de acceso anal y el estudio –un año– le impedían hallar lesiones pues *"el periné se repara, a más tardar, en 20 (veinte) días"*.

Con estos elementos de prueba el a quo consideró que los hechos quedaron debidamente acreditados, conclusión que juzgo acertada y sólidamente fundada.

La impugnación genérica a una supuesta falta de prueba que acredite los hechos inculpados no se condice con la detenida valoración que sobre los elementos colectados en la causa llevaron a cabo los magistrados, en un prolijo pronunciamiento correctamente motivado.

VII) La admisión como indicio del informe de la Dirección del Colegio S. D. S. , al que asistía la víctima es absolutamente valido, ya que no puede considerarse su rechazo por parcialidad. Es que por un lado, el informe sólo da cuenta del rendimiento escolar de la pequeña, de modo que en nada influyó sobre la acreditación

del hecho que se juzgó; y, por el otro, el contenido fue corroborado por la propia víctima.

Por lo expuesto, rechazaré los agravios vertidos por el casacionista en su presentación de fs. 458/473 vta.

VIII) Estimo que el pronunciamiento dictado por el a quo, obrante a fs. 422/456, es una decisión motivada, correctamente razonada que ha establecido con certeza la existencia de los hechos acusados y la participación en ellos del atribuido. También juzgo adecuada la calificación legal efectuada en el fallo y justa la pena que se aplicó en él. En definitiva, el fallo me ha persuadido de que la decisión de la Cámara debe ser confirmada en todos sus términos porque se adecua a derecho.

IX) Propicio, entonces, el rechazo del recurso de casación deducido por el defensor de confianza del acusado, con costas y la confirmación de la sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, protocolizada bajo el N° 25 – F° 453/487 del Año 2007 (artículo 24, inciso 2°, 415, 485 y concordantes del Código Procesal Penal).

X) Regulo los honorarios profesionales de la defensa pública, en la suma PESOS SEISCIENTOS VEINTICINCO ($625.-), no incluye el importe correspondiente al IVA (artículos 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. ley 2200, mod. por la ley

4335, artículo 59 de la Ley 4920).

Así voto.

El **Juan Pedro Cortelezzi** dijo:

El juez que me precedió en el voto ha hecho un adecuado relato de la causa, como así también de los motivos del recurso, lo cual me alivia de esa tarea a fin de no incurrir en tediosas reiteraciones.

Ingresando al análisis de la sentencia, coincidiré con el Ministro Panizzi en el sentido de que el intento no debe prosperar.

Trataré los aspectos propuestos en el orden en que la Defensora Pública lo ha hecho en el recurso y comenzaré con la denuncia de nulidad de la sentencia por la falta de mayoría legal para ubicar temporalmente el hecho y la violación al principio de congruencia.

La base del juicio la determinó la descripción que del hecho efectuó el Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio formulado a fs. 337/46, donde sostiene que los sucesos bajo juzgamiento ocurrieron: *´Cuando la menor M. N. ir N. tenía entre 12 y 13 años de edad (fines del año 2002 a fines del año 2004), es decir cuando la misma cursaba séptimo y octavo año...´*.

El juez Pintos señala que la fecha puede ubicarse en el año 2004, cuando la niña contaba con 13 años de edad y cursaba 8° año, sosteniendo que esta conclusión surge de la propia declaración de la niña en Cámara Gesel.

Aclara que ante la interrupción de la licenciada a cargo de la audiencia la menor rectifica y afirma que en realidad habrían comenzado los hechos a mediados de 7° año, cuando contaba aún con doce años. Esta aclaración de la víctima le permitió concluir que los hechos sucedieron hasta mediados del año 2005, pero que por respeto al principio de congruencia se atendría al límite temporal que fijó el Ministerio Público Fiscal.

Esta observación efectuada por el juez Pintos de modo alguno provoca una digresión con la postura de su colega Montenovo, toda vez que ambos sostuvieron que los hechos ocurrieron en el año 2004. Lo que se plantea en la sentencia, y sobre todo en el primer voto, es la fecha de inicio y de culminación de los hechos denunciados, lo cual no afecta el principio indicado en el recurso.

Y reitero lo que en otras oportunidades dije, que en este tipo de delitos resulta muy difícil determinar con exactitud la fecha cierta en las que se consumaron los abusos, bastando la identificación de un lapso de tiempo en el cual se cometieron.

Tampoco estoy de acuerdo con el segundo motivo invocado por la defensa.

Si bien ha existido un error material al consignarse la ubicación del domicilio en donde ocurrían los hechos denunciados, dicha

circunstancia no afectó la congruencia fáctica del proceso.

Como bien lo indica el doctor Panizzi, citando al juez Montenovo, el propio imputado en la oportunidad de ejercer su descargo reconoció la convivencia con la víctima y ubicó su domicilio en F. ****.

La circunstancia de lugar informada a O., tanto en el requerimiento de elevación a juicio como en la sentencia, ha sido ´en el domicilio donde convivía con la víctima´, siendo éste el elemento que lo ubicaba en el espacio (ya que conocía donde residía), y no la localización exacta del inmueble. De manera que la mutación que menciona la defensa no ha sido esencial y no modificó el hecho objeto de imputación.

El tercer motivo de agravio lo constituyó el informe técnico de fs. 16/8.

En este sentido diré que este mismo planteo ha sido invocado en la etapa instructoria, oportunidad en que la Cámara de Apelaciones sostuvo que la pericia cuestionada no resultaba ni definitiva ni irreproducible, por lo que cabía la posibilidad de su ampliación, la realización de un nuevo exámen, en donde podía proponer perito de parte y nuevos puntos de pericia. Esta opción no ha sido utilizada por la defensa, de manera que no puede venir en esta instancia a sostener que no le conformó aquélla.

Por otro lado, durante el debate, tuvo la

posibilidad de preguntar, cuestionar y/o refutar, al ser convocada la licenciada D. a la audiencia.

En relación a los elementos de prueba valorados por el a-quo para sostener la autoría del imputado, no es cierto que consideraron como único fundamento los dichos de la menor en Cámara Gesel.

El juez que lideró el acuerdo partió de la declaración de la niña en Cámara Gesel, la cual fue importante para lograr la reconstrucción del hecho denunciado.

A partir de este testimonio mencionó y detalló cada uno de los elementos de prueba que acreditaron la veracidad de la denuncia, como la declaración de A. A. B. , tío de la víctima a quien la niña contó por primera vez lo que le había sucedido; el informe psicológico de fs. 16/8; los informes realizados por el Servicio de Asistencia a la víctima de fs. 54, 89, 159, 178 y 180; la declaración de R. M. S. , quien resultó ser el médico de la víctima y le contó sobre los abusos; el informe elaborado por la directora del colegio a donde acudía la niña de fs. 205/6; el informe médico de fs. 15 que indica desfloración de larga data.

En cuanto al informe de fs. 31 aclaró que el tiempo transcurrido al momento del exámen explicaba el resultado de la revisación, por lo que dicha circunstancia no afectaba la veracidad de los dichos de la niña que fueron corroborados

por los demás elementos de la causa.

El juez que voto en segundo lugar se expidió en idéntico sentido, mencionando y valorando cada una de las pruebas ventiladas en el juicio, como así también las críticas esbozadas por la Defensa a la hora de exponer sus alegatos.

Siendo ello así, el tribunal ha fundado la improcedencia del principio in dubio pro reo, analizando correctamente el material probatorio colectado y debidamente debatido en la audiencia oral y pública, sustentando con ello el convencimiento de que los hechos ocurrieron tal como lo relatara la víctima.

Por último, los vicios denunciados en la audiencia de Cámara Gesel, adjudicados a la Licenciada D., no tienen la relevancia que le otorga la defensa, desde que tuvo conocimiento de lo que sucedió en la entrevista al haber estado presente en la sala contigua y pudo formular las objeciones que estimara oportunas respecto a la manera en que se llevaba a cabo la declaración de M. N. N. .

Por todo lo demás, estimo que el fallo pronunciado por el a-quo es una decisión jurisdiccional fundada, conforme lo exige el sistema imperante de la sana crítica y que ha establecido con certeza la existencia de los hechos delictivos y la participación en los mismos del imputado, por lo que propongo se confirme la sentencia en todos sus términos.

Por último estimo adecuada la regulación de honorarios fijada por el preopinante.

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 Justicia; de modo que haré uso de la facultad que prevé el C.P.P., art. 357 -texto según ley 4550, art. 7.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente ----------

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

1°) Declarar improcedente la casación interpuesta a fs. 458/73 vta., con costas (C.P.P. -ley 3155, artículos 485, 486, 488 y concordantes).

2°) Confirmar la sentencia protocolizada con el número 25/2007, de fs. 422/56.

3°) Regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de seiscientos veinticinco pesos ($ 625.), no incluye I.V.A.(Ley 2.200, artículo 14.y Ley 4920, art.59).

4°)Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Pfleger, Panizzi, Cortelezzi.-