En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 02 días del mes de febrero del año 2009, se reunió en Acuerdo en la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia - Presidido por Jorge Pfleger; integrado con los señores Ministros Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, para dictar sentencia en ***"M., V. H. s/ Abuso sexual simple"*** *(Expte. 21.168 - F°45 T II-M-2007)*.

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 363: Rebagliati Russell, Pfleger y Panizzi.

El Juez **Daniel A. Rebagliati Russell** dijo:

I. La Cámara en lo Criminal de la ciudad de Esquel, mediante sentencia del día ocho de octubre del año 2007, condenó a V. H. M. a la pena de dos años de prisión en suspenso y costas del proceso por hallarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple de menor de trece añis (C.P., art. 119 1° párrafo, 1° parte), por el hecho ocurrido en esa ciudad, el día 31 de agosto de 2004, en perjuicio de C. N. W.

Que el hecho objeto del juicio se describió en el requerimiento de elevación a juicio, el cual indica: *´El hecho que dio lugar a esta investigación, ocurrió en esta ciudad de Esquel, el día 31 de agosto del año 2004. En circunstancias en que la menor C. W. de * años de edad, se encontraba en su domicilio, sito en A.*

****, junto a su padre, M. R. W. y su hermanito R. W. de * años de edad, se hace presente en el lugar, un amigo de la familia, V. H. M., quien, mientras el padre de los menores se encontraba reparando un lavarropa, M. permanecía en el comedor jugando con los niños. En un momento determinado la niña C. W., se dirige hacia la planta alta de la vivienda, lugar donde se encuentra ubicado el dormitorio de la menor, acompañada por M., con la finalidad de mostrarle una guarda que había colocado en el mismo. Que una vez allí, M. procede dolosamente a recostar a la menor sobre una cama que se encontraba en el lugar, le baja el cierre del pantalón e introduce su mano por debajo de la bombacho, realizando actos corporales de tocamiento de carácter sexual sobre el cuerpo de la víctima´* -v.fs. 140/1 vta.-

II. A fs. 317/27 el defensor particular, doctor J. O. C., interpuso casación, fundando su recurso en los siguientes motivos:

1.- Falta de identidad entre la plataforma fáctica imputada en la declaración del imputado y el hecho descripto en el requerimiento de elevación a juicio, y los hechos por los cuales la sentencia condenatoria tuvo por recreados, afectándose de esta manera el principio de congruencia.

Cuando desarrolla este punto, aclara que la conculcación que denuncia no se reduce a una mera discrepancia semántica. En concreto sostiene que

en la oportunidad de los alegatos finales, tanto la Fiscalía como la Querella, incorporan al objeto procesal lo dicho por la niña en Cámara Gesell, cuando manifestó que el imputado le había levantado la ropa y le había tocado con la lengua.

Que esta nueva circunstancia no le había sido informada a su pupilo en la oportunidad de celebrarse la audiencia fijada por el artículo 262 del C.P.P., ni en el requerimiento de elevación a juicio.

La descripción del hecho imputado se limitó, continúa argumentando, a tocamientos de carácter sexual, no incluyendo en ninguno de los actos procesales practicados en instrucción, el tocamiento con la lengua o en la zona vaginal.

2.- En este motivo critica la fundamentación de la sentencia, sosteniendo que los jueces no hicieron un razonamiento lógico y se alejaron del sistema de la sana crítica racional.

En este sentido señala que existe una notoria contradicción entre el relato efectuado tanto por el padre y la madre como con la plataforma fáctica descripta con el relato realizado por la menor en sede instructoria.

Así, continúa, la sentencia recoge las dos versiones y las pretende compatibilizar forzando los argumentos y los dichos de la menor para colegir que fue de las dos formas, tanto con el dedo como con la lengua.

En síntesis concluye que el análisis probatorio que efectúan los jueces no se correlaciona con las constancias probatorias obrantes en autos y en especial el que surge del video en que la menor prestara su versión.

3.- Por último, se dirige contra los altos honorarios regulados a las letradas que patrocinaron a la querella.

III. Planteados los motivos de agravio, corresponder ingresar directamente al análisis de la sentencia y al tratamiento de la cuestión planteada en el recurso.-

En cuanto al primer agravio, el recurrente insiste en un punto que ya fue analizado y rechazado por los jueces del debate, por considerar básicamente que la descripción satisfacía el conocimiento del reproche que debía tener el imputado al tiempo de ejercer su defensa, la que por cierto fue efectivamente desarrollada y en modo alguno se encuentra aquí afectada.

En efecto, el anoticiamiento que se le hace a M. en el acto de fs. 52 es suficientemente descriptivo de la acción que se le reprocha, aún cuando no se especificara la zona pudenda del cuerpo que toco al tiempo de introducir su mano por debajo de la bombacha. El hecho de haberse consignado además, la acción de acostar a la niña en la cama, bajarle el cierre del pantalón e introducir su mano por debajo de la prenda

íntima, para realizar actos corporales de carácter sexual sobre el cuerpo de aquella, es una información que cualquier lego puede incorporar a su psiquismo y por ende, comprender a los fines ejercer adecuada defensa al respecto. La descripción se mantiene en los actos imputativos de la querellante y el Ministerio Fiscal de fs. 130/vta y 140/141.

Que, tal como lo han dicho los jueces de grado, la circunstancia de que en el debate, la Querellante y la Fiscalía –basándose en los dichos de la niña vertidos en Cámara Gessell- incorporaran dentro de la conducta endilgada una acción lingual también sobre la humanidad de la menor, nada quita con respecto al tocamiento que anteriormente venía refiriendo. Ello así, por cuanto la acción de "tocar" sus genitales siempre estuvo presente en las indicaciones que diera la niña. Así se lo expresó a sus progenitores, señalando desde el comienzo, inequívocamente la zona a que hacía referencia, y adoptando una denominación propia de su escasa edad. En consecuencia, no se ha producido aquí una variación en la base fáctica que ponga en peligro el principio de congruencia que todo pronunciamiento definitivo debe respectar.

Por lo demás y con relación al segundo agravio, los jueces han dado suficientes razones en cuanto a la prueba valorada, y en ese sentido han destacado los dichos de los padres y el

aporte técnico de la Lic. M. Este último hace referencia, no solo al modo en que debió abordar de la niña, sus características personales, contención recibida, edad y apreciación de sus expresiones, sino también fundamentalmente por aquellos rastros psíquicos y conductas puestas de manifiesto por la niña (enuresis diurna y nocturna) y que por cierto, atento su corta edad y limitada capacidad cognoscitiva, no pudieron ser elaborados ex ante y con una determinada finalidad. Estos rastros son los datos objetivos que sustentan el relato de la niña y por ende, la conducta enrostrada, que ha encontrado justo encuadre en la figura del Abuso Sexual simple y tal como lo prevee el Art. 119 1er párrafo 1era parte del C.Penal.

Finalmente y en cuanto a los honorarios profesionales fijados, entiendo que el planteo formulado en este sentido es inadmisible por extemporáneo, toda vez que el plazo fijado en el artículo 49, Ley 2200 no ha sido respetado.

IV.- En razón de las consideraciones efectuadas propongo se rechace por improcedente el recurso de casación interpuesto por la defensa, con costas, debiéndose regular los honorarios de la defensa en la suma de pesos setecientos cincuenta.-

Así me expido y voto.-

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. La razón por la que esta Sala ha

resultado convocada, fueron indicadas con precisión por el señor Ministro Rebagliati en su voto, el que está antes.

Allí se realizó una semblanza de la sentencia recurrida y, fundamentalmente, una adecuada síntesis de los agravios del recurrente.

Ello alivia la tarea a emprender, pues sustrae de importunar con palabras vanas el texto de esta decisión.

Abierta las puertas, emitiré mi voto.

II. Seguiré, en la exposición, el método que propuso el señor Defensor de confianza en el extenso alegato que ha ocupado las hojas 317 a 327.

a. Falta de identidad entre la plataforma fáctica imputada en la declaración originaria y por el cuál el atribuido fuera llevado a debate según la requisitoria fiscal de elevación a juicio con la acusación fiscal y los hechos que fijó la sentencia.

Quizás pueda cometer, por lo que haré de continuo, el yerro de la porfía; pero creo que bien vale el desliz que implica una explicación acerca la idea que poseo respecto del sentido y alcance del principio de congruencia.

En efecto, en causa "L.", fallada por esta Sala, al opinar sobre el tema atinente a la congruencia que debía existir entre la plataforma fáctica presentada por el Ministerio Fiscal y la sentencia definitiva, dije que no había disvalor

procesal en que se hubiera constreñido la base de hechos de la imputación, lo que resultaba posible si así sobrevenía del debate y de la deliberación ulterior, sencillamente por que no causaba gravamen alguno. Empero, advertí, que lo grave- y sancionable- habría sido expandir el aspecto atinente a los hechos sin que se dieran las previsiones del Código Procesal, por que ello vulneraba, sin dudas, el derecho a defenderse que posee el imputado.

Sostuve, en el caso de marras, que el principio de congruencia importa que el fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación que han sido debidamente intimadas y sobre las que –básicamente- tuvo ocasión de ser oído el atribuido, lo que importa vedar que aquél se extienda a hechos no contenidos en el proceso que garantiza el derecho a audiencia, sintetizado en la regla de correlación entre la acusación y la sentencia (claramente, al respecto, Julio B. Maier en su "Derecho Procesal Penal" T I. Pág. 568).

Referí en "L." a la cita con la que el autor mencionado consignaba la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando exponía: "...La Corte Suprema Nacional, en sus sentencias, parece requerir, como condición para casar el fallo, no solo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino

también las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esa circunstancia...".

La opinión dada es consecuente con la postura que asumí y asumo en relación con el principio que ocupa traducido en la relación inescindible que debe existir entre los aspectos fácticos de la acusación (en este caso la requisitoria de elevación a juicio) el objeto del debate y la sentencia, atadas por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que aquella, la primera, establece.

Es que no se trata, el así pensar, de un mero capricho intelectual o de una veleidad dogmática, sino de asegurar al imputado el ejercicio real y efectivo del derecho a defenderse materialmente durante el proceso (art. 18 CN, 8 de la CADH y 14 del PIDCP, art. 75 inc. 22 CN y art. 44 C.P.Ch) que envuelve la circunstancia de no ser sorprendido por lo que no espera: que el Juez se pronuncie acerca de un hecho sobre el que no ha podido confrontar o controvertir, ni aún ofrecer prueba.

Expuesta la base ideológica que determina mi posición frente al tema, estimo del caso – al solo fin propedéutico – comenzar por el final: la condena, para vincular éste hito con su antecedente primario, la imputación originaria materializada por el Juez a cargo de la

investigación a fs. 52.

Veamos.

M. fue pasivo de una pena en relación con el delito de abuso sexual simple de menor de ** años (art. 119 1er. Párrafo 1era. Parte del Código Penal) y los jueces, en el dispositivo, lo declararon cometido en la ciudad de Esquel, el 31 de Agosto de 2004 en perjuicio de C. N. W..

Esta figura implica, en sus aspectos típicos, la realización de actos corporales de tocamiento o acercamiento, de carácter sexual, con persona de uno u otro sexo menor de * años.

Es abuso sexual, a decir de Donna, "...cualquier acto con sentido objetivamente impúdico, con la única limitación del acceso carnal y que la ofensa sea conciente..." y constituyen actos de esa naturaleza (libidinosos) "...los que son objetivamente impúdicos por afectar partes pudendas de la víctima, aunque el autor no tenga la finalidad de obtener una satisfacción sexual..." (ver Edgardo Alberto Donna en su "Delitos contra la integridad sexual" Segunda Edición Actualizada- Rubinzal Culzoni- Editores, página 24).

Ossorio y Florit, de su lado, comenta que el párrafo 1° del nuevo artículo 119, pune el abuso sexual, es decir, todo acercamiento o contacto del autor con el cuerpo del sujeto pasivo, con miradas libidinosas, sin consentimiento o con aprovechamiento de las

circunstancias en que se encuentra la víctima (ver Manuel Ossorio y Florit, "Código Penal de la República Argentina" Editorial Universidad, páginas 296 y 297).

Expuesto sintéticamente este cuadro inicial, retornaré a la incriminación de origen para intentar confrontar hipótesis legal y "factum" en aras de verificar su necesaria correlación, ya que considero adecuado este sistema de verificación.

Puede leerse en la declaración de imputado, añadida a fs. 52, que V. H. M. fue requerido por "...el hecho cometido en la ciudad de Esquel, el día 30 de agosto de 2004, en circunstancias en que la menor C. W. de *años, se encontraba en su domicilio, sito en A. ***, junto a su padre, M. R. W. y su hermanito R. W. de * años de edad. Se hace presente en el lugar, el deponente, amigo de la familia, quien mientras el padre de los menores se encontraba reparando un lavarropa, permanecía en comedor jugando con los niños. En un momento determinado la niña C. W., se dirige a la planta alta de la vivienda, lugar donde se encuentra ubicado el dormitorio de la menor, acompañada por el deponente, con la finalidad de mostrarle una guarda que habrían colocado en el mismo. Que una vez allí, procede, dolosamente a recostarla a la menor sobre la cama que se encontraba en el lugar, le baja el cierre del pantalón y le introduce su mano por debajo de la

bombacha realizando actos corporales de carácter sexual sobre el cuerpo de la víctima...".

Se ve allí, en ese estado primario de la investigación, la perfecta sintonía entre el hecho hipotético legal sostenido y el resultado final en términos jurídicos.

No da lugar a equívocos que la conminación contiene la descripción de las circunstancias de tiempo y lugar de manera inconfundible y, en lo que hace a las de modo, la referencia a la situación de tocamientos en zonas pudendas de la niña con palabras cuya connotación está también fuera de dudas.

Esta pintura se reproduce en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 140.

Cuando en el debate, específicamente a la hora de los alegatos y la proposición de pena, la querella hizo alusión a "...abusar de la niña tocándole la vagina y pasándole la lengua..." (ver la querella, hojas 288 vta/ 289) y la Fiscalía a insistir en la condena aludiendo a la prueba recogida refiriéndose al testimonio de la menor "...de su mamá, de su papá, analizados en conjunto y valorados con el prisma que nos da la psicología forense..." (ver fs. 291), se tomó en cuenta la escucha en Cámara Gessell en la que la niña víctima hacía alusión a la caricia bucal sobre sus vergüenzas. De suerte que, si la sentencia estableció los hechos de la manera vista no incurrió en un exceso en clave factual y

jurídica que pudiera vulnerar derechos.

La explicación que dio la señora Juez Jones me exime de persistir en palabras al respecto.

Sin desmerecer al resto de sus colegas, y al solo efecto de explicar la razón del juicio emitido, no puedo menos que coincidir con ella en tanto que, con especial inteligencia, marcó que el uso de la lengua "...traído por la niña en la Cámara Gessell..." quedaba abarcado por el concepto general de tocamientos corporales y, por añadidura, carecía de entidad para vulnerar el núcleo "...central del episodio..." que no había variado sustancialmente. Destaco, igualmente, su ilustrativo ejemplo y coincido, por las razones que expuse anteriormente, con la ausencia de sorpresa que ese elemento pudo provocar en el esforzado defensor.

Así procedo pues el testimonio de la menor fue visto y oído durante el desarrollo de la audiencia de debate, pudo confutarse al respecto y su invocación no pudo provocar extrañeza.

Diferente hubiera sido si, por ejemplo, esa circunstancia hubiera sido decodificada legalmente como "gravemente ultrajante" (una calificante con incidencia perniciosa sobre la sanción) o aún como una característica objetiva (elemento) de una figura distinta y más severa: la del abuso sexual con acceso carnal (no se pierda de vista que en doctrina se discute esa condición respecto del cunnilingus).

No veo obstáculo, entonces, para repeler la impugnación en ese sentido.

b. Falta de una fundamentación lógica en los votos de los señores Jueces. Ausencia de aplicación de la sana crítica.

Cuando en ocasiones he estudiado argumentos del talante de los que ha expuesto la defensa, me he preguntado si acaso no se trata de un mero recurso de semántica para poner en tela de juicio el valor que los jueces asignaron a la evidencia, que es otra cuestión diferente.

Porque ilogicidad implica, como defecto, el apartamiento del sentenciante de las reglas del recto pensar, uno de los ingredientes de la sana crítica, pero no un pensar diferente de quien impugna.

Consecuentemente el agraviado debe demostrar en qué medida o porqué razón encuentra vulnerados, por ejemplo, los principios de no contradicción, tercero excluido, razón suficiente o identidad.

Y no lo ha hecho en el caso.

Por otra parte hemos reiterado nuestra posición en punto al contenido del concepto "sana crítica" como método de apreciación de la prueba y en ese sentido establecido que ésta, como camino, es el modo de conocer, de llegar a la verdad posible, a la certeza, caracterizada por la aplicación de las reglas del recto pensar basadas en la lógica, la psicología y la

experiencia, a cuyo través las consecuencias se derivan de sus causas conforme el observador imparcial.

También, ha menester exponer la profunda relación de estas categorías con la arbitrariedad.

Ello es así porque arbitraria es la sentencia que no da razones o cuyas razones trasiegan de modo intolerable las reglas de la lógica, la experiencia o la psicología y que un adjetivo tal implica reconocer (o denunciar para el caso de la que viene en casación) que el acto jurisdiccional de que se trata es el producto del arbitrio o capricho de los jueces antes que una derivación razonada del derecho vigente atenida a las constancias de la causa, constituyendo un verdadero abuso del poder estatal del que, aquellos los jueces, están investidos. Como expusiera en ocasiones, una frase casi diría pueril se me ocurre sintética para conceptuar un postulado arbitrario: "Es así porque es así", justificándose cualquier conclusión en esa manera autoritaria

Empero, desde un ángulo inverso el mote de arbitrario no lo merece una manifestación jurisdiccional por el sólo hecho de que la conclusión a que se arriba no se funda en todos los elementos de convicción que se han considerado; sólo lo sería si encontrara su base en prueba inexistente o falseada en su realidad o

significado, o si careciera de racionalidad.

Tampoco aquella padece del defecto porque esté en contra de alguno o algunos de los elementos probatorios de la causa. El sentido y grado de convicción que refleja la motivación de la sentencia debe ser cotejado con la racionalidad y aptitud que tiene la prueba enunciada para generar tal convencimiento, más allá de que sus conclusiones puedan escapan al control porque dependen de la inmediatez propia del debate y se encuentran expresamente vedadas a esta instancia por la limitación que, por esencia, reconoce la teoría sentada en “Casal”.

Los Jueces han creído en la niña, no sólo por lo que expuso en su testimonio en Cámara Gessell, sino por la fe que merecieron el testimonio de sus padres y la experticia de la Licenciada M. quién, a estar al acta de debate, señaló, con precisión, la existencia de indicadores de abuso reconocidos por la ciencia como denotativos de ello.

No debe perderse de vista el dictamen de fs. 242, otro elemento más que abonó la decisión jurisdiccional.

Por último no hay disfuncionalidad en que la sentencia fuera al núcleo del asunto, derechamente: el tocamiento impúdico. Sea como hubiere sido transmitido, ese tema fluye con toda evidencia.

Ya lo expuso el colega Rebagliati y comparto

plenamente sus conclusiones.

La adecuación típica es la adecuada, pues están dados los requisitos del art. 119 primer apartado del C.P.

c. Los honorarios.

El recurso de casación no envuelve a los honorarios, el señor defensor debió acudir al mecanismo de la Ley, la 2200, para discutir allí los montos impuestos, en tiempo oportuno.

A mi juicio ese ítem debe ser rechazado.

Suscribo, entonces, la validación completa de la escrutada.

El juez **Alejandro J. Panizzi** dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Daniel A. Rebagliati Russell y Jorge Pfleger, 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. 317/27, con costas (C.P.P. -ley 3155, artículos 485, 486, 488 y concordantes).

2°) Confirmar la sentencia protocolizada con el número 45/2007, de fs. 297/315 vta.

3°) Regular los honorarios profesionales del

doctor J. O. C. en la suma de setecientos cincuenta pesos ($ 750.), no incluye I.V.A.(Ley 2.200, artículo 14.y Ley 4920, art.59).

4°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: R. Russel, Pfleger y Panizi.-