PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

AUTOS: "M., C. A. s/ abuso sexual de menor de *años...” (expte. 21.095-33-2007).

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 03 días del mes de febrero del año dos mil nueve, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrado por los señores Ministros Jorge Pfleger; Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, bajo la presidencia del primero de los nombrados para dictar sentencia en los autos caratulados **“M., C. A. s/ abuso sexual de menor de ** años mediante intimidación, con acceso carnal por vía oral...”** (Expte. N° 21.095 – F° 33 – Año 2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 413: Rebagliati Russell, Pfleger y Panizzi.

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

Contra la sentencia definitiva que condena a C. A. M. la defensa interpone impugnación ordinaria.

La Cámara en lo Criminal de la ciudad de Esquel, mediante sentencia del día veintiocho de agosto de dos mil siete, condenó a M. como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual de menor de ** años con intimidación y acceso carnal en concurso ideal con corrupción de menores de ** años con intimidación –dos hechos–, imponiéndole la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas.

El objeto procesal sobre el cual se abrió el debate lo constituyó el hecho descripto en el

requerimiento de elevación a juicio, el cual sostiene: *"...que el día 07 de septiembre del año 2003, alrededor de las 19.00 horas, en circunstancias en que A. M. y los niños L. N. y J. S., quienes contaban con * y * años respectivamente, se encontraban en el domicilio de R. M., (ex pareja de la madre de los pequeños), sito en B° 20 Viviendas, Pasaje Mermound Casa N° ** de esta ciudad, con quién éstos mantienen un fuerte vínculo afectivo y, aprovechando la ausencia de otras personas mayores de edad en la vivienda en ese momento el encartado procedió a poner una película en video en presencia de ambos niños, ocasión en la que durante una escena de alto contenido erótico, el menor L. le solicitó que la apagara porque "...se le había parado el pito...", manifestándoles aquél que "...a él también...". Posteriormente procedió a bajarse el cierre del pantalón para luego extraer su pene, requiriendo a L. que le realizara una fellatio in ore, respondiendo el pequeño "... que no quería hacer eso...", pero M. insistió a los gritos y asustado no opuso resistencia, introduciéndolo el pene en la cavidad bucal, todo ello presenciado por su hermano J. S., y así conociendo las edades de los menores y por ende de su inmadurez sexual, aprovechándose de la prevalencia que en ese momento tenía sobre ellos, mediante intimidación, los inicio en forma dolosa y prematura en*

prácticas sexuales depravadas” (v.fs. 89/92).

Que a fs. 338/64 vta. se encuentra agregado el recurso de casación interpuesto por el defensor particular, doctor J. J. R. M., sentando la impugnación sobre dos motivos: a) la prueba traída al juicio y la valoración de la misma y b) la tipificación del delito adjudicado a su pupilo.

En primer lugar sostiene que las pruebas aportadas por la Fiscalía y la querella no tienen la certeza tal que se exige para llegar al decisorio condenatorio.

En este sentido afirma que de la lectura de la sentencia se desprende que la prueba que le permite a los vocales llegar a la condena se basa en tres elementos: el informe psicológico de la licenciada M. y su declaración en el debate; la declaración de los menores en Cámara Gesell; y la declaración de los padres de los menores, coincidentes con el relato de sus hijos.

Critica duramente el informe y la declaración de la perito M. ya que, a su juicio, un psicólogo no puede determinar o validar sí un hecho paso o no y menos aún con una entrevista en Cámara Gesell.

De la audiencia señalada dijo que no es tan clara y contundente como lo expresa la psicóloga y el fallo, y describe situaciones observadas en la misma que a su juicio serían irregulares.

En cuanto a las declaraciones de los padres

sólo opina que no aportaron nada para la acreditación del hecho, ya que se limitan a expresar lo que relataron los menores. Además asegura que muchas cuestiones planteadas no han sido probadas y esta circunstancia no hace más que sembrar dudas en todo el caso.

El segundo punto menciona la errónea tipificación del delito.

Así, sostiene que más allá de los argumentos expuestos en el primer punto, la calificación escogida no es correcta, argumentando que el artículo 119, 3° párrafo deja una laguna respecto del acceso carnal, dado que nada dice sobre la penetración vía oral.

Con respecto a la corrupción de menores considera que en el caso no se dan los caracteres subjetivos del tipo penal.

Planteados los motivos de la impugnación, cabe analizar si los mismos resultan procedentes.

Luego de una detenida lectura de la sentencia, y de haber procedido a la audición de la grabación correspondiente a la audiencia en Cámara Gesell, llego a la conclusión de que el tribunal ha satisfecho acabadamente con el mandato de motivación. En este sentido, han valorado detalladamente la prueba arrimada al proceso, dando explicaciones de la apreciación que han hecho de la misma. Asimismo, indicaron cuáles eran las pruebas existentes en contra del imputado, y desecharon aquéllas aportadas por la

defensa, explicando en cada caso dicha decisión.

Así, como bien lo mencionan los jueces de Cámara, la sustanciación de esta causa se originó con la denuncia de la madre de las víctimas, habiendo tomado conocimiento de lo sucedido por su ex pareja, R. A. M. (hermano del imputado en autos), a quien J. acudió en primer término para contarle que su hermano –A. M.– lo había obligado a L. a practicarle sexo oral.

A raíz de lo expuesto se inició la investigación , con la correspondiente intervención de las partes.

Sostienen los sentenciantes que, de las dos versiones expuestas en el debate, se encuentra plenamente acreditada la hipótesis acusatoria.

Para ello valoraron las declaraciones de los niños en Cámara Gesell, y la apreciación que de los mismos hizo la Licenciada M. en el informe de fs. 17 y en la audiencia de debate. Asimismo hicieron hincapié en el indicio de oportunidad conformado por la declaración del propio imputado de haber estado con las víctimas en las circunstancias de tiempo y lugar apuntadas.

A estos elementos le suman la declaración de los progenitores.

Advierto entonces que es cierta la apreciación hecha por la defensa en cuanto a los elementos probatorios que tiene en cuenta el Tribunal para fundamentar la sentencia condenatoria.

En lo que no concuerdo es en la falta de reconocimiento que la recurrente le da a esta prueba, que, a mi juicio, teniendo en cuenta el delito investigado, resulta suficiente.

Los testimonios de los niños, si bien no han sido del todo claros, debido al estado de nerviosismo y angustia que los invadió en la audiencia, han sido contundentes en cuanto a los signos detectados a través de las imágenes, en donde se observa incomodidad y reticencia a evocar el abuso para evitar el trauma de la reviviscencia.

Y este relato acusatorio adquiere más firmeza y solidez con el registro domiciliario practicado en la vivienda indicada por los niños, ocasión en la que se secuestran dos videos casetes cuyo contenido no se contradice con las escenas referidas por ellos –v.informe de fs. 17.

Respecto a la autoría, desde un primer momento señalaron al imputado, manteniendo esta acusación hasta días antes del juicio oral, cuando le volvieron a relatar a su padre lo acontecido.

Por otro lado, no se advierte ningún interés en los niños de torcer deliberadamente la verdad de lo ocurrido en perjuicio de su tío, ni se aprecia que aquellos posean un desarrollo psíquico como para urdir un plan en su perjuicio sin ninguna motivación que lo justifique, máxime si se tiene en cuenta que el mismo no se

domicilia en aquella ciudad y resulta ser el hermano de la pareja de su madre, a quien los niños acudieron en primer término para anoticiarlo acerca de lo sucedido.

En relación a las críticas esbozadas contra la actuación de la perito interviniente, es cierto que este tipo denuncias plantean dificultades para el sistema legal, ya que en muchos casos, teniendo en cuenta las edades de las víctimas y que ocurren en un ámbito privado, lo tornan difíciles de probar.

Pero también debemos tener en cuenta que los niños son capaces de reproducir las cosas que han presenciado –en el caso de J.– y vivido –en el caso de L.–, en forma certera, como ha ocurrido en autos.

Tuve la oportunidad de reproducir en esta instancia la audiencia en Cámara Gesell, la cual ha sido criticada por la recurrente.

Ello me permite contestar a las irregularidades denunciadas por la defensa, y sostener que la misma no contiene ningún vicio que la invalide.

En primer lugar analizaré la observación de la defensa que sostiene que un psicólogo no puede determinar o validar si un hecho ocurrió o no.

La expresión formulada es exacta, y todos los que ejercemos la judicatura, entiendo, lo tenemos presente.

En el caso de autos, la perito no señaló la

existencia del hecho, sino que luego de describir situaciones vividas durante la audiencia en Cámara Gesell, sostuvo que los dichos de los niños resultan creíbles.

Y la labor de esta profesional de ninguna manera puede ser desechada porque a la defensa no le agradó la manera en que la licenciada manejó la audiencia, ya que si bien es cierto que su dictamen no resulta vinculante para el tribunal, debe valorarse como medio de prueba, ya que procede de una elaboración efectuada por expertos, que analizan ciertos aspectos de los relatos, que le permiten vincularlos con la realidad, descartando la existencia de una conducta mendaz, patológica, o con indicadores ciertos de una posibilidad de fabulación.

Así, la finalidad de la intervención de la Licenciada M. se limitó a validar el relato de los menores, y la incorporación de esta apreciación a la sentencia es válida, ya que no hubo ningún otro examen o explicación razonable por parte de la defensa que autorice el apartamiento.

Sin embargo daré razón a la recurrente cuando afirma que la entrevista debió hacerse con los niños por separado, no desprendiéndose de la investigación el motivo por el cual decidió hacerla en forma conjunta. Ello así por cuando la individualidad de la entrevista garantizaría una mayor libertad de expresión en quien depone bajo

esa modalidad, y ausente de toda influencia que pudiera ejercer la persona que lo acompaña.

No obstante esta observación, de la reproducción del video no se desprende que la modalidad seleccionada haya afectado la declaración de los niños. Así, se evidencia que L. presta más interés en lo que estaba ocurriendo en la Cámara Gesell, atendiendo a la licenciada y respondiendo a las preguntas que le formularan, mientras que J. se muestra más disperso, queriendo retirarse en todo momento del lugar, respondiendo algunas de las preguntas en un tono muy bajo, prefiriendo, aunque inconscientemente, utilizar un lenguaje corporal y gestual para ejemplificar lo sucedido.

En cuanto a los demás aspectos mencionados en el recurso diré que los mismos no tienen trascendencia como para invalidar el acto y, si a juicio del recurrente afectaban alguna garantía del imputado, debió proclamarlo en el momento oportuno.

Aclarado ello, paso al segundo agravio, relacionado con la calificación legal del hecho, habré de concordar con la defensa respecto a que no es correcta la efectuada por el a-quo, pero disentiré con la propuesta en el recurso.

Analizado el hecho bajo juzgamiento, infiero que corresponde encuadrar el mismo dentro de la figura prevista en el artículo 119, 2° párrafo.

En la oportunidad de integrar la Cámara en

lo Criminal de la ciudad de Trelew, en autos "C. E. s/ Abuso sexual", sostuve: "... En este sentido la nueva norma establecida en el Art. 119 del C. Penal, sancionada por la Ley 25.087, refiere una penalidad mayor cuando, por la duración del abuso o las circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. Entiendo que es precisamente la situación sub exámine la que el legislador pretendió sancionar con mayor penalidad que el abuso deshonesto simple, y el que no debe hacerse mayor hincapié en la duración del acto sexual en sí, sino en su modo de "realización". Esta variante prevé la realización de un acto único que resulte altamente dañoso para el sujeto pasivo, ya sea por el carácter degradante de la conducta o por el peligro que ella trae aparejada para la víctima. Cita Donna la definición de Gavier, en cuanto este último los conceptualiza como actos que, en sí mismos, son intrínsecamente escandalosos, humillantes, peligrosos, y de un alto contenido vejatorio para la victima (E. A. Donna "Delitos contra la integridad sexual"). No cabe duda que la introducción forzada del miembro viril en la cavidad bucal y la exigencia a la víctima de que trague el semen producto de la eyaculación constituyen este extremo de degradación, pues es un acto humillante y de alto contenido vejatorio. Por todo ello es que

entiendo que la conducta del enjuiciado debe ser atrapada en la figura del ABUSO SEXUAL gravemente ultrajante por el modo de realización (Art. 119 2do párrafo del C.Penal)..." (sentencia protocolizada bajo el N° 43/03, del 3 de septiembre de 2003).

Y en idéntico sentido valoro el hecho bajo juzgamiento.

A mi juicio, la conducta descripta no constituye un acceso carnal como lo indica la sentencia.

Aunque la doctrina y jurisprudencia aún discuten conceptualmente el tema, lo cierto es que la posición que prevalece es la restrictiva, que entiende el acceso carnal como la introducción del órgano masculino en vía vaginal o anal, no adaptándose la vía bucal en el precepto del tercer párrafo del Artículo 119 del C. Penal.

Como lo explica Donna en su obra, esta posición tenía a su principal defensor, en nuestra doctrina, en Nuñez, quien fundaba su postura tanto en razones científicas como en los propios antecedentes legislativos (cnf. *"Delitos contra la integridad sexual"*, pág. 58, ed. Rubinzal-Culzoni, 2000)

Ello sin perjuicio de la reforma introducida por la ley 25.087, que vuelve a utilizar el término *"acceso carnal"*, con el agregado *"por cualquier vía"*, entendiéndose que las vías a las

que se refiere son las mencionadas en el párrafo que precede.

Durante el debate de la ley 25.087 ha sido materia de discusión si la "fellatio" se considera o no violación, como así también cuál era la manera mas conveniente de describir la conducta.

Sin embargo la fórmula salió tal cual fue presentada en el proyecto, a pesar de la discusión, no se modificó este acápite, y si la intención del legislador ha sido preservar el texto, no optando por una enunciación taxativa de las vías a las que se refiere el artículo, se debe respetar el espíritu de la ley.

Resulta interesante el análisis elaborado entre el Senador Yoma y el Presidente del Senado, en donde claramente éste último deja sentado que los ejemplos enunciados por el legislador (relacionados con la cavidad bucal y la utilización de elementos para la penetración) quedan cómodamente contemplados por el segundo párrafo del artículo 2° (cnf. L.L., T.1999 - B "Antecedentes Parlamentarios", págs. 1622/23).

Entonces, como bien lo explica Donna en la obra citada, no se debe interpretar literalmente la expresión "por cualquier vía", ya que de hacerlo se ampliaría el tipo de manera descomunal.

De acuerdo a lo expuesto, y siguiendo el criterio que he venido sosteniendo, propicio que

se califique el hecho bajo juzgamiento como Abuso sexual gravemente ultrajante.

Por otro lado, sostengo que dicha figura no concurre idealmente con el delito de corrupción, ya que esta última requiere un dolo específico que ni siquiera se vislumbra en la descripción del hecho efectuada por el Ministerio Fiscal; por lo que deberá absolverse a C. A. M. del delito de corrupción que damnificara a J. S.

Teniendo en cuenta el cambio de calificación, corresponde –en mi concepto– disminuir la pena oportunamente aplicada. Para ello tengo en cuenta como agravantes la naturaleza de la acción, el modo y contexto en que la acción fue llevada a cabo, en especial el aprovechamiento de la guarda circunstancial que poseía en virtud del grado de parentesco que detentaba, la escasa edad de los niños y la violencia que implicó el exigir la consumación del acto, con el consecuente perjuicio que tal acto significó para los menores. Como atenuantes, las condiciones socio-culturales del prevenido, su falta de antecedentes y demás pautas mensurativas previstas en los artículos 40 y 41 del código sustantivo, razón por la cual encuentro justo y razonable imponerle la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas.

Por último deberán regularse los honorarios de la defensa en la suma de dos mil pesos ($

2.000.-) (Ley 2.200, artículo 14).

Así voto.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. La presentación del caso que ha realizado el distinguido Juez que emitió opinión antes, hace más fácil la tarea de inspección que me corresponde.

Se ha reseñado el objeto del juicio, la sentencia y lo que constituye la materia de la impugnación, por lo que redundar al respecto sería un exceso inconducente.

Emitiré mi voto entonces.

II. Seguiré, en mi escrutinio, el plan que propone la defensa y así:

a. la prueba traída al juicio y la valoración de la misma.

En el escrito que está añadido entre las hojas que llevan los números 338 a 364, el impugnante desarrolló los motivos de sus agravios.

Respecto del punto de que se trata, criticó severamente la prueba de cargo de la que se había valido la "a-quo" para consolidar su estado de certeza, y puso en crisis el cuerpo del que aquella se sirvió para cimentar la declaración de hechos fuente de la condena.

Pero ya decía que el trabajo del doctor Rebagliati me autorizaba a no repetir mas evocar con puntualidad esos datos, por ello iré derecho al grano.

Sin dudas que el letrado a cargo de la defensa ha puesto en picota los mecanismos de razonamiento que los Jueces aplicaron para decodificar la prueba rendida en el debate.

Empero, luego de leer con atención el fallo en crisis no encuentro, en cuanto concierne a la prueba de la perpetración del hecho y su autoría, fisuras en su construcción lógica.

Si por logicidad se entiende la observación de los preceptos del correcto pensar, traducidos en un discurso que no trasiegue ninguno de los principios establecidos: principios de identidad, de contradicción, tercero excluido y razón suficiente, los Magistrados han cumplido correctamente.

Considero, como lo ha hecho mi colega preopinante, que la “a quo” ha valorado detalladamente la prueba arrimada al proceso brindando una explicación adecuada de su juicio, con detalle de las pruebas de cargo y su valor.

Veamos.

Entre las pruebas atacadas se encuentran las versiones del hecho otorgadas por los menores víctimas.

Estos narraron de modo unívoco la situación vivida, que fue sostenida y concordante con los aportes efectuados por su madre de ellos, en relación con lo acontecido el día en cuestión cuando el imputado quedó a cargo de los niños.

Puedo coincidir con la defensa en cuanto

atañe al cuidado con el que debe ponderarse el testimonio de las criaturas en los casos de abuso sexual.

Esa precaución se redobla cuando el interrogatorio es intermediado por un profesional, cuya intervención, aún quiera que no, interfiere de algún modo si no en la evocación (los recuerdos, pienso, no pueden manipularse en ese breve lapso) al menos en la manifestación.

Pero, cuando he podido ver la cinta de vídeo que contiene, a mi juicio, una versión aceptable para constituirse en fuente de cargo y le añado otros hechos indicativos y opiniones profesionales, concluyo en que las evidencias superan airosas las objeciones de la defensa.

Me ocuparé de las fuentes presuncionales.

Los hechos indiciarios, son, por definición, objetividades desde las que es posible realizar operaciones intelectuales útiles a la tarea probatoria.

Nos lega Morello algunas enseñanzas sobre su apreciación y valor cuando refiere, textualmente, a que "...Si hay un sector del mapa probatorio que lleva al operador jurídico (juez, jurado, árbitro, abogado) a trabajar en un frente de conjunto, en una red que, interactuante, anude y teja, es el de los indicios: dispersos acaso débiles o insuficientes, si son tratados en solitario, pero que multiplican e interactúan en

la recíproca articulación y en función unitaria, el valor de convicción de las evidencias. Las parcelas, los indicios abastecen a las presunciones (así, en plural) que, se reflejan en el paciente armado de la totalidad de esos cabos sueltos. Tan delicada y compleja trama se dibuja, a los fines de la carga de probar, enlazando débiles consistencias parciales, en una ponderación que relaciona unos indicios con los otros por construir un plexo de hecho en unidad combinada. No hay modo de captar esas partes sino en un todo; sólo así se desemboca en un cuerpo de fuerza compacta.Y es indebida fractura y dispersión hacerlo aisladamente (mentamos la balcanización) porque el intérprete de la prueba le atribuye al conjunto la aparente debilidad de lo que quedó desarticulado; por tratarse de un examen incompleto la anemia que podría exhibir cada indicio, contrariamente, de ser aprehendidos en visión totalizadora, cobra un nuevo espesor y su verdadera y definitiva significación...”(extracto de la nota “El peso de los indicios y la valoración de la prueba de presunciones en el delito de violación” aparecido en LL 1998 – A – 312).

En consecuencia, es menester apreciar el plexo en su dimensión universal, procurando enlazar los hilos que dejan cada uno de ellos en una tarea de reflexión totalizadora que autorice o no a verificar su significado.

El secuestro de dos vídeos con contenido erótico en una casa, carece de sentido si lo pensamos en ese contexto de lugar. Es corriente que las personas posean ese material en las sociedades que respetan escrupulosamente los ámbitos de privacidad.

Pero el secuestro de dos películas de ese talante, en el sitio adonde dos menores denunciaron actos de abuso que tuvieron como prólogo su exhibición, es otra cosa.

Y es otra cosa pues puede pensarse, claramente, en que una de esas dos cintas fue pasada para que los niños la vieran, tal lo relataron en sus testimonios, que cobran vigor para desnudar la realidad que se arguyó en la acusación y fue aceptada por los jueces.

Pero, ¿es ésta cualquier casa?, nos preguntamos. No; es un solar vinculado con el atribuido. La casa de su hermano. La casa adonde, en el día y en la hora señalados en la sentencia, los niños S. y él se hallaban a solas (una versión que nos viene desde el momento mismo de la denuncia, incorporada por lectura). Y volvemos a pensar con sentido cargoso.

Concordaré con el Tribunal de Juicio en que el inculpado ha sido mendaz, y que ello importa la existencia de indicio de mala justificación en su contra; lo ha sido cuando afirmó que los vídeos habían sido llevado por los niños y exhibidos por iniciativa de ellos.

No me asombra la precocidad. Pero la percepción que tengo de los párvulos me impide creer que un hombre de ** años no pueda administrar una situación que el sentido común indica que debía censurar, de haber sucedido lo que alegó en su beneficio.

El Tribunal también tuvo en cuenta los aportes efectuados por la Psicóloga Forense, Licenciada S. M., quien asistió a los menores víctimas en su declaración en la Cámara Gesell.

Ella informó que los niños “... se presentaron espontáneos y vivaces, con gran despliegue verbal y conductual durante la entrevista. En la Cámara Gessell fue notorio el cambio conductual y emotivo cuando se refirieron al hecho específico vivido. Lo que permite inferir que los menores presentan trastornos disociativos, mecanismo de defensa que les permite sobrevivir a situaciones altamente traumáticas, conservando una adaptación aparentemente normal al entorno. Los sentimientos y emociones que volvieron a actualizar en la Cámara Gessell fueron de tal magnitud que provocaron un intenso clima emocional incluso J. al no poder tolerarlo se acurrucó en la silla y quiso retirarse. L. refiere: “...no dije nada porque se iban a enojar conmigo, mi mamá y mi papá. Tengo miedo. Pero mi hermano habló... Quiero que vaya preso...” El “silencio” de L. supone la convicción de que las vivencias en

cuestión son incomunicables. El silencio del menor puede llevar a la confirmación de lo denunciado. Los menores requieren tratamiento psicológico, especialmente L., para ser liberado de la culpa y de la responsabilidad (dice: "yo lo hice"). Por los estereotipos de masculinidad se espera que un varón sea fuerte y se sepa defender por lo tanto estas cosas no deberían pasarle. El abuso no sólo atenta contra la autoconfianza masculina sino además lleva implícito el estigma de la homosexualidad, el entramado es más complejo, no cuenta porque es la defenestración de su masculinidad, lo esconden. Doble razón de secreto en el varón. Quedan sujetos atravesados por conflictos profundos. Quedando grupos familiares marcados por la violencia y a merced de inciertas consecuencias, ya que lesiona estructuras psíquicas fundamentales en pleno desarrollo. Hay un niño elegido porque el abusador lo considera más vulnerable porque presenta un retraso madurativo, porque está buscando algún contacto o porque es menos probable que rompa el silencio. Para la entrevista en Cámara Gesell se recreó un ámbito que brindó a los chicos la seguridad y la expansión expresiva necesaria para la comunicación de su suceso tan doloroso. Se tendió a recrear un clima de contención para ir llevando gradualmente a la situación traumática vivida. Como conclusión de esta entrevista se convalidó

el relato de los menores, confirmando que sufrieron una experiencia abusiva. Con respecto a la película secuestrada si bien no se puede afirmar con certeza que fue vista por los niños, tampoco se encontraron contradicciones entre lo que los chicos refirieron de escenas de la película vista por ellos y la película secuestrada. Por lo expuesto se sugiere despejar responsabilidades, aliviar a los chicos de su inevitable sensación culpógena frente al torrente de acontecimientos que han desencadenado con su hablar ...” (ver el informe de fojas 17/vta. incorporado al debate por su lectura)

Al respecto, considero, como lo hiciera el Ministro Rebagliati Russell, la entidad probatoria de aquella referencia, materia sobre la que, según surge de la sentencia y no ha sido puesta en duda, fue interrogada la licenciada M. durante el curso del debate.

Esas contestaciones no han llegado a la impugnación sino a partir del comentario y análisis que han hecho los jueces; pero aún de esta manera no resulta aceptable discutir su calidad ni descalificar la valoración de los sentenciantes.

Trataré de ser más claro, si acaso no lo hubiera sido de ese modo.

No me parece desatinado que la profesional hubiera explicado las características del abordaje de los menores y las dificultades que

presentó debido a los problemas en el desarrollo madurativo que padecía el abusado, y las notas propias del núcleo familiar de pertenencia.

Documentos incorporados por su lectura al debate (ver especialmente 25/28, 33, 46, 47 y 48) coinciden en identificar en el impúber ciertos síntomas de capacidad diferente (síndrome de Pfeiffer) que condicionan su intelecto y repican en la familia inmediata.

Tampoco es insólito que la sentencia dejara sentado que, a su juicio de ella, los relatos de los niños eran válidos, descartando cualquier posibilidad de fabulación, sobre la base de ese informe.

Generalmente los expertos que intervienen en el proceso para auxiliar a los jueces en una materia tan delicada, se pronuncian de este modo pues están capacitados para percibir la calidad de una evocación infantil aunque el contacto sea breve. Puedo emitir este juicio basado en mi propia experiencia como Magistrado.

Pero, y discrepo con la distinguida defensa en ello, esas opiniones no "prueban" el hecho, ni "certifican" la veracidad de un relato, la locución "validar" con la que es común denotar la conclusión, sirve en todo caso –y como ya lo dije antes– para orientar la apreciación que, luego e inexorablemente, deberá formular el Juez.

Es por ello que fue atinado el trabajo de los Jueces de Mérito quienes supieron desmenuzar

adecuadamente cada elemento aportado por la profesional, en una prolija interpretación de cada una de las circunstancias que interesaban para la correcta lectura de lo acontecido.

El ataque de la Defensa sobre las particularidades de la audiencia realizada en la Cámara Gesell, también merece algún comentario de mi parte.

Ya el Ministro del primer voto se ha ocupado exhaustivamente de este particular y asiento con él en que, posiblemente, el método seguido para interrogar no haya sido el más ortodoxo a la hora de realizar el acto conjuntamente, con ambos niños.

Pero de allí a que se invalide con ello la deposición o que pierda valor convictivo, hay un trecho que no estoy dispuesto a franquear.

Es verdad que la manera de obtener el testimonio de menores edad no está normatizada. El complejo de leyes protectivas condiciona las prácticas judiciales en este sentido. Se opta por lo más útil.

Se ha impuesto así la “Cámara Gesell” y un interrogador calificado como ámbito y modo de realización del acto procesal que, por lo demás, es controlado por las partes y materializado en presencia del Juez o del Órgano Fiscal encargado de la investigación (el caso) comunicándose las preguntas que se formulan al interlocutor del testigo.

Por consiguiente no trasiega norma ninguna el hecho de que las cosas hubieran pasado como pasaron en la medida en que: a. no se ha vulnerado el ejercicio del derecho de defensa en juicio, pues se ha podido controlar y confutar los testimonios (el acta de fs. 13 da buena cuenta de ello). b. no se ha damnificado a los niños que pudieron exponer sin mella de la especial consideración que merece al orden jurídico.

Pondero adecuado transcribir las expresiones del segundo voto de la sentencia como manera de demostración del tratamiento dado: "*...Este relato que los niños fueron haciendo en forma prácticamente conjunta y desordenada a instancia de la entrevistadora y en la que al final ya era dificultoso, la contención de J. que insistía en salir de la Cámara y que se ovillaba sobre la silla mientras su hermano daba detalles de lo sucedido, que en ningún momento se contradijeron entre sí, ni aportaron dato alguno que se contrapusiera a la hipótesis imputativa, fue realizado el día 22 de septiembre del año 2003, según acta de fojas 13 y es esencialmente idéntico al que le formularon a la denunciante el día después del suceso, tal como se desprende del acta de denuncia de fs. 1 y vta. y de lo declarado por E. S. V. en la audiencia, es decir que los chicos han mantenido con todos los operadores el mismo relato, lo que adquiere una*

significativa importancia teniendo en cuenta su edad y la angustia que les causa referirse al hecho, según lo explicaran tanto la Licenciada M. como sus progenitores V. y S....” (del segundo voto).

Este criterio no ha sido mellado por la impugnación y, en este aspecto, la sentencia carece de defectos que puedan, seriamente, objetarla.

b. la tipificación del delito adjudicado a su pupilo.

Sentado el plano de hechos fijados por la sentencia, continuaré con la tarea de inspección que implicará, como paso conveniente, analizar algunos aspectos de las figuras penales en estudio. Con relación al delito de promoción de la corrupción de menores que ha aplicado el Tribunal del juicio habré de coincidir con el Ministro, doctor R. R., en que no está presente el elemento que abastece al tipo subjetivo.

Me explico.

Nos enseña el maestro Ricardo Nuñez que: *“... La corrupción es la depravación de los modos de la conducta sexual en sí misma. La depravación puramente moral, de los sentimientos y de las ideas sexuales, también es corrupción, pero no entra en el ámbito de los artículos 125 y 126. Estos artículos atienden al efecto de esos sentimientos e ideas sobre el comportamiento de la persona en el ámbito sexual. La deformación de*

la práctica sexual de la víctima es, sin embargo, secuela de la deformación de sus sentimientos e ideas sexuales...” (Derecho Penal Argentino, Parte Especial, tomo IV, edición Libros Científicos, 1964, p. 342).

En otro orden –y memorando conceptos emitidos por los autores clásicos– Adrián Marcelo Tenca, en su “Delitos sexuales”, Editorial Astrea, página 144, procura centrar un concepto de “corrupción” anotando que aquella suele ser definida como la “...depravación de los modos de conducta sexual en sí misma, o la acción que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima, al torcer el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad, o bien la deformación del sentido naturalmente sano de la sexualidad...” siendo que constituye una particularidad de la norma en su actual redacción la protección de la identidad, integridad y dignidad de las personas, afectando no solo a su libertad sexual.

Donna en su obra “Delitos contra la integridad sexual” (páginas 132 a 135) procura encontrar el tenor del vocablo, pues advierte, como problema, la búsqueda del sentido de lo que es corrupción sexual. Para él esta locución es imprecisa pues denota un concepto más no una conducta. Y dice: “...En el fondo, el de corrupción es un concepto vacío, ya que queda librado al intérprete darle un contenido...”

advirtiendo la necesidad de formular un debido deslinde de lo moral y de las creencias personales de quien interpreta.

Entre las opiniones variadas que expone en su trabajo, cita a Sebastián Soler que opinaba que *“... la acción para ser calificada de corruptora, debe tender a la alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se realiza en sí mismo, ya sea por inculcarse a la víctima el hábito de prácticas puramente lujuriosas o depravadas, o por actuarse en forma prematura sobre una sexualidad aún no desarrollada...”* (Edición Rubinzal-Culzoni Editores-Año 2000).

Sea como fuere, estas expresiones se vinculan con los requisitos del tipo objetivo, con la identificación de la acción de corromper

Pero esto concierne, repito, al tipo objetivo de la figura de que se trata, que desde lo subjetivo posee ciertas exigencias.

Ya ha marcado el colega preopinante los aspectos más relevantes del tópico.

Evocaré, para completar, algunas opiniones y verteré algunos conceptos al respecto.

Donna, en la obra ya citada, asegura que el delito es doloso, y el dolo directo.

Quien corrompe, para el autor, sabe “...que la acción que uno lleva a cabo tiende a promover la corrupción de un menor o tiene la finalidad de allanar los obstáculos para que se cumpla ese objetivo...” (Donna op.cit. página 142).

Incapaz de criticar seriamente este concepto, siento, sí, que padece de cierta peligrosa vaguedad, porque, a mi juicio, no define nítidamente el contenido de ese saber.

La cita a Gavier que se formula en el mismo texto se me ocurre, por el contrario, más precisa, pues se dice que su pensamiento se inclina a considerar que "...como consecuencia de la supresión del dolo específico, ahora el mismo es genérico, pero debe ser directo y consiste en la consciente y voluntaria actuación del autor en procura de la depravación de la víctima, siendo posible el dolo eventual en lo que atañe a la edad de ésta..." (Donna, op. cit. página 143).

Si semánticamente "depravar" implica viciar, adulterar, pervertir, especialmente a alguien (ver Diccionario Real Academia Española, edición on line), debe necesariamente asociarse esos verbos, que le dan sentido a la palabra de que se trata, con las exigencias subjetivas, con lo que el sujeto sabe y quiere.

Si los pensamientos poseen una relación dialéctica con la exterioridad, es posible observar de los actos protagonizados por el incuso la ausencia de aquello que nutre al delito de corrupción en su faz subjetiva.

Es cierto que la "felatio" obligada a un menor es, en si misma, una perversidad; pero no menos cierto que todo acto sexual con un párvulo posee ese ingrediente y no necesariamente cae bajo la férula de la figura que se estudia.

Habiéndose agotado en ello, creemos que M. solo supo y quiso lo que hizo, nada más. Satisfacer su lascivia con el niño, despreciando el hecho de que su hermano estuviera allí.

No se ha probado, por otra parte, que el otro pasara de ser un mero observador. O que fuera incitado a mirar o a participar en un juego sexual aún a título de espectador.

Todo comenzó y terminó en ese aberrante acto único que es, como lo ha señalado el doctor Rebagliati Russell y en términos jurídicos, abuso sexual, sin acceso carnal, de un menor de trece años, gravemente ultrajante (art. 119, párrafo 2° del C.P).

Al respecto me inclino por la posición restrictiva que limita el concepto “cualquier vía” con el acceso por el conducto vaginal o por el ano.

Decía Nuñez que: *”...El varón accede carnalmente a la otra persona cuando introduce aunque sea parcialmente y sin eyacular, su órgano sexual en el cuerpo de la víctima; sea, según natura, por vía vaginal; sea , contra natura, por vía rectal. La introducción por vía bucal (fellatio in ore) no constituye acceso carnal en el sentido del art. 119, sino que, realizada violenta o fraudulentamente, es un abuso deshonesto. La boca, a diferencia del ano, carece de glándulas de evolución y proyección erógenas y por esto en su contacto con el órgano masculino,*

no cumple una función sexual semejante a la de la vagina...” (Ricardo Nuñez, IV, 245).

Entiendo, entonces que la introducción del pene en la boca del menor constituyó una práctica que, por las circunstancias personales y temporales que ya he citado, debe enmarcarse dentro de la figura que referí, pues de suyo que la condición del menor, su candor inocente, y el contexto en que se produjo –la presencia de su hermano, la exhibición de los filmes– califican la ofensa en los términos de la norma seleccionada.

En cuanto al delito de corrupción, soy de opinión que, respecto del episodio que involucra a J. S., M. debe ser absuelto. A mi manera de ver resulta incorrecta la aplicación de las reglas del concurso ideal (art. 54 del C.P.) a su respecto. No sucede igual en lo que atañe al que envuelve a su hermano, pues se trata de un hecho que, en la sentencia, se consideró subsumible bajo más de una sanción penal y que se ha readecuado en esta instancia, abrogándose parcialmente la calificación.

Voto por que la sanción sea la propiciada por el Ministro del sufragio anterior.

Cinco años de prisión es un cuanto correcto, que se adecua a las características del delito, su modalidad, las condiciones de la víctima, el efecto causado en ella y en su hermano menor, el contexto en que se produjo y las condiciones

personales del sujeto: un hombre maduro, casado, y padre de dos hijos, todo cuanto potencia el grado de su reprochabilidad.

III. Los honorarios.

Encuentro adecuado el monto de dos mil pesos ($ 2.000.-) en que el Juez Rebagliati Russell ha fijado los honorarios profesionales del Defensor Particular (Ley 2.200, artículo 14).

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier 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 finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) DECLARAR parcialmente procedente el recurso de casación interpuesto a fs. 338/64vta, por el defensor de confianza de don C. A. M., doctor J. J. R. M., con costas (artículos 24, inciso 2°, 415, 485 y concordantes del Código Procesal Penal);

2°) CONFIRMAR parcialmente la sentencia de fs. 311/336, dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Esquel, el día 28 de agosto del

año 2007, protocolizada bajo el N° 34 – F° 705/730 – T° I – Año 2007 y modificar la calificación escogida;

3°) CONDENAR a **C. A. M.**, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, a cumplir la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, por el hecho ocurrido el 7 de septiembre de 2003, en la ciudad de Esquel, en perjuicio de L. N. S. (C.P., art. 119, 2° párrafo);

4°) ABSOLVER a **C. A. M.**, de las demás condiciones personales obrantes en autos, del delito de corrupción de menores de ** año con intimidación (artículo 125, incisos 1, 2 y 3° del Código Penal) por el hecho ocurrido el día 7 de septiembre del año 2003, en la ciudad de Esquel, en perjuicio de J. S.;

5°) Regular los honorarios profesionales de la Defensa Particular, en la suma de PESOS DOS MIL ($2.000), no incluye el importe correspondiente al I.V.A. (Ley 2200, art.14);

6°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo: R. Russel, Pfleger y Panizzi.-