En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 15 días del mes de enero del año dos mil diez, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Alejandro Javier Panizzi, Jorge Pfleger y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "L., J. A. s/ Dcia. en rep. hija menor abuso sexual - Trelew- s/ Impugnación" (Expediente N° 21.702 - Fº 140 Tº II - Letra "B" - Año 2009).
Del sorteo resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Pfleger, Rebagliati Russell y Panizzi.

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I. Ha llegado a conocimiento de la Sala, por vía del recurso extraordinario del Ministerio Público Fiscal, la sentencia del Tribunal de Juicio de la ciudad de Trelew que, el seis de Mayo del año de dos mil nueve, aplicó a R. A. S. la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, con costas.

Así lo decidió al considerarlo autor material y criminalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por el aprovechamiento de una situación de convivencia con menor de 18 años, art. 119 primer y quinto párrafo en relación al cuarto párrafo inc. f. y 55 contrario sensu del Código Penal, por los hechos ocurridos entre el 3 de Julio de 2008 y el 10 de Julio del mismo año, en el domicilio de calle C. N° **** de la ciudad de Trelew, en perjuicio de la menor C.A.L. (arts. 239, 240, 241, 330 y 332 del C.P.P. y arts. 29 inc. 3°, 40 y 41, 45, 55 contrario sensu del C.P.) con costas.

II. El debate había girado en torno al hecho que la Fiscalía presentó del modo que sigue, al imputar a S.: los hechos ocurridos en el lapso comprendido entre el 3 de Julio de 2008 y el 10 de Julio del mismo año, en el domicilio de la calle C. N° **** de la ciudad de Trelew en la que también vivía la menor C. A. L. de once años de edad. En dichas circunstancias, aprovechando la situación de convivencia preexistente accedió carnalmente a la niña por vía vaginal en forma reiterada, accesos que provocaron un desgarro de himen en hora 7, cuyo origen guarda correspondencia con dilatación forzada por elemento peniforme, lesión ésta superior a los tres días, al momento de practicarse la pericia ginecológica, realizada en fecha 21 de Julio del año 2008, hechos reiterados en un número de oportunidades, que concursarán apelando a la noción de delito continuado (paráfrasis de la acusación de fs. 20 y acta labrada durante el debate).

III. En desmedro de esa resolución jurisdiccional el Ministerio Público Fiscal introdujo impugnación por entender que la sentencia carecía de motivación suficiente, se efectuó una valoración arbitraria y parcial de la prueba y omitido parte de ella, por lo que se arribó a una conclusión arbitraria, tornándose defectuosa.

En el punto atinente a la fundamentación comenzó con el relato, en términos generales, de los mismos óbices que había erguido en el ítem "Motivación", y añadió jurisprudencia con la que intentó justificar las razones de su agravio: "... demostrar que la sentencia ha vulnerado no sólo el principio lógico de no contradicción sino además el principio de razón suficiente, esto es, la motivación debe ser derivada, para lo cual el razonamiento debe estar construido por inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en virtud de ellas se vayan determinando, a la vez, de los principios de la psicología y la experiencia común...".

Específicamente diseñó su trabajo tratando, primordialmente, los temas atinentes a "Autoría" y "Materialidad", para luego extraer conclusiones y formular reserva del caso federal.

Sobre el primer tópico no se extendió demasiado sino, en todo caso, confrontó su posición con aquella que adoptó el Tribunal de Juicio cuando aceptando que el causante fue el autor del ilícito vinculado con los hechos debatidos, adoptó una calificación diferente de aquella postulada.

En lo que atañe al segundo aspecto vertió nutridos párrafos.

Refirió, en primer lugar, a que los informes médicos no acreditaban la existencia de acceso carnal, según la Cámara de Juicio.

Luego hizo un examen crítico del voto de la doctora Rodríguez marcando lo que, a su juicio, importaban contradicciones lógicas; porque el predicado de que había dudas respecto de la penetración por la vagina, fue extraído de la interpretación de los propios dichos de la niña, fue tildado como creíble basándose en la declaración de la Licenciada P. F. pero luego la juez se apartó de ello porque le pareció "... más natural, al escuchar a la menor, pensar que usa la palabra penetrar para hacer referencia a la acción de apoyar, tal vez con fricción, el pene del imputado en sus zonas genitales...".

Para ratificar el concepto de que se trataba de sentencia arbitraria hizo mentas de jurisprudencia emitida por el Superior Tribunal de Justicia de La Rioja, del Superior Tribunal de Justicia de Formosa y el voto de la doctora Argibay, hoy Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Veira, Héctor Rodolfo" sustanciada ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital, Sala VI.

Alegó que en el debate se acreditó, con el relato de la Licenciada F., que la víctima había vivido una situación traumática y de índole sexual, que era una niña sexualmente inmadura, con una posición infantil, aniñada frente al tema de la sexualidad; por lo que no entendía que un Juez podía basar el estado de duda en una frase aislada: "... me penetró porque me dijo mi mamá...", que había sido valorada en el contexto de la prueba, específicamente en la denuncia que contiene la primera expresión de la niña a su madre.

Sumó que la niña fue examinada por los doctores M. y H. quienes hallaron un desgarro en hora 7 y que por ende resultaba lógico que su madre le explicara que fue penetrada haciéndole notar los alcances del término; situación que- agregó- no podía valorarse "...en contra de la niña..." y por ende justificar la conclusión a la que la votante llegara. Significó la claridad con la que la menor fue creíble en el relato y la espontaneidad con la que, en Cámara Gessell, aludió a que "... me puso el pitilín en la pompi..." brindando detalles de cómo fueron los hechos.

Reiteró, por lo demás, que el relato de la menor en sentido de que tenía la ropa puesta ni implicaba "... concluir en que los accesos carnales no existieron, pudieron haber existido perfectamente si el autor desliza la prenda interior de la niña y habiéndola dejado con la remera puesta, ya que al declarar C. refirió que sólo tenía puesta la bombacha y una remera. Tampoco se detuvo el Tribunal -dijo- a analizar cuál sería la conducta de una persona adulta de 52 años, que se introduce en la cama de una niña de once, se baja los pantalones, se quita el calzoncillo, aprovecha que ambos se encontraban solos en la casa, la coloca sobre su cuerpo, le pide que le haga masajes, le produce un desgarro en el himen compatible con penetración peneana, y que el único propósito que lo lleve a semejante acto, sea el de tocarla con los dedos.

Volvió a exponer decisiones jurisprudenciales en sostén de sus alegaciones e insistió en que el fallo abundaba en contradicciones al valorar la pericia médica. Así refirió a las pocas posibilidades (1%) de que el desgarro se produjera por los dedos (opinión de la doctora M.) y a las explicaciones dadas por la profesional al respecto, reprochando al voto de la doctora Rodríguez la ausencia de justificación de su idea de insuficiencia probatoria, exponiendo opinión de expertos acerca de la innecesidad de la utilización de instrumental específico en menores abusados.

Por lo demás hizo hincapié, otra vez, en el relato de la niña, de su mamá y de su abuela, que se ausentó de la casa el 3 de Julio de 2008 por diez horas, permaneciendo la niña a solas con quien llamaba "su abuelo".

En relación con el valor de las pericias, la Fiscalía apelante trajo la opinión de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires y del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba al respecto y además el argumento que sólo cuando hay restos de semen, embarazo o enfermedades de transmisión sexual es factible tener certeza.

En lo que concierne a los reparos del Tribunal consignó que la menor no habló de dedos, el desgarro no pudo deberse a un examen torpemente practicado y se trató de un abuso intrafamiliar llevado a cabo por persona que inspiraba confianza en la niña. Distinguió el abuso infantil del abuso de mayores, exponiendo las fases que lo caracterizan.

Citó opinión científica elocuente de los datos que son necesarios para acreditar la penetración y acudió a la jurisprudencia para denotar el concepto de violencia.

Criticó, renglón seguido, la afirmación de la " a quo" en relación con la desproporción entre el autor y la niña, en clave del tamaño y diámetro del pene, y que la pericia- extemporánea- que se produjo en medio del debate, refuerza la tesis de la Fiscalía en el sentido de que el imputado era capaz de tener erecciones.

Relacionó que la ausencia de indicadores físicos, de lesiones o de verbalización del menor no descartaba la existencia de abuso, pues había de tomarse en cuenta el conjunto de indicadores (con remisión a opinión científica) y puso de relieve que la figura sostenida por la acusación no requiere que la penetración sea perfecta o completa para lo que acudió a transcribir jurisprudencia y trató, de continuo, el asunto de cómo el manoseo vaginal y anal reduce la frecuencia de las lesiones y constituyen estrategias de los agresores para no causar daño a las víctimas, manteniendo de esta manera el contacto con el niño y evitando el descubrimiento. Al respecto evocó la declaración de la doctora M. en dirección a que "...el manoseo vaginal y anal por lo general no causa daño porque esos tejidos se dilatan con mucha facilidad...".

Consideró que esto desvirtuaba la tesis del Tribunal- añadió- respecto de que era necesaria la existencia de otras lesiones que acompañen al desgarro himeneal para justificar que exista acceso carnal.

Pasó, la impugnante, a hacer crítica del sufragio del doctor De Franco en relación a su idea que atribuye a un dedo el desgarro.

Sobre el particular hizo hincapié, de modo profuso, en que la calificación legal- si así se hubiese establecido- implicaba poner el abuso sexual en el plano del sometimiento gravemente ultrajante.

Sin embargo insistió en que "...si los dichos de la víctima encuentran sustento en la pericia médica practicada, y de las personas que por la niña tomaron conocimiento de lo ocurrido, corresponde descartar todo tipo de duda. La certeza del Tribunal no debe resultar de cada uno de los indicios considerados individualmente, esta certeza, en el caso, es obtenida en forma válida de análisis en su conjunto...".

En el último tramo de su extenso alegato, la parte impugnante hizo memoria de la jurisprudencia del propio Tribunal actuante, que contradice, a su juicio, lo que aquí se ha decidido.

Como conclusión, el Ministerio Público Fiscal insistió en que "...los hallazgos físicos encontrados en la pericia realizada a la menor, esto es desgarro de antigua data en el himen localizado en hora "7", compatible con penetración con pene o similar; el testimonio de la niña víctima indicando que R. le metió el pene en la pompi; sumado a los signos psicológicos que presenta, que resultan compatibles con una situación de abuso sexual traumática vivida, relacionado con el testimonio de la madre de la niña y de su abuela, permiten acreditar con certeza la existencia de abuso sexual con acceso carnal por parte del encartado S. de los cuales resultara víctima C. A. L., de once años de edad...".

Hizo reserva del caso federal.

III. Voy a principiar ésta, mi ponencia, abordando la cuestión atinente a las condiciones de admisibilidad de los recursos extraordinarios, pues se trata, para mí, de una cuestión capital a la hora de decidir la suerte de la sentencia.

He de señalar, al respecto, que el marco del recurso extraordinario del Ministerio Fiscal es estrecho, angosto. No puede ir más allá de los estrictos límites de la Ley que, en nuestro caso, demarca el art. 378 del C.P.P. y sus respectivos incisos

Como lo expuse en otras ocasiones, el adjetivo local, en línea con el modelo acusatorio, tiende a limitar, cuando no a obturar, la vía recursiva del Ministerio Público, estableciendo específicos presupuestos que, para mí, son de interpretación restrictiva.

Este criterio de hermenéutica, según creo, reposa en la posibilidad de acudir a la manera en que los problemas son abordados por los modelos constitucionales de cuño similar, y cobra así vigencia la jurisprudencia recalcada por la Corte Suprema de los Estado Unidos de Norteamérica, que sentó, en el precedente "Green v. United States U.S. 184 (1957), decidido el 16 de Diciembre de 1957, (355 U.S. 184)el criterio siguiente: "...la idea subyacente, profundamente arraigada en al menos el sistema anglo americano de jurisprudencia, es que al Estado con todos sus recursos y su poder, no le debería ser permitido (autorizado) realizar repetidos intentos de perseguir a una persona en relación con una alegada imputación, sometiéndola a los aprietos (perturbaciones), los costos económicos y sufrimientos que ellos implica, compeliéndolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad..." (la inclusión de la versión en inglés del stare se realiza al sólo efecto de asegurar la verificación de su correcta traducción, propia no oficial: "… The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State, with all its resources and power, should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing, state of anxiety and insecurity…"). (ver al respecto mi voto en causa "K.")

Bajo esta perspectiva considero que el Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut (arts. 378 4to. Párrafo y 376 inciso 3°) ha estatuido que el control del que se hablaba más arriba ha de ejercerse cuando el error in iudicando es "evidente", esto es que resulte perceptible del mero confronte entre el argumento del recurso y el texto de la sentencia, mas no cuando la tarea propuesta ponga en juego el valor que los Magistrados asignaron a la prueba.

Ese estándar, pues, debe acotarse a los supuestos de falta de fundamentación, fundamentación ilegal o fundamentación omisiva o ilógica sobre prueba dirimente, manteniéndose ajenos a esta vía los agravios enderezados a procurar el control de la aplicación de las reglas de la sana crítica racional en la determinación del valor conviccional de la prueba ("mutatis mutandi" STJCBA.Penal Sent. 38, MEZA, DR. 17/03/2008).

Se trata de la cara inversa al esfuerzo de máxima revisión de la sentencia de condena, propia del "doble conforme" que el digesto procesal regula en el art. 374 del C.P.P, en cumplimiento de los mandatos del Bloque Constitucional Federal y la Constitución Nacional (de mi voto en causa K.).

En otras palabras, para el Ministerio Fiscal el ámbito recursivo extraordinario queda limitado a cuestiones de derecho, sean de fondo o de forma, quedando excluidos los hechos que han sido fijados por el " a quo".

Jorge A. Claria Olmedo cita en su obra Derecho Procesal Penal Ed. Marcos Lerner, T III, página 286 parágrafo 844, las cuestiones de hecho en materia penal que quedan excluidas del control de la casación a saber: 1. la valoración de las circunstancias que se refieran a agravantes y atenuantes genéricos de la pena, 2. la conclusión apoyada en el principio "in dubio pro reo" no extensible por cierto a la interpretación de la ley c. todo lo referido, en general, al análisis crítico de los elementos probatorios introducidos al debate y a la determinación de los hechos que sirven de base al pronunciamiento de mérito.

Si bien estos argumentos no resultan aplicables a la censura de la sentencia de condena a favor del imputado, al haberse establecido la doble instancia a través del recurso ordinario ante la Cámara Penal, resultan virtuales para la consideración de los límites del recurso extraordinario cuya admisibilidad se viene tratando.

El Tribunal no puede penetrar en los ámbitos propios de los Jueces del Juicio, a menos que se demuestre en el recurso el error de juicio (inobservancia o incorrecta aplicación de la ley sustantiva) o el error de procedimiento (inobservancia del procedimiento para obtener la sentencia o llegar a ella).

IV. La detenida lectura del denodado esfuerzo de la Fiscalía por lograr la revisión de esta sentencia, que es encomiable lo destaco, no ha apuntado sino a revisar el modo de apreciación de la evidencia en que el Tribunal basó la conclusión condenatoria.

Y eso es ámbito vedado a la instancia.

El reclamo ha operado sobre los fundamentos mismos de la sentencia cuya ilogicidad no fue demostrada, pues cada uno de los Magistrados trabajó sobre la prueba extrayendo conclusiones que, discutibles o no, se basaron en el ejercicio de la sana crítica racional como método.

He sostenido que, en el proceso de construcción de las decisiones jurisdiccionales, los jueces realizan operaciones intelectuales que importan optar por una de las hipótesis que se plantean dialécticamente.

Si en la lucha de opuestos hacen prevalecer una de ellas y dan razones plausibles, la solución excede el ámbito revisorio no ordinario.

V. Si, concretamente, el Ministerio Público viene a discutir que las pericias médicas sumadas a los testimonios de la menor víctima y de su madre y a los informes psicológicos, conducirían a la prevalencia de la argumentación sostenida por esa parte, en tanto alegó que había existido intercurso carnal con la niña; pretende revisar lo que no es factible.

Y así es pues, dentro del ámbito de sus capacidades, los Jueces consideraron las pruebas puestas en vilo, las pusieron en valor y desarrollaron un discurso de justificación inexpugnable por vía del recurso extraordinario.

VI. Por consecuencia, propongo que se declare inadmisible el recurso del Ministerio Público y se confirme la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio, con costas.

Así me expido y voto.

El Juez Daniel Alejandro Rebagliatti Russell dijo:

I. En el voto elaborado por el doctor Pfleger fueron expuestos los antecedentes del caso y los agravios vertidos por el Ministerio Público Fiscal, de modo que, en honor a la brevedad, me abstendré de hacer una ociosa repetición.

En primer término, y teniendo en cuenta la conclusión a la que arribara mi distinguido colega, habré de expedirme respecto a la admisibilidad del recurso.

La Fiscal funda su impugnación en el supuesto del artículo 372, inc. 3° del C.P.P..

Sostiene que los jueces han pretendido argumentar inadecuadamente la duda respecto a la existencia del acceso carnal y que valoraron en forma arbitraria los elementos probatorios con los que contaban, omitiendo expedirse respecto de aquella prueba que, contundentemente, acreditaba tal extremo.

Superada la valla de la legitimidad del recurso -C.P.P., art. 378, inc.3°-, entiendo que el motivo formulado autoriza la intervención de esta instancia, toda vez que indica con prolijidad en qué consistió la arbitrariedad.

Así, lo que cuestiona es la falta de fundamentación para arribar a ese estado de incertidumbre respecto de la existencia de acceso carnal.

Entiendo entonces que el ingreso a esta instancia se encuentra habilitado.

II. Aclarado ello, paso a analizar los motivos esgrimidos por la Fiscalía y la sentencia en crisis.

El primer punto de controversia entre las partes lo constituyó la materialidad del hecho, toda vez que desde un primer momento la defensa niega totalmente la existencia del mismo.

Así, se pudo escuchar al imputado cuando mantuvo esta negación en la audiencia, agregando que "nunca he estado sólo con la nena" (SIC).

No obstante, el tribunal consideró que de la prueba aportada en la audiencia surge la certeza acerca de una parte de los hechos narrados en la acusación, esto es que existieron contactos físicos, entre el imputado y la menor, de contenido sexual.

En lo atinente al acceso carnal no arribaron a la misma conclusión, y estimaron que las partes acusadoras no han podido demostrar con igual certeza la penetración con el pene.

Para ello se valoraron los siguientes elementos probatorios:

- El relato de la menor víctima, C. A. L., que describe tres situaciones diferentes;

- La pericia psicológica realizada por la Licenciada P. F., quien sostiene que el relato de la niña resulta creíble, descartando una personalidad fabuladora;

- El testimonio de la madre de la niña, J. A. L. y de la abuela C. R., concubina del imputado;

- La documental aportada.

La discrepancia entre el Tribunal y el Ministerio Público Fiscal radicó en el alcance que le dieron a los dichos de la niña en Cámara Gesel.

La doctora Mónica Rodríguez, quien lideró el acuerdo, y luego los doctores Minatta y Defranco, que secundaron su decisión, tuvieron por acreditado que R. S., en las condiciones de tiempo y lugar indicadas por la acusación, concretó acciones sexualmente abusivas consistentes en: apretar su pene desde atrás en la cola de la niña, poniéndola en posición de costado; en otra oportunidad toquetearla, hacerla subir encima de él y apoyarle el pene en la zona de la vagina, y también meterle los dedos fuerte hasta el fondo de la misma, por debajo de la ropa, estando ambos en la cucheta del domicilio; haberla manoseado en la cola y en las tetitas y darle besos en la boca, mientras se hacía hacer masajes, y la última vez, apoyarle el pene en la cola, encontrándose ambos parados en la cocina de la casa, actos realizados en todas las ocasiones con la ropa de la niña puesta.

Esta ha sido el hecho fijado en la sentencia, en donde se mutó de un supuesto más grave (C.P., art. 119, 3° párrafo) a uno más leve (C.P., art. 119, 1° párrafo), y existió coincidencia respecto a la inexistencia de acceso carnal, sosteniéndose finalmente que el imputado cometió tocamientos de índole sexual, y que la lesión registrada por los doctores H. y M. correspondía a la introducción de dedos en la vagina de la niña.

Basaron la decisión en el testimonio en Cámara Gesel, al que calificaron como sincero, y justamente decidieron en forma unánime que esta espontaneidad con la que declaró los obligaba a apartarse de una interpretación literal.

De esta manera sostienen que cuando la niña habla de "penetrar" hace referencia a "apoyar" con fricción el pene en las zonas genitales.

Respecto a la pericia médica, la cuál ha sido presentada por la Fiscalía y la querella como prueba fundamental para acreditar el acceso carnal, argumentan que ninguno de los peritos aseguró tal certeza, ya que habían mencionado en la audiencia la posibilidad de que el desgarro se deba a la introducción de dedos.

Juzgaron entonces que esa mínima posibilidad debía jugar a favor del imputado.

En cuanto al psicodiagnósitco de la víctima, lo tuvieron en cuenta únicamente para acreditar la ausencia de fabulación.

Esta valoración es la que la Fiscalía justamente denuncia de arbitraria, y adelanto que le asiste razón, correspondiendo anular la sentencia por falta de una adecuada fundamentación.

En efecto, si bien es cierto que la ley les concede a los jueces la libertad de interpretar los testimonios prestados en su presencia, deberán tener presente que en el caso de autos esta valoración versó sobre la declaración de una niña de corta edad, víctima de abuso sexual, lo cual dificulta, como sabemos, la posibilidad de trasmitir lo sucedido con la precisión terminológica que haría un adulto

Para ello se contó con la colaboración de la Licenciada F., quien logró en la audiencia en Cámara Gesel que la víctima se explayara cómodamente y pudiera contar lo sucedido.

Asimismo la profesional no sólo evaluó la verosimilitud del relato, sino también se expidió sobre la existencia de secuelas de abuso sexual, y describió su personalidad, tratando de explicar determinadas conductas.

Sin embargo el Tribunal, cuando tiene que estimar el valor probatorio de este testimonio, lo califica como consistente, pero al mismo tiempo destacan que cuando se refiere al acceso carnal, la niña deja de ser espontánea, basando esta afirmación en que la misma menciona "me penetró, como dice mi mamá". O bien se hace referencia una mecánica de producción (introducción de dedos) que la niña jamás mencionó.

El testimonio de la Licenciada F. describe un escenario que demuestra claramente la existencia de vivencias abusivas, como así también habla de la personalidad de la víctima, aspecto que ha sido mencionado en la sentencia.

De la pista 4 del día 24 de abril de 2009, correspondiente a esta profesional, advierto que no sólo menciona que la niña no miente, sino que ilustra aspectos relevantes de su testimonio, tales como la existencia de indicadores de ansiedad y angustia en realidad a los episodios vividos, lo que le permite desechar la posibilidad de que dicho relato resulte construido ex ante de su exposición.

Por otro lado, destaco el último párrafo del informe obrante a fs. 11 del legajo de prueba que corre por cuerda, en donde concluye que no se han hallado indicadores de violencia o conflicto familiar relevante.

Esto implica que las vivencias abusivas referenciadas, como así también el sentimiento de angustia, las proyecciones de contenido sexual en el material que se le presentaba, son productos de los hechos adjudicados al imputado.

En cuanto a la pericia médica que determinó la existencia del desgarro, los jueces entendieron que los peritos no han sido categóricos al informar el elemento productor que provocó esta lesión.

La pista 6 del audio, del día 24/04/2009, corresponde al doctor H.. El mismo mencionó haber comprobado himen desgarrado en hora "7", y que el origen de esta rotura correspondía a una dilatación forzada. Que el elemento productor era compatible con un medio romo rígido.

En las pistas 8, 9 y 10, del mismo día, obra la declaración de la médica M., que también ilustra el desgarro en hora "7". Refiere que este desgarro ha sido por dilatación forzada con un elemento con forma de pene. Que no había lesiones en labios que pudiera corresponder con elementos traumáticos -caída-. A preguntas formuladas por las partes refirió que la certeza para indicar exactamente que fue lo que penetro, es muy difícil, pero que existía una alta sospecha que fue con el pene. La defensa insistió en el tema y preguntó si pudo haber sido la penetración con un dedo, respondiendo la médica que casi con seguridad no había sido este el elemento, dando explicaciones de esta negativa.

Esta pericia médica era decisiva para resolver el conflicto, al que entiendo, los jueces han valorado arbitrariamente.

Los peritos mencionaron la poca probabilidad de que la penetración haya sido con los dedos, inclusive la doctora M. se animó a confirmar que únicamente en el 1% de los casos se ven desgarros por introducción de dedos.

La juez Rodríguez, luego de analizar el testimonio de los médicos, concluye que: ´… Si bien la conclusión pericial constituye un fuerte indicio de que algún elemento lesionó el himen, y aún teniendo por cierto que se trato de un desgarro pese a las falencias apuntadas, las consideraciones hechas al valorar el relato de la niña autorizan a dudar acerca del mecanismo productor de dicha lesión -no siendo obstáculo para ello la escasa frecuencia estadística referida por la perito-, duda que sólo puede ser resuelta en el sentido que indica la ley…´- v.fs. 115 vta. y 116-.

En segundo lugar, el doctor Minatta, al mencionar este mismo tema, refirió: ´… (d) de la pericia ginecológica llevada a cabo por la Dra. M. y el Dr. H., obrante a fs. 10 del legajo de prueba fiscal, ratificada y explicada ante el tribunal, se colige que la menor tiene un desgarro himeneal en hora siete, cuyo origen guarda correspondencia con dilatación forzada por elemento peniforme, …Esta pericia y su explicación ante el tribunal, presenta los datos objetivos necesarios y suficientes como para concluir en la posibilidad cierta y razonable, en el caso, de que el desgarro se deba al manoseo con los dedos y manos que refiere la madre que la niña le dijo y con todo el contexto del relato de la menor al respecto, posibilidad razonable que descarta de plano la certeza necesaria que se exige para tener por acreditado el acceso carnal como elemento típico… Es decir, para ser más claro, si de los relatos señalados y de la afirmación de la perito es posible que la rotura se deba a la introducción violenta o suave de los dedos, ello es más que suficiente como para descartar el acceso carnal vía pene…´ -v.fs.120 vta. y 121-.

Agrega el juez que en este caso no existe ningún otro indicio que permita acreditar la existencia del acceso carnal del pene, y que por este motivo entra a jugar el beneficio de la duda.

Por último, el juez Defranco consideró, al igual que sus colegas del Tribunal, que el resultado de la pericia médica, el testimonio de la madre de la niña y el relato de ésta última, permitían concluir con facilidad de que el acceso carnal con el pene no haya existido.

Empero, y tal como ha sido destacado ut supra, tanto el juez de segundo voto ha introducido como cuestión relevante -a los fines de explicar el desgarro himeneal- la introducción de dedos dentro de la vagina como un dato objetivo necesario y suficiente, que lo lleva a estimar como cierta la posibilidad de tal producción, cosa que el tercer votante secunda con fundamentos doctrinarios.

De acuerdo a las consideraciones formuladas, estimé necesario reeditar el testimonio de la niña en esta audiencia a través del audio que ha sido requerido.

La niña describe las situaciones vividas, y claramente menciona distintos tipos de episodios. La primera vez estaban mirando televisión, unos documentales. Que el imputado le pidió que le haga masajes en el cuello, y ahí "me penetro, me puso el pilín en la cola". Refirió que no le sacó la ropa, que tenía una remera y la bombacha. Que él tenía calzoncillo, después no.

Otro de los episodios cuenta que ocurrió cuando su abuela se fue a Rawson, que el imputado le pidió a R. que le cambie de lugar y se subió a la cucheta, que el dijo que le toque el pilin, pero no sabía si le tocó el pelo del pecho o el pilín. Que después comenzó a tocarle la pompi.

Otro día dijo que la penetró de nuevo, la apoyó contra la pared y le apoyó el pilín. Ella estaba adelante y él detrás. Ella tenía una remera y la bombacha.

Veamos.

La historia contada por C. A. L., si bien es la evidencia más importante que se puede obtener, no es la única.

Esta revelación se debe confrontar con el restante material probatorio, para poder determinar, de la manera más confiable posible, el hecho ocurrido.

A mi juicio esta tarea no ha sido elaborada lógicamente.

En efecto, no puedo entender cuáles son las dudas que aduce el tribunal de mérito en relación a la existencia del acceso carnal. Los jueces afirman que esta incertidumbre surge de los propios dichos de la niña, e interpretaron que usa la palabra penetrar para hacer referencia a la acción de apoyar. Sin embargo en el audio se puede observar a la niña que describe distintas acciones desplegadas por el imputado, habla de tocamientos, penetración, besos, fricción, como actos diferentes, pero nunca de introducción de dedos.

De esta manera, la interpretación que hacen del testimonio no es exacta, no dando argumentos coherentes para determinar que la niña no quiso decir lo que dijo y menos aún para explicar el rastro objetivo (desgarro himeneal) mediante un mecanismo nunca mencionado.

Es cierto que expresa "me penetró, como dijo mi mamá", pero también explica con sus palabras esta penetración, cuando dice "me puso el pilín en la cola", reiterándolo en más de una oportunidad.

Que su madre le haya explicado lo que le sucedió no puede jugar en su contra, máxime cuando ella misma lo refiere con sus palabras y se detecta una lesión compatible con dicha acción.

Los médicos concluyeron que algo había penetrado en esa vagina, y que existía una alta probabilidad de que haya sido un pene.

Que cuando se le mencionó la posibilidad de que hayan sido los dedos, refirió que por la lesión detectada había pocas posibilidades que haya sido éste el elemento productor.

No obstante, los magistrados, aplicando erróneamente la duda, concluyeron que esta mínima posibilidad debía jugar a favor del imputado. Pero para ello, debo confirmar que se han apartado del material probatorio ventilado en la audiencia.

Se apartaron en primer lugar del principal elemento: el relato de la menor. En ninguna parte de la audiencia en Cámara Gesel -como dijera antes- aparece la introducción de dedos, con lo cual, el fundamento dado por la mayoría para explicar el desgarro, carece de sustento en las constancias de la causa y solo existe en la elaboración teórica de los juzgadores.

Respecto a que tenía la bombacha puesta, adhiero al análisis efectuado por el Ministerio Público Fiscal a que los accesos pudieron existir perfectamente si el autor deslizó la prenda interior de la niña.

En segundo término no tienen en cuenta la opinión de los expertos, y acuden a la libre valoración de este examen, utilizando para ello doctrina de la medicina legal, para poder así apartarse de los dichos de la menor y relacionarlos con los formulados por los peritos en la audiencia. Esta convicción deviene, entonces, arbitraria e infundada.

En consecuencia, voto por declarar procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal y por tal razón, reenviar las presentes actuaciones, para que un Tribunal debidamente integrado, realice un nuevo juicio.

Particularmente relevante es la fijación del objeto de este nuevo debate, pues la parte acusadora ya ha obtenido un pronunciamiento de condena, cuya calificación ha discutido por esta vía extraordinaria. Es por ello que el reenvío debe quedar limitado al tratamiento de aquellas cuestiones que resulten atinentes a la procedencia de la calificación que la parte acusadora ha pretendido y la pena en el ulterior juicio de cesura.

El Juez Alejandro Javier Panizzi dijo:

I) Debo dirimir la disparidad de criterios entre mis distinguidos colegas de Sala, con respecto a la admisibilidad de la impugnación del Ministerio Público Fiscal.

Al respecto, concuerdo con la posición del doctor Rebagliati Russell, porque el procedimiento establecido por la Ley Nº 5478 regula, en el artículo 378, la competencia del fiscal estatal para interponer la impugnación extraordinaria contra la sentencia condenatoria.

Allí se consignan, con claridad, los requisitos básicos para la procedencia de los ataques fiscales contra las decisiones judiciales impugnables, de manera que el recurso del acusador público debe cumplir en forma liminar y excluyente con aquellas reglas, si procura que sus pretensiones sean -al menos- analizadas por esta Sala Penal.

El inciso 3° de la norma aludida, habilita al fiscal a acudir a la instancia impugnativa extraordinaria cuando en la sentencia condenatoria la pena aplicada fuera inferior a la mitad de la pena procurada.

La pretensión punitiva fiscal, en el caso, fue de diez (10) años de prisión, circunstancia que habilita la posibilidad de revisión que ahora intenta.

El acusador público -como quedó dicho- sólo puede recurrir la sentencia condenatoria, si la pena aplicada fuera inferior a la pena pretendida, que es el caso de autos, en el que manifestó una pretensión de diez años de prisión por el delito de abuso sexual con acceso carnal en menor de trece años, agravado por la situación de convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado (arts. 119, 3º y 4º párrafo, inc. "f" y 55, contrario sensu del Código Penal).

Por lo cual, el recurso del Ministerio Público Fiscal debe ser tratado y eso haré.

II) La Fiscalía alegó vulneración de las reglas de la sana crítica racional y contradicciones en la resolución dictada; además de una valoración arbitraria y parcial de la prueba.

El tribunal de grado tuvo por acreditado que el imputado R. S. concretó acciones sexualmente abusivas mediante contactos físicos con explícito significado libidinoso, pero no dio por probados los accesos carnales insimulados.

Para ello, los jueces evaluaron los dichos de la niña y le asignaron a la palabra "penetrar", el sentido de apoyar con fricción el pene del imputado en las zonas genitales de la niña. También señalaron que la pequeña manifestó que siempre tenía la ropa puesta y que no había exteriorizado haber sufrido dolores, tenido síntomas o reacción física al momento de las intrusiones.

Por su parte, la Fiscalía persiste en que la penetración carnal ha sido debidamente demostrada con la declaración de la menor en Cámara Gesell y, principalmente, a través de los informes periciales de los Dres. S. M. y A. H..

III) Pienso, con atención y cuidado, en que la operación intelectual realizada por los jueces, al detallar la prueba de cargo, en lugar de acentuar la fuerza convincente de la conclusión a la que arribaron, le restó valor, la disminuyó, separando una parte del todo.

Doy razones.

En primer lugar, estimo que los magistrados soslayaron arbitrariamente la pericia médica, en la que se constató la existencia del desgarro del himen en hora siete y se explicó que la lesión verificada exhibía correspondencia con dilatación forzada con un elemento peniano o similar.

Consideraron cuestionables los dichos de la experta en tocoginecología, Dra. M., quien revisó a la niña, y descartó que el elemento productor de la lesión hubiera sido un dedo, argumentando que cuando el agresor penetra de esta forma, mide la fuerza y no suele lastimar.

A su turno, con fundamentos que juzgo endebles, le restaron credibilidad y naturalidad al relato de la pequeña. Le imprimieron un significado y un sentido distintos a sus palabras. En su declaración en Cámara Gesell la pequeña indicó, en reiteradas ocasiones, que el imputado le "puso el pilín en la pompi"; que la penetró atrás en la cola. Al relatarle lo sucedido a su madre, también manifestó que "me puso el pitito en la cola, fuerte".

Es cierto que empleó la expresión "me penetraba, como dice mi mamá" pero, como señalé en el parágrafo que antecede, utilizó otras frases que permiten dar por cierto que sufrió un acceso carnal.

No puede exigirse absoluta precisión terminológica a una niña de corta edad que ha soportado un episodio tan traumático, máxime cuando describió con claridad y coherencia las distintas situaciones vividas. Y, por otra parte, dio muestra de desconocer las relaciones sexuales y aun la terminología de los genitales masculino y femenino. Lo contrario, implicaría -ni más ni menos- interpretar el testimonio en su contra.

En efecto, los dichos de la víctima encuentran sustento en la pericia médica practicada y en las declaraciones brindadas por las personas a quienes la niña les describió lo sucedido.

Acepto también el razonamiento efectuado por el Ministerio Público Fiscal en cuanto advirtió que si bien la niña dijo que durante los actos lascivos tenía puesta su bombacha y remera; lo cual, no impide que haya existido un acceso carnal, toda vez que el autor pudo haberlas deslizado hacia los lados.

Hay, entonces, varios indicios que enlazados entre sí, despejan, según mi criterio, la duda con respecto a la existencia de penetración con pene.

IV) Es que, todos los elementos probatorios acopiados en el juicio demandan un análisis integral y armónico y no una valoración parcial o aislada. No hay óbice alguno a la posibilidad de alcanzar convicción sobre la base de prueba indirecta, con la condición de que los indicios sean unívocos y no anfibiológicos.

V) Por todo lo expuesto, juzgo que en la sentencia se ha restringido la apreciación de la prueba y no se ha brindado una exposición lógica que justifique ese proceder.

De modo que el fallo sufre, por parte del acusador público, un ataque eficaz. Ello es así porque el juzgador, ha dejado de lado prueba dirimente para la solución del caso.

VI) La Cámara ha efectuado una valoración en forma segmentada de los indicios que confluían en una misma dirección, descomponiendo la univocidad que imponía una apreciación del conjunto, lo cual frustra su conclusión dubitativa y torna procedente su revisión. El examen por separado de cada una de las pruebas rendidas en el juicio siempre dará lugar a una alternativa anfibológica que requiera ser contrastada con el resto del compilado probatorio para evaluar si aún así se mantiene la duda o si es posible llegar a una certeza positiva o negativa acerca del aspecto discutido, en el caso, la existencia del acceso carnal.

VII) Esta afirmación se sustenta en que, de haberse establecido una relación lógica, de haberse unido los datos probatorios con un conglomerante, con tal coherencia que resulte de ellos una conclusión, ésta no habría sido equivalente a la que se arribó en la sentencia.

O sea, que el defecto revelado privó a la sentencia atacada de los debidos fundamentos, por haberse omitido considerar en conjunto prueba relevante para la solución del caso.

VIII) En consecuencia, propongo al Acuerdo declarar la nulidad de la calificación legal dispuesta por falta de fundamentos adecuados.

Adhiero al lineamiento sentado por el doctor Rebalgiati Russell en cuanto al trámite que deberá seguir el reenvío, con respecto al objeto del nuevo debate -calificación legal y pena conf. art. 386, 2° párrafo, C.P.P.-

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1º) Declarar procedente la impugnación extraordinaria que en copia certificada obra a fs. 126/38.

2º) Declarar la nulidad de la calificación jurídica escogida en la sentencia protocolizada con el número 601/2009, que en copia certificada luce a fs. 109/25.

3°) Disponer el reenvío al Tribunal que corresponda para la realización de un nuevo juicio, conforme los lineamientos sentados en la presente -art. 386, C.P.P.-

Fdo: Panizzi, Pfleger, R. Russell.=

4°) Protocolícese y notifíquese.-