---------- En la Ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los dieciséis días del mes de febrero de 2010, en base a las comunicaciones recibida por medio de correo electrónico con firma digital, que el Tribunal Subrogante de la Cámara en lo Penal, con asiento en la Ciudad de Comodoro Rivadavia, integrado por el **Dr. Leonardo PITCOVSKY,** en su carácter de Presidente, y los Jueces de Cámara **Dres. Silvia Susana MARTOS y Víctor Alberto SARQUIS**, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal N° 3117**, **Carpeta Judicial N° 285**, de la Oficina Judicial local, luego de desarrollarse la audiencia a tenor del art. 385 del CPP y de reunirse en acuerdo, dicta sentencia, en la que tuvieron debida participación el Ministerio Público Fiscal, representado por la Sra. Fiscal General **Dra**. **Liliana E. FERRARI** y la Abogada Adjunta **Dra. Lorena GARATE,** y el Sr. Defensor Particular de los imputados C. R. M. y F. E. V., **Dr. F. M. R..** ---------

---

---------- **Y CONSIDERANDO:**----------

Que el día 09 de febrero del corriente año se celebró la audiencia oral y pública prevista por el art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Leonardo Pitcovsky, en la que se escuchó al Sr. Defensor Particular de los imputados, Dr. F. M. R., quien amplió profusamente los fundamentos de la impugnación ordinaria que planteara oportunamente (fs.143/146 de la Carpeta Judicial cit.) contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara Primera en lo Criminal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, que condenara a los imputados C. R. M. y F. E. V., como autores penalmente responsables del delito de Abuso Sexual cometido mediante Amenazas con Acceso Carnal (arts. 45 y 119, 1er. y 3er. párr.del C.Penal), en perjuicio de la menor M. C., imponiéndoles la pena de diez y seis, respectivamente, con más las accesorias legales y las costas del proceso (arts. 12 y 29 inc. 3ª del

C.Penal, conf. fs.114/140 CJ cit.), manteniendo en todos sus términos la impugnación deducida.- Asimismo, otorgada que le fuera la palabra a la Sra. Fiscal General, Dra. Liliana E. Ferrari, ratificó los términos de su escrito de contestación de agravios (fs.149/156, CJ cit.), por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fuera objeto del recurso, como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).----------

---------- ---------- Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia y cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º párr., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: Dr. Víctor Alberto SARQUIS, Dra. Silvia Susana MARTOS y Dr. Leonardo Marcelo Pitcovsky.-------

---

El Juez Víctor Alberto SARQUIS dijo:

---------- I.- Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.), deducida por el Dr. F. M. R., Defensor Particular de los coimputados C. R. M. y F. E. V. (conf. escrito de impugnación de fs. 143/146 de la CJ N°285, de la Of. Jud. De Comodoro Rivadavia, Legajo del MPF Nº 3117), contra la sentencia del 30/12/2008 dictada por la Excma. Cámara en lo Criminal de la Ciudad de Comodoro Rivadavia (fs.114/140, CJ y Leg. Fiscal cit.), que condenara a aquellos como autores penalmente responsables del delito de Abuso Sexual cometido con Amenazas, con Acceso Carnal (arts. 45 y 119, 1er. y 3er.Párr. del C. Penal), e impusiera a aquellos, la pena de diez y seis años de prisión, respectivamente, requiriendo, por los fundamentos expuestos, en primer lugar, la libre absolución de ambos imputados, y subsidiariamente, se los condene por el delito de abuso sexual simple –esto es, sin la agravante de violencia citada, que consideró no configurada en el caso-, a la pena mínima prevista por el art. 119 1er párr. del C. Penal, esto es, la de tres años de prisión, la que solicitó sea

cumplida en forma condicional, conforme los fundamentos que alegó, y disposiciones del art. 26 del C. Penal.- Requirió asimismo, a los fines del tratamiento de la impugnación referida, la fijación de la audiencia prevista en el art. 385 del C.P.P..---------- II.- ANTECEDENTES DE LA IMPUGNACION PLANTEADA.- Conforme se desprende de los motivos y fundamentos que apoyaran la sentencia condenatoria antes citada, la mayoría de los miembros del Tribunal (con el voto de los Dres. María Elena Nieva de Pettinari y D. Luis María P., y disidencia el Dr. Martín R. Montenovo), entendieron que habían quedado suficientemente acreditados los extremos del caso traído a juicio por el MPF, existiendo certeza plena tanto en lo que se refiere a la materialidad ilícita del hecho juzgado, como a la autoría de los imputados en el mismo.---------- ---------- El hecho que se consideró debidamente acreditado, y por el cual se dictara el pronunciamiento impugnado, fue descripto en detalle en el segundo voto (Dra. Pettinari), como ocurrido el 06/02/07, aproximadamente a la 01,00 hs., en que ambos imputados, en el interior de un vehículo marca “Suzuki Vitara”, color rojo y blanco, dominio Nº xxx-xxx, de propiedad de C. R. M., trasladaron a la víctima M. C., de ** años, a un lugar descampado, cercano al Km. 20 de la Ciudad de Comodoro Rivadavia, donde luego de increpar a la niña sobre el conocimiento que pudiera tener acerca tanto del hecho de robo en su casa que había sufrido M., como de quienes eran sus autores, para lo cual la amenazó con atarla a un palo, sacarle la ropa, dejarla colgada allí, estirarle los pies, hacerla sufrir y por último, tirarle un tiro en la cabeza, sacando en ese momento M. un arma de fuego del interior del vehículo (rifle calibre 22 largo, secuestrado en autos) y efectuando por la ventanilla del vehículo un tiro al aire, “…para que la misma tomara cuenta de lo que le podía suceder…”, atándole

después las manos con sunchos plásticos, quitarle la ropa y accederla carnalmente por vía vaginal y anal, haciendo seguidamente lo mismo el coimputado F. V..- Posteriormente, luego de que M. dejara a V. en su casa, se trasladó con la víctima a su vivienda, donde hizo descender a la joven, ofreciéndole si quería tomar jugo –que ella tomó-, y ducharse, cosa que no aceptó, así como también le propuso tener nuevamente relaciones sexuales, con similar negativa de la víctima, para después irse del lugar, dándole previamente M. $ 12,00 para que le averigüe y avise quienes habrían sido los autores del robo a su propiedad.---------- En tal sentido, y coincidiendo en líneas generales con la merituación de la prueba rendida en el debate que efectuara el Ministerio Fiscal en su alegato final –corroborante por cierto con las pautas formuladas al presentar el caso en el alegato de apertura del juicio, según pudimos verificar escuchando el audio que lo recogiera-, los votantes que integraron la mayoría, construyeron su juicio de reproche, partiendo de la reconstrucción histórica del episodio de marras como quedó consignado, respecto de la cual siguieron –al igual que lo hiciera la Fiscalía- la versión de los hechos suministrados tanto por la víctima y su madre al formalizar la denuncia del hecho que agraviara a la menor, como por el relato que efectuara esta última, con el sostén técnico de la Cámara Gesell, y la adecuada asistencia psicológica de la víctima por la Lic. D., que juzgaron verosímil, no sólo por encontrarlo coherente y lógico, a más de claro, sino también y fundamentalmente, porque la mayoría de las circunstancias y datos aportados por la menor, hallaron suficiente corroboración con el resto de la prueba producida por la Fiscalía; en este sentido tuvieron en cuenta especialmente la prueba pericial (entre ellas, médica, sobre los exámenes físicos sobre el cuerpo de la víctima, que revelaron marcas en las muñecas y en rodilla, y recolección de restos de muestras orgánicas de zona genital y anal efectuadas a poco de ocurrido el evento; la pericia de ADN, efectuada confrontando

las huellas genéticas de las citadas muestras espermáticas, con la de la sangre de los imputados, hallando correlato casi absoluto entre ellas; en la pericia criminalística, realizada tanto para acreditar la aptitud para el disparo del arma de fuego utilizada en el hecho, y que mencionara la víctima, que fuera secuestrada en la casa del imputado, como para determinar que la vaina servida encontrada en el interior del vehículo Suzuki Vitara que se utilizara para consumar el hecho, fue efectivamente percutada por aquella); también tuvieron especialmente en cuenta como elemento corroborante de la versión de la víctima, todos los fundamentos técnicos psicológicos explicitados en debate por la Lic. M. D., de quien exaltaron su idoneidad profesional para la elaboración del dictamen y las explicaciones suministradas en la audiencia, por sus conocimientos especializados en cuestiones de abusos sexuales de niños –también de adultos-, que desde la visión de dicha disciplina, le permitieron validar el relato que efectuara la niña como vimos, con auxilio técnico de la Cámara Gesell, todo lo cual le diera mayor contundencia probatoria a sus aseveraciones.- Ello, a más del propio reconocimiento efectuado por los propios imputados tanto del itinerario que recorrieran con la menor a bordo del vehículo citado, como del lugar en que se detuvieran, como de la portación del arma de fuego antes mencionado y realización de un disparo con la misma, como incluso de la concreción del acceso carnal de la menor por parte de ambos imputados (vía vaginal, V., y anal y vaginal, M.), sólo que, afirmando en el marco de sus defensas materiales formuladas al declarar en debate, que dicho trato sexual fue previamente propuesto y por tanto consentido por la niña, a cambio de dinero (cincuenta pesos cada uno), aspecto éste, que junto con la existencia o no de intimidación o amenazas, se asientan las discrepancias básicas entre las partes, con

las obvias y disímiles consecuencias jurídicas que se derivan de la constatación de una u otra de las posturas asumidas.-

---------- Con sostén en tales elementos, los Magistrados concluyeron entonces afirmando la corroboración probatoria plena del caso traído a juicio por la Fiscalía, considerando por tanto suficientemente acreditados tanto la materialidad como la autoría del hecho enrostrado a M. y V., calificándolo legalmente y dosificando el monto de pena correspondiente a cada uno de los imputados, como se explicitara más arriba.----------

Contra tal pronunciamiento condenatorio de dicho Tribunal de Juicio, se alzó como se dijera, la Defensa de los imputados, interponiendo impugnación ordinaria conforme atribuciones conferidas a éstos por el CPP (conf. escrito fs. cit., C.J.cit.Leg. cit. y arts.370, 372, inc. 2º y 3º, 374, 2do. Párr. 382, 1er. párr. y ccdtes. del CPP, Ley XV-Nº9), plasmando allí los agravios que causara a su parte la sentencia condenatoria mencionada, los que fueran contestados por el MPF a fs. 149/156 (CJ y Leg. cits.), al responder al emplazamiento formulado en los términos del art. 384 del CPP citado, proponiendo su rechazo con fundamento en la reiteración y ampliación de los argumentos sostenidos en el alegato emitido en las instancias finales del debate, lo que diera origen a la fijación de esta audiencia.------

---------- Abierta la audiencia en el marco del art. 385 del C.P.P., el Sr. Defensor Particular de los imputados, Dr. F. M. R., propuso el mantenimiento del recurso interpuesto, reiterando y ampliando, dentro de la postura que plasmara en su escrito impugnatorio, los fundamentos tanto en lo que respecta a su pedido absolutorio, fundado básicamente en que las relaciones sexuales con la víctima –cuya existencia admitieran los propios imputados-, fueron concretadas a instancias de la víctima a cambio del dinero que les requiriera (cincuenta pesos a cada uno), y por tanto consentidas por ésta, por lo que el delito de abuso sexual con acceso carnal

endilgado, no se habría cometido, como en lo que respecta a la exagerada desproporción advertida en los montos de las penas impuestas a sus pupilos (seis años a V. y diez años a M.), la que a su juicio no debiera existir – obviamente en caso de que se insistiera en la condena-, tratándose "…del mismo hecho, ocurrido de la misma manera…", lo que entendió carece de asidero lógico.-

---------- A su turno, la Sra. Fiscal General Dra. Liliana Ferrari, respondió puntualmente los argumentos de la Defensa, reiterando –como ya lo había hecho al contestar el escrito de impugnación de la Defensa, conf. fs.149/156 CJ cit.- que en mérito de la prueba de cargo producida por la acusación, debía mantenerse en todos sus términos la sentencia condenatoria impuesta a los Sres. M. y V., confirmándose el monto de pena impuesto a cada uno de los imputados, en función del distinto protagonismo y contribución al hecho que a cada uno le cupo y que se encargó de remarcar.----------

III.- Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, y fijados como han quedado los agravios del impugnante contra la sentencia condenatoria dictada en esta causa, adelanto que, a mi juicio, por los fundamentos que daré, las impugnaciones planteadas contra el citado resolutorio, no deben ser receptadas.-

---------- Para ello, trataré primeramente de precisar los agravios citados.- Respecto del primero, la Defensa, siguiendo la versión de sus defendidos, cuestionó la decisión del Tribunal que juzgara como debidamente acreditados en el juicio los elementos con figurativos del delito de abuso sexual con acceso carnal, cometido con amenazas (arts 45, 119 1er. y 3er. párr. del C. Penal), contra la víctima M. C., por entonces de 16 años de edad, porque como aquellos lo explicaran, si bien ambos tuvieron trato sexual con la menor, el mismo fue realizado a propuesta y con el consentimiento pleno y libre de la menor, y a cambio de una suma de dinero que

ambos le habrían pagado a la niña.- Entendió que esta versión de sus defendidos, encontraba correlato tanto con la inexistencia de signos lesionales –conforme lo verificaran el médico tocoginecólogo Dr. C., el médico policial, Dr. C. P. C. y el Médico Forense Dr. I. J. W., que la examinaran luego del hecho-, como en las particulares características conflictivas de la personalidad de la menor y de su entorno familiar y de amistades, marcados por la Psicóloga Forense Subrogante, Lic. D. (adolescente en situación de riesgo, con trastornos de conducta, embarazo y maternidad precoz),y las actitudes de ésta antes y luego del hecho (subir voluntariamente, sin amenazas de ningún tipo, al auto de M., indicarle a éste que "…se dirija a un descampado y al momento de llegar al mismo les pidió dinero para tener sexo…", fs. 144; acompañar a este último luego del hecho a su casa, tomar gaseosa, aceptar el dinero que este le diera para darle noticias sobre el robo previo a su casa que sufriera), actitudes que juzga no resultaría lógico que adopte quien acaba de ser violada.- Agregó que por tener la víctima una madurez superior a la de otras niñas de su edad –por las circunstancias señaladas por la Lic. D.- ello le permitió manejar "…la situación como ella quiso, sin intimidación y coacción alguna…", aseverando que para que se configure el abuso sexual "…la negativa de la víctima al contacto debe ser seria, relevante, importante, a tal punto que debe probarse, a los fines de destruir la presunción de inocencia, que se ve impedida de resistir, ya que el tipo penal protege en definitiva la libertad sexual, es decir, la posibilidad concreta de hacer o no hacer lo que el abusador demanda…".- Y "…si no se ha acreditado el conocimiento de los imputados de esa relación de supremacía y de la historia familiar y personal de la víctima que las tornaba susceptible al sometimiento, mal se puede hablar de la concreción del tipo, que es doloso…".----------
---------- Asimismo, cuestionó que los Magistrados que conformaron la mayoría del Tribunal de Juicio, frente a dos historias que se

excluyen mutuamente, "…se inclinaron hacia una sin descartar –con razón suficiente- los motivos que hacían posible la restante…" (fs. 145, CJ cit), al menos considerando el beneficio de la duda a favor de sus asistidos.---------- ---------- Por ello, entendió no configurado "…el dolo requerido por la comisión del tipo…", por lo que la sentencia debe ser revocada, requiriendo de este Tribunal la absolución de los imputados, "…o, en su defecto, subsuma la conducta de los mismos en el tipo de abuso sexual simple previsto en el art. 119 del C. Penal, teniendo presente a los fines de imponer la pena, la falta de antecedentes penales de los imputados, su arrepentimiento y su conducta después del hecho…", propiciando la aplicación de una pena en suspenso tal como lo prevé el art. 26 del C. Penal.---------- El segundo de los agravios apunta, como vimos más arriba, a cuestionar lo que llamó desproporción de la pena impuesta por el Tribunal de Juicio a cada uno de sus defendidos (conf. Cap.IV) del escrito de impugnación, fs.145 vta. C.J.cit., desde que las circunstancias de tiempo, modo y lugar y características del hecho, sin iguales y que ambos carecen de antecedentes penales, cuantificación ésta que lesionaría a su entender, el principio constitucional de igualdad ante la ley.---------- Sentado ello, trataré de volcar en los párrafos que siguen, mi opinión –coincidente por cierto con la de los colegas que integran esta Cámara, según el resultado de la deliberación previa-, acerca de si los agravios referidos son idóneos para conmover el andamiaje lógico construido por los Sres. Magistrados que conformaron la mayoría del decisorio hoy en crisis, en base a las pruebas de cargo ya reseñadas, y que les permitieran fundar su decisión condenatoria.---------- Respecto al primer agravio, entiendo que tanto de una lectura detenida y reiterada de los votos referidos, como del examen de los registros de audio de las pruebas de cargo que detallaran y

merituaran los Sres. Magistrados, se desprende que éstos a mi juicio, no sólo han dado variadas y suficientes razones para arribar al dictado de la sentencia condenatoria, y con ello tener por acreditado acabadamente el caso traído a juicio por la acusación, tanto en cuanto a la materialidad ilícita, como en cuanto a la autoría y responsabilidad penal de los inculpados, sino que también y con ello, han expuesto con respaldo en la prueba analizada, las razones por las cuales debe desecharse la versión exculpatoria de los imputados, sustentada en su reconocimiento de haber accedido carnalmente a la víctima, pero con su consentimiento con una propuesta previa y a cambio de dinero, por lo cual el agravio en análisis no debe ser atendido.---------- En tal sentido, se advierte de inicio, que tanto la Dra. Pettinari como el Dr. P., se ocuparon y esforzaron por exponer las razones, con sostén en las pruebas que analizaron pormenorizadamente, por las cuales entendieron que la situación de abuso vivida por la niña, no sólo no se originó por iniciativa de la menor, sino que su existencia -reconocida como cierta por los imputados y avalada por las pruebas bioquímicas antes referidas-, se enmarcó en un ámbito de fuerte intimidación, con presencia de elementos y actitudes amenazantes de los imputadas, que si bien estuvieron referidas en un primer momento a la obtención de datos pretendida por M., sobre algunos amigos de la víctima a los que consideraba sospechosos de haber perpetrado el robo en su casa –hecho éste que fuera ampliamente reconocido en el juicio y avalado por la denuncia efectuada por éste en las actuaciones contenidas en el LF 3314-, se mantuvo hasta el momento crucial en que se produjera el ultraje sexual a que sometieran a la víctima.- En este sentido, los Magistrados que conformaron la mayoría, fueron contestes en advertir que en las circunstancias mencionadas, si bien no hubo una resistencia férrea de la víctima a negarse a ser agredida sexualmente, por lo menos de tal intensidad que quedaran vestigios o

rastros físicos de la misma, lo que surge de los informes médicos y explicaciones que los citados profesionales dieran en debate (Dres. B. D. C., C. P. C. y el Forense, Dr. I. J. W.), sí existía al momento del hecho juzgado, un clima intimidatorio de tal magnitud que sólo quedó a la niña la adopción de “estrategias de supervivencia” –como lo explicó la Lic. D.-, que la obligó a cuidarse de no cuestionar los requerimientos de sus agresores, en resguardo de su integridad física o su vida.- Agrego al pasar que no en vano, al referirse a este momento, la niña reveló las promesas de los imputados de que sufriría males futuros e inminentes –agresiones físicas o la muerte-, que sobrevendrían de no acceder a aportar los datos que le requerían, así como también las posibilidades que tenían de concretarlos (la tenían en un descampado, con imposibilidad absoluta de requerir algún tipo de auxilio, a su merced -como graficara la Dra. Pettinari-, le habían atado las manos con precintos plásticos que le producían dolor, tenían un arma de fuego que funcionaba como tal pues se ocuparon de accionarla, armas blancas –una navaja y un cuchillo, que según la niña, esgrimieran y utilizaran los imputados para liberarla de los precintos que sujetaban sus manos-, un hacha, entre otros), y que ante ello “no le quedaba otra”.----------

---------- Por ello, comparto la apreciación de los citados Magistrados, en que en tal contexto fáctico, y en las condiciones explicitadas, resulta ilógico –por no decir impensable-, que la menor prestara su libe consentimiento para ser accedida sexualmente por ambos imputados; menos aún, que en ese momento y en esa situación la víctima les propusiera, nada menos que a quienes momentos antes la estaban sometiendo a una situación de maltrato físico y psíquico, de tipo casi extorsivo para obtener una información que sospechaban M. C. podría suministrarles, concretar las relaciones sexuales múltiples y sucesivas a

que la sometieran, a cambio de una contraprestación dineraria, como lo aseveraran los imputados.---------- En ese sentido, en el voto de la Dra. Pettinari, luego de realizar un exhaustivo y pormenorizado análisis de todo el material probatorio cargoso propuesto por la Fiscalía, y de describir todas las secuencias del hecho con sostén en dicha prueba, a partir del momento en que M. C. accediera a ascender al automóvil Suzuki Vitara, concluyó afirmando que “la versión de los encartados está muy lejos de la realidad; no hubo tal consentimiento como ellos aducen, sino lisa y llanamente la violación con acceso vía vaginal y anal… primero, la accedió carnalmente el inconforme investigador y en segundo lugar el joven F. V.…”,considerando que al respecto, “…han sido claros los testimonios…” expuestos “…en forma coherente, sin fisuras, tanto de la madre como de la propia damnificada y que ha validado la Lic. D., quien aún aconseja terapia a la menor por la situación postraumática…”.- E interpretando conforme las reglas de la experiencia la situación que narrara y que le tocó vivir a la menor, aseveró que “es importante resaltar el valor vida y sobre todo en la emergencia para esta joven, en semejante situación, con una niña de corta edad, que la hace optar evidentemente entre un mal absoluto (la muerte) a uno menos malo (la violación, porque la deja viva), y a ese resultado logró sobrevivir y enfrentar a pesar de nuevas amenazas…el camino que lleva transitando…”. Y agregó que: ”Las numerosas pericias que he mencionado, igualmente la de ADN (fs. 188/190 del Cenpat), suscripta por el Dr. N. B., revelan claramente que la jovencita en nada agregó ni exageró;…y si bien era una joven que desde temprana edad empezó con las fugas del hogar, tuvo un embarazo, se juntaba con grupos de riesgo etc., admitió y siguió el consejo en forma inmediata…” de sus amigos que la llevaron a formular “…la denuncia en forma inmediata por tamaño atropello…”.----------

---- Por su lado, el Dr. D. L. M. P., aseveró, en base a los términos de la denuncia de la víctima (del 06/02/07, a las 08,40 hs.), su declaración del 07/06/07, en Cámara Gesell, la de su madre Eva J., y la de los imputados al ejercer su defensa material, que no se ha controvertido que los imputados mantuvieran relaciones sexuales vía anal y vaginal con aquélla, en la fecha, hora y lugar referidos en la acusación, lo que indicó, se halla corroborado por el informe y declaración en debate del Dr. C., quien extrajera las muestras de aquellas zonas corporales de M. C. para el informe bioquímico y de ADN, el primero de los cuales lo realizara la Dra. S. G. V., detectando espermatozoides en los exudados extraídos de tales zonas, y el segundo, el Dr. N. B. del Cenpat (inf. De ADN fs.188/190, y la declaración del ginecólogo Dr. C. en el debate (conf. punto I) de su voto, fs.131 y vta.).- Luego, en el punto II), ap. 1) y 2) de su voto (fs.131 vta./134 vta.), con propios argumentos pero con base en la prueba indirecta que detalló y valoró adecuadamente, reafirmó que la versión de la víctima en punto a que las relaciones íntimas referidas no fueran consentidas por ella, cuenta con corroboración probatoria suficientemente idónea, tanto para sostenerla como para tener por desvirtuada la versión contraria de los encartados.- Para llegar a tal conclusión, partió de la relación de los hechos suministrada por la Sra. J., a partir de la visita que le efectuara el imputado M. en horas de la noche del día 5/02/07, junto a V. indagando por datos sobre los presuntos autores del robo en su casa, remarcando la testigo haber oído un diálogo entre ellos, en el que se mencionaba que volverían a presionar a los jóvenes sospechosos del robo –cuya existencia acreditara la fiscalía, como vimos-, para obtener información sobre sus autores, aportando también la testigo el dato de que por entonces la víctima estaba parando en casa de una amiga, resaltando también la importancia de dicho testimonio para apreciar la credibilidad

del propio de la víctima, sobre todo en cuanto al esclarecimiento de la secuencia del trayecto recorrido a bordo del automóvil de M., a partir del momento en que dejaran a la hija de éste y su amiga y se trasladaron a la zona descampada –cercana al Km 20-, en que se produjo el hecho, y particularmente que allí los imputados comenzaron a amenazarla expresándole que “por la buenas o por las malas” debía la niña decirles quienes habían sido los autores del robo mencionado, no sólo con “expresiones genéricas”, sino con “alusiones mucho más concreta sobre el proceder que adoptarían los imputados en su contra…atarla en un palo, dejarla colgada, estirarla de los pies para que sufra…etc…”, e incluso que en caso de negativa a colaborar con las citadas averiguaciones, M. estaba dispuesto a pegarle un tiro, para lo cual le exhibió el arma a utilizar, accionándola y efectuando un disparo, circunstancias que se corroborarían luego con el secuestro de la misma en el domicilio de M. y de la vaina servida hallada por personal policial debajo de la alfombra del conductor de la Suzuki Vitara en la diligencia de inspección ocular del mismo del 20/03/07, y además con la pericia balística del Subc. A., -ampliada en su declaración en el juicio, que reveló que dicha vaina fue percutada por el arma citada, según ya viéramos.- Igual corroboración respecto a la atadura en las muñecas referidas por la víctima, surge de las marcas detectadas por el Forense D. W., compatible con las marcas dejadas por una sujeción con soga a modo de esposas y producidas al querer liberarse de ella.- Y finalmente, la mención de la niña de la presencia de una navaja con la que M. intentó cortar uno de los precintos y aflojar las ataduras, pero sin menguar “…el nivel de coacción en su perjuicio…”, desde que conforme resulta del acta prevencional de fs. 26/27 del LF, la menor habría expresado que en el momento en que le cortan el precinto que sujetaban sus manos, M. abrió la ventanilla, desenfundó el arma de fuego y efectuó un disparo intimidatorio hacia la zona del descampado, diciéndole: “te desato las manos, pero

si salís corriendo te mato con esto y te dejo tirada…".- Por ello, concluyó atinadamente el Dr. P., en coincidencia con la Dra. Pettinari, "soy de la opinión entonces, que en el marco de referencia que se ha venido describiendo, no resulta posible concluir que las relaciones sexuales mantenidas por M. con los acusados, hayan sido producto de un consentimiento libremente asumido" (fs.133 CJ cit.).----------

---------- Asimismo resalto que el voto en análisis, encontró corroboración de la versión de la víctima, en el informe psicológico de la Lic. M. C. D., quien desde su visión, validó el relato de aquélla, encontrando en ella "síntomas consistentes con la vivencia de una situación traumática, con temor de que le pase algo a su madre, a su hija o a ella misma", explicando también –como se remarca en el voto de la Dra. Pettinari-, que puesta en la situación que se encontraba, la niña habría utilizado "una estrategia destinada a evitar que le ocasionaran mayor daño físico, lo que hizo que aunque se negara a las relaciones sexuales, no "peleó" físicamente por temor a ser herida o muerta…".- En ese sentido comparto por ser atinente y oportuna para entender en sus justos límites la actitud asumida por la víctima en la situación en que se encontraba, la puntual cita que trae el Magistrado del Dr. Achával ("Delito de Violación", págs. 1512 y sgtes.), explicando que "…debe computarse que , en muchas situaciones, la defensa pudiendo ser "manifiesta y evidente", cede rápidamente por el temor a mayor violencia, a los malos tratos o a las amenazas de graves daños".---------- Resalto también, la exhaustividad y corrección en la valoración de esta prueba psicológica, ponderando no sólo la idoneidad científica de la citada profesional para expedirse en validaciones de relatos de víctimas de abuso sexual, sino también el respaldo que las consecuencias traumáticas del hecho que apuntara la perito (trauma emocional

y físico importante denominado “síndrome del trauma de violación”, que incluye trastornos de comportamientos y síntomas somáticos y psicológicos hallados en la niña, que ella misma revelara), halla en la literatura especializada que citó, destacándose también del informe de la citada profesional, que descartó cualquier fabulación de la víctima sobre la versión que transmitiera, que se refieren a “situaciones realmente vividas”.----------

Llegados a este punto, concluyo que el agravio en tratamiento planteado por la Defensa Técnica de los imputados, no puede ser atendido.- Tal como lo traté de poner en evidencia, los Jueces citados han dado suficientes y sólidas razones, con respaldo en la prueba analizada, de porqué en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos de marras, la víctima no sólo no prestó su consentimiento libre y voluntario para mantener relaciones sexuales por vía anal y vaginal, como las que denunciara, sino que por el contrario, pudo expresar su oposición a que ellas se concretaran, al menos verbalmente y con las limitaciones propias del marco de violencia e intimidación en que se expusieran.- A más de lo dicho por los Jueces a este respecto, creo útil remarcar que al revisar el registro de audio de las explicaciones que diera en debate la Lic. D., al responder a porqué la niña no opuso una resistencia física más tenaz, indicó sin hesitación que “ella pensó que la iban a matar..”, agregando que “cuando ella estaba atada, cuando había un arma de fuego, en un lugar descampado, “ a lo lejos se veía una casa…una lucecita”, por lo que “el primer miedo que tuvo fue que la mataran”; acotó que en realidad no pensó que iba a haber una situación sexual, pues las preguntas eran por el robo y porque no recordaba antecedentes de una inclinación de M. en tal sentido cuando la menor vivía en la casa de éste, que ella registrara a manera de alerta, agregando que “…su primera intención era que no la dañaran, que no la mataran, que no la dejaran tirada allí…”, sin perjuicio de que si bien no opuso una

resistencia física seria, sí les hizo saber “que no quería… que le dolía…” -pues no había tenido previamente relaciones sexuales vía anal-, que trató de calmarlos, “…como que su búsqueda era que no la lesionaran o mataran…”, pero dejó “muy en claro que ella sí dijo en todo momento que no quería y que le dolía; lo que no hizo fue luchar físicamente”.- Esta expresa manifestación de la víctima, reveladora indubitable de su falta de consentimiento a tener trato sexual con los imputados, así interpretada por la Psicóloga Forense, debe relacionarse no sólo con la validación total que hiciera del relato de la víctima, por las razones que diera, sino también con el hallazgo en su psiquis de indicadores precisos detectados por ella y reveladores, a su criterio, del estrés post traumático advertido en la niña, que entendió propios del abuso sexual padecido.- Si a ello se suma el testimonio de la madre de la víctima prestado en debate y cuyo audio tuve oportunidad de escuchar detenidamente, y al que juzgo ampliamente corroborante de la versión de la víctima –como puntualmente lo resaltara del Dr. P.-, a más de toda una cadena de indicios serios, variados, coherentes y concordantes con dicha versión -como los analizados en los votos citados-, no cabe sino concluir, como lo hicieran los citados Magistrados, que las pruebas citadas, a la vez que descartan de plano la posibilidad de existencia de consentimiento previo de la víctima para que fuera accedida carnalmente por los imputados, dejando sin sostén probatorio su versión exculpatoria, fortalecen la versión de la víctima, y con ello, la configuración del abuso sexual con acceso carnal mediante amenazas, conforme los términos de la sentencia condenatoria en crisis.----------

---------- Frente a ello, por el contrario, se resienten indudablemente tanto la versión de los imputados, como la aseveración del Sr. Magistrado que liderara el acuerdo, y que emitiera su voto en minoría, Dr. Montenovo, en cuanto para él, lo

que ha validado la profesional del ETI, es que “la niña vivió un trauma consistente en la “abducción” de su hogar –compartido con otros jóvenes, fue interpelada duramente, accionada un arma de fuego en su presencia, posiblemente maniatada (de lo cual no hay rastros físicos contundentes conforme dictamen forense), sometida a violencia verbal y al desarrollo de prácticas sexuales…”, negando la posibilidad de poder descartar que la víctima haya podido “manejar” la situación de alguna forma, justamente porque cuenta con recursos para ello, ecuación en la que debe conceptualizarse la existencia del consentimiento referido…” (fs.118 y vta.), agregando luego que “…la menor bien pudo desarrollar una estrategia para eludir el clima de tensión, proponiendo el acto sexual o sólo aceptándolo, lo que quizás fue interpretado por los acusados como un consentimiento…” a lo que “se suman la inexistencia de violencia física, el periplo por el Barrio de las ** Viviendas y el tramo posterior en la casa de M., más allá del beneficio de la duda (art. 28 del rito)…”, lo que, como más adelante agrega, excluiría el tipo subjetivo y la responsabilidad penal de los imputados.---------- Tal postura que como vimos, fuera receptada y enarbolada por la Defensa al plantear los agravios en análisis, más allá de la estructura argumental que la sostiene, no puede ser compartida.- En tal sentido, advierto que la misma se elabora básicamente sobre dos premisas: la primera, que partiera de su crítica a las falencias de la acusación, en cuanto a la omisión de investigar el primer tramo del hecho, iniciado luego de que a hija de M. (B.) y su amiga, fueron dejadas en sus domicilios, que comenzara cuando la víctima fuera conducida por los imputados contra su voluntad al escenario de los hechos, desplegando allí un accionar violento y coactivo contra la víctima, tendiente a obtener por todos los medios información sobre datos del robo padecido por M. (donde estaban las cosas que les sustrajeron y quienes eran sus autores, que suponían M. C. conocía), lo que no formó parte

inexplicablemente del reproche, limitándose sólo la Fiscalía a ahondar sobre el ultraje sexual padecido, sobre el que quedó focalizada la imputación; y, la segunda, la afirmación del Magistrado de que en el relato de la víctima “existe un tramo ausente, que es precisamente aquél en que deberían existir precisiones sobre cómo se desarrolló y transformó un proceso causal, que principió con una brutal interpelación sobre su conocimiento de una sustracción, hacia un ultraje sexual” (fs.118 CJ).---------- Al respecto y sin perjuicio de la fuerza argumental que sostiene tal postura, y de la reconocida jerarquía intelectual del Magistrado que la sostiene, entiendo que ella, no conmueve los fundamentos que avalan tanto el enfoque como la solución al caso planteado que dieran los restantes Camaristas, y que hemos ya tratado en detalle.----------

Doy razones para ello: Primero, porque del relato de la menor que el Tribunal tuvo por cierto, no existe ningún dato que permita sostener –o al menos suponer- una suerte de interrupción del desarrollo causal del episodio, que pueda, con sostén probatorio serio, escindir –ni desde lo temporal ni desde el ámbito de percepción de la testigo víctima-, el marco de violencia e intimidación en que se encontraba la niña al requerírsele información sobre datos acerca del robo a M., con el existente al momento de la agresión sexual padecida, como para que pueda suministrar las precisiones que el Sr. Magistrado entiende debió aportar.- En tal sentido, para evitar no fundar inadecuadamente tal aserto, he observado y escuchado atentamente junto a mis Colegas y previo a elaborar mi voto, el video cassette que registrara la declaración de M. C. en Cámara Gesell, de lo cual no sólo no advierto en su relato la posibilidad de tal escisión, sino que por el contrario, del mismo surge el mantenimiento del mismo clima de violencia e intimidación tanto en las

circunstancias previas, como contemporáneas y posteriores al ultraje sexual imputado, por más que fueran direccionados a la obtención de los datos sobre el robo tantas veces citado.- Si ello es así –al menos no existe ninguna prueba que determine lo contrario, salvo, como veremos, la mendaz declaración de los imputados-, difícilmente éstos, en especial M., adulto, con una hija, y por ello con obvia experiencia en relaciones sexuales, podrían haber interpretado erróneamente que M. C. consintiera trato sexual alguno con ellos; no tengo dudas que aseverar lo contrario, importaría al menos agraviar los principios elementales de la experiencia y del sentido común, a más de contrariar sin sostén alguno, las expresas manifestaciones contrarias de la testigo víctima.- De allí también que no pueden quedar dudas que los imputados conocían perfectamente que tenían a su merced a una joven, intimidada, atemorizada por la presión verbal y la presencia de elementos idóneos para lesionar o matar (arma de fuego, cuchillos), que se encargaron de accionar y exhibir; conocían de su situación de vulnerabilidad, por lo que sin perjuicio de no abandonar su objetivo primigenio, decidieron agregar el ataque sexual a la víctima, concretándolo en la forma y detalles narrados por la menor, por lo que, a mi entender, su obrar doloso en relación al abuso imputado, no puede ser puesto en tela de juicio, tal como lo entendiera la sentencia en crisis; menos aún que en esas circunstancias, pueda sospecharse siquiera que M. y V. creyeran erróneamente que M. C. consintiera la agresión sexual que refiriera.- Por ello, en el marco del relato de la niña, que tenemos por acreditado, tampoco la invocación del principio de la duda beneficiante, puede ser atendida.----------

---------- En segundo lugar, intentar darle a la validación del relato de la víctima un alcance diverso al que le diera la Lic D. – profesional altamente especializada en el tema, como bien lo resaltara y fundara el Dr. P.-, extrayendo de ello una conclusión distinta a la afirmada por la perito, cual

es la posibilidad de transformar a la víctima en propiciadora del trato sexual con los imputados “manejando” la situación porque contaría con recursos para ello, implica no sólo desvirtuar las aseveraciones de la Lic. D., sino sustituir el valor probatorio de la pericia con las propias apreciaciones del Juez, lo que obviamente le está vedado.- Rememoro aquí que actuando como Vocal de Tribunal de Juicio Colegiado, ante cuestiones similares a la señalada, sostuve, y aquí lo reitero, siguiendo la postura de calificada doctrina, que si bien las conclusiones periciales deben ser valoradas –como otras pruebas-, bajo el prisma de la sana crítica racional, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia (conf. art.25, 3er. párr. CPP), “…si las afirmaciones del técnico, no sólo no resultan contradichas, sino que por el contrario aparecen corroboradas y complementadas por otros elementos de convicción..., pues entonces y con tal alcance, deben ser consideradas sus conclusiones (Conf. Cafferata Nores, José I., “La Prueba en el Proceso Penal”, págs. 84/85); en esta línea, el eminente autor que acabo de citar, enseña además que “el juez no podrá descalificar el dictamen desde el punto de vista científico, técnico o artístico, *ni modificar el alcance de sus conclusiones fundándose en sus conocimientos o deducciones personales…”* -la cursiva es intencional- “…pues no puede sustituir al perito...” y que si bien en principio “...las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas según la sana crítica racional, ... los tribunales carecen de atribuciones de apartarse del dictamen del perito, acudiendo solamente a los conocimientos privados, técnicos o científicos que sus integrantes puedan poseer, ya que este saber íntimo, revelado a la hora de sentenciar, escapa al control de las partes y vulnera así el principio del contradictorio…(aut. cit., ob. cit., pgs.88/89).- Máxime, si como en el caso de la Lic. D., su idoneidad técnico-científica no ha sido puesta en tela de

juicio, ni existe en autos el menor atisbo que lo sugiera; al respecto, creo esclarecedor mencionar como pauta de valoración de la prueba pericial que "...es necesario tomar especialmente en consideración las cualidades personales y científicas que tenga el perito, sus antecedentes y demás experiencias que haya tenido, lo cual puede ilustrar sobre su competencia en la materia y su mayor o menor idoneidad para la tarea encomendada.- La confiabilidad de su dictamen reposará en gran parte en estos aspectos" (Jauchen, E.M., "Tratado de la Prueba Penal", pág, 443, también pgs.435/442)…".- Y ya dije que estos parámetros fueron justamente resaltados por el Dr. P. al evaluar dicha prueba psicológica (conf. fs.133/134 vta. C.J. cit.).---------- En tercer lugar, porque más allá de las entendibles razones de los imputados por mejorar su situación procesal frente a la seriedad de los elementos incriminantes que pesan en su contra, y de no estar constreñidos a decir verdad al ejercer su defensa material, resulta claro que las versiones que aportaron fueron mendaces, pues no sólo carecen de todo sostén probatorio, sino que contradicen otros datos objetivos incorporados a la causa (por ej., nada dicen porqué razón le habrían atado las muñecas con precintos – circunstancia narrada por la víctima y corroborada por la prueba médica antes citada-, desde que conforme su versión, habrían convenido voluntariamente tener sexo con ella a cambio de dinero).- Tampoco resultan creíble las razones que invocara M. para disparar el arma de fuego que portaba –"lo probó porque tenía mira telescópica y en el robo los autores lo habrían estado manoseando"-, si sólo se habrían dirigido al lugar despoblado para concretar la propuesta sexual citada, impresionando tal aseveración del mismo más como un indicio de mala justificación, que como explicación de porqué la accionara.- Asimismo, omitieron revelar circunstancias importantes de la secuencia de los hechos, como las que rodearon el ascenso de la víctima al rodado, entre ellas, nada dijeron respecto a que

en ese momento estaban en el vehículo la hija de M. –B., amiga de M. C.-, con una amiga; que M. subió al auto para dejar a éstas a un sector de la ciudad, no para “dar una vuelta” y proponerles trato sexual a cambio de dinero; tampoco se ha corroborado que fuera M. C. la que eligiera el descampado donde se produjo el hecho.----------

En cuarto lugar y ligado a lo anterior, si bien los imputados pueden elegir la instancia apropiada para ejercer su defensa material, cuando lo hicieron ya conocían los resultados de la pericia de ADN, por lo que obviamente, hubiese constituido un desatino negar la existencia del acceso carnal de la menor, por parte de ambos, por lo que resulta razonable y lógico que si eligieron declarar –podrían haberse negado a hacerlo, como es obvio-, debían reconocer tal circunstancia y esgrimir por tanto la argucia de sostener la existencia de consentimiento de la víctima, como lo hicieron.- Pero ello no quiere decir que deba validarse su versión exculpatoria, si ella es contradicha por el plexo probatorio reiteradamente referido.- Sin perjuicio de ello, no existe impedimento alguno para tomar el reconocimiento tanto del trato sexual con la niña, como del lugar en que se concretara, como configurativos de indicios de presencia y de participación en el hecho endilgado, en este último caso, complementado por el resultado de la pericia de ADN citada.---------- Otro punto que fugazmente mencionó la Defensa en su escrito de impugnación, se refiere a que no pudo interrogar a la menor, pues la misma declaró en Cámara Gesell, lo que entendió vulnera el principio de bilateralidad.- Al respecto, he revisado puntualmente tanto el acta de la audiencia del juicio (fs.90/103, CJ cit.), como los registros de audio de la misma, uno de los cuales reproduce la declaración citada, escuchada en dicha audiencia por las partes y así incorporada al material probatorio que analizaran los jueces del Tribunal de Juicio,

y no he advertido ninguna oposición de la Defensa al respecto, ni he constatado ninguna incidencia en especial en que ésta haya requerido la declaración de la niña, más allá de lo que el Tribunal hubiese resuelto al respecto, teniendo en cuenta el resguardo de la víctima.- Por ello, entiendo que la queja, en este aspecto, tampoco debe prosperar.---------- Es más, he examinado el acta en que se receptara la declaración de la niña con dicho soporte técnico y presencia de la Lic. D., consignándose en la misma la asistencia de la Defensa Técnica de los imputados, más allá de que no se tratara del hoy impugnante, con lo que tal principio no sólo no fue vulnerado, sino que fue debidamente resguardado, sin perjuicio del carácter eminentemente reproducible de la prueba.- En tal sentido, vale la pena recordar un pasaje de un fallo sobre un hecho de abuso sexual infantil, de la Sala Penal de nuestro STJCh, en que se indicara que "…la declaración prestada en Cámara Gesell por la menor es formal y sustancialmente válida, ya que no ha contravenido la audiencia ninguna regla esencial del debido proceso, y al propio tiempo sus dichos están plenamente avalados por los demás indicios agregados a la investigación y adquiridos durante el debate…" -del voto del Dr. J.P. Cortelezzi-, y que "el testimonio de la menor víctima en la Cámara Gesell…satisfizo las posibilidades de la defensa en juicio, ante la designación de un funcionario que controlara la legalidad del acto, en representación del eventual imputado…"-voto del Dr. Pfleger- (STJCh, "López, Luis Alberto p.s.a. de abuso , Expte. 20.402-L, año 2006, cit. en el trabajo de Arrigone, M.C., "Los derechos del niño abusado (víctima) en tensión con la Defensa del acusado", publ. en Rev. De Derecho Procesal Penal, "La prueba en el proceso penal – I", año 2009 – 1, Dir. Por Donna, E.A., ed. Rubinzal Culzoni, pág. 565 y vta.; íd., D. Cantón, F., "Declaración de menores de edad y víctimas de abuso en Cámara Gesell y el derecho del imputado a la confrontación con los testigos de

cargo", Rev. Cit., pág. 227/255).----------

El apunte que trae la Defensa respecto a subsumir el hecho en la figura simple del Art. 119 1° párrafo del CP, no procede atento que devendría atípica la conducta de los imputados en caso de que el acceso no fuera con amenazas.----------

Por todas estos fundamentos, estimo debe ser confirmada, en este aspecto la sentencia impugnada, así como también y por las mismas razones, desestimados los agravios planteados en el punto por el impugnante.---------- En relación al segundo de los agravios planteados –conforme la reseña de los mismos que efectuamos más arriba-, en que se ha partido de la decisión condenatoria, lo que obviamente permitió que en la sentencia se recogieran los votos de los tres Vocales del Tribunal de Juicio, quienes por similares fundamentos, coincidieron en aplicarle a M. un monto de pena muy superior (diez años de prisión), que el que determinaron para V. (el mínimo de la escala penal computable, esto es, el de seis años de prisión), coincidencia ésta que sufriera el embate de la Defensa, por los fundamentos que explicitamos "ut supra", y que dieran sostén a la impugnación de esta parte del fallo.---------- Entrando al análisis de tal cuestionamiento, sobre el que hemos debatido largamente en la deliberación previa, adelanto nuestra disidencia parcial con la decisión adoptada a este respecto por la sentencia impugnada.---------- Digo parcial, pues, como bien lo apuntara la Sra. Fiscal General, Dra. Ferrari al contestar los agravios de la Defensa –y lo reitera en esta audiencia-, no puede desconocerse que cada uno de los integrantes del Tribunal de Juicio, se preocuparon por explicitar cómo ponderaron las agravantes y atenuantes de ambos imputados, que tuvieron en cuenta para cuantificar la pena, según puede verificarse rápidamente de una simple lectura de la parte pertinente del fallo (fs.135 vta./139, CJ cit.), por lo que

cumplieron sobradamente la exigencia de motivación (art.25, 1ro. últ. párr. CPP).----------Sentado ello, trataremos de analizar las circunstancias atenuantes y agravantes que marcaron para cada uno de los imputados, en forma coincidente los sentenciantes, para mostrar con la mayor claridad posible en qué estriba nuestra disidencia con el fallo.- En tal tarea, para considerar que la pena a imponer a V. no debía superar el mínimo de la escala penal citada, remarcaron como atenuantes: su falta de antecedentes penales, su menor edad (18 años; nació el 26/09/88), y su menor protagonismo en el hecho (rol de colaborador, no de protagonista, no detectando circunstancias que puedan considerarse como agravantes de la pena).----------Hasta aquí, entiendo, junto con mis Colegas, que la ponderación de tales circunstancias en su favor, justifican y dan razonabilidad a la decisión de aplicarle a V. el mínimo de pena previsto en la citada escala penal, de por sí grave.---------- Veamos ahora, cuáles fueron las circunstancias atenuantes y agravantes tenidas en cuenta por el Tribunal “a quo” respecto de M., para luego confrontarlas con las ya citadas y poder discernir primero, si resulta racionalmente justificado, intensificar la respuesta punitiva al injusto cometido y, segundo, si resulta razonable y proporcional imponerle a M., por el peso de tales agravantes, cuatro años más de privación de libertad que a su compañero de causa.---------- Al respecto, luego de ponderar como atenuante, también respecto de M. su falta de antecedentes penales informados por el R.N.R., marcaron como agravantes: la edad del imputado (44 años; nació según datos extraídos de la causa, el 02/10/62) y el rol protagónico que asumió en el desarrollo del injusto, en lo que coincidieron los tres Camaristas, entre los cuales se marcaran: “llevó la voz cantante, tanto que instó a V. a acceder a la víctima”(Dr. Montenovo); utilización de su vehículo, del arma de fuego, del arma

blanca y precintos (Dres. Pettinari y P.).- A ello, contabilizaron los dos últimos Magistrados, como agravante, su particular relación con la víctima antes del hecho –pues vivió un tiempo en su casa-, y por ende era depositario de la confianza de la niña, lo que contribuyera a la concreción del hecho.----------

---------- Pues bien, atento el método de análisis propuesto, y respondiendo al primer interrogante, de la mera confrontación anunciada, fácil es colegir un mayor peso de reproche en el concreto accionar de M., que justifica, una intensificación de la respuesta punitiva, de mayor peso que la decidida respecto de V.; así se observa lo han interpretado los Sres. Magistrados.----------

----- Pero la cuestión se complejiza cuando pasamos al segundo nivel del análisis propuesto, pues aquí sí debe ahondarse en la índole y características de las agravantes que puntualizáramos para responder al último interrogante.- Abordando tal tarea, debo consignar que a mi entender, varias de ellas, como la prueba y exhibición de las armas (de fuego y blancas), el uso de los precintos plásticos sobre las muñecas, sin mayor daño físico que el señalado por el Médico Forense Dr. W., fueron en el caso más elementos que conformaron el ámbito de intimidación o amenaza que vencieron la negativa de la niña a consentir el trato sexual a que fuera sometida, afectando la libre decisión de la víctima, que agravantes a tener en cuenta para aumentar la respuesta punitiva; o, si quiere, factores que configuraron la amenaza como medio comisivo del abuso sexual, previsto en el 1er. párr. del art. 119 del C. Penal, por el que fuera condenado.- De allí que al tomarlos en principio como agravantes se corre el riesgo de lesionar en este ámbito tan sensible de individualización judicial de la pena, el principio de doble valoración.----------

---------- Sí en cambio, constituyen circunstancias agravantes la mayor edad de M., lo que le imponía

actuar en el momento crucial del hecho con un mayor nivel de reflexión para el control de sus impulsos, que el que se le puede exigir a un joven de dieciocho años.- También comparto con los Magistrados, que debe computarse en su contra, el aprovechamiento de su relación anterior con la víctima, con las connotaciones ya señaladas.---------- Llegados a este punto, podemos advertir –como resultara de la deliberación- que si bien por la existencia de las agravantes señaladas, la pena a imponerle debe superar el mínimo de la escala, dada su escasa entidad, no se observa como proporcional, ni racional, ni justo, cuantificar la sanción adosarle cuatro años de prisión al mínimo propuesto para su compañero de causa.---------- De allí que ponderando todos los fundamentos y razones expuestas, todos los miembros del Tribunal coincidimos en que el monto justo de pena que debe cumplir M. por el hecho por el que se lo trajera a juicio, es el de SIETE AÑOS de PRISIÓN, obviamente de cumplimiento efectivo, con más las accesorias legales ya impuestas y el pago de las costas causídicas.- Así voto.---------- Juzgo acertado regular los honorarios del Defensor particular en la suma de pesos Mil (1.000), por la labor desarrollada, con cargo a sus defendidos, conforme el Art. 7 de la Ley XIII N° 4-antes 2.200 modificada por la Ley 4.335.----

La Juez Silvia Susana MARTOS dijo:

---------- 1.- En el ámbito del recurso del condenado, regulado con amplitud en el Código vigente -art. 374 C.P.P.-, al punto que el legislador le ha llamado “impugnación ordinaria”, el Tribunal debe entender sin las limitaciones que son propias de los remedios extraordinarios como el recuso de casación, al que se ha referido la Corte Suprema en “CASAL”, para exigir el máximo esfuerzo de revisión. Esta impugnación ordinaria permite la fiscalización amplia de todos los puntos de agravio verosímilmente hechos valer por el condenado en su recurso.-----

---------- 2.- Así, señalaré, siguiendo las mandas procesales, que se celebró la audiencia oral legislada en el art. 385 del CPP, debatiéndose los argumentos de la impugnación presentada por el Sr. Defensor de los imputados, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso, como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-Luego de la deliberación realizada, los miembros del Tribunal alcanzamos coincidencia en la solución del caso.----------

---------- 3.- El hecho fijado en la sentencia es el atribuido a F. E. V. y a C. R. M., tal como se reseña ut supra, siendo los nombrados condenados como coautores del delito de Abuso Sexual cometido mediante amenazas con acceso carnal, art. 45 y 119 primer y tercer párrafo del CP, por los hechos ocurridos en la zona de km 20 de esta ciudad el día 6 de febrero de 2007, en perjuicio de la menor M. C., imponiéndoseles una pena de seis años y diez años de prisión respectivamente.------

---------- 4.- Adentrándome en el tratamiento de los agravios, diré que el recurso le atribuye al fallo fundamentación insuficiente y selección contradictoria y arbitraria de la prueba para arribar a la condena, por parte de los Jueces expresando el Defensor particular, Dr. F. M. R. “estamos en presencia de un acto sexual llevado y propuesto por la víctima a cambio de dinero, por lo que el consentimiento no se encuentra viciado, sino que fue pleno y libre”. Sostiene que los señores Magistrados frente a dos historias que se excluyen mutuamente, se inclinaron hacia una sin descartar, con razón suficiente, los motivos que hacían posible la restante.----------

---------- 5.- En cuanto a la solución del caso adelantaré que, conforme al acuerdo alcanzado, considero ajustado a derecho confirmar la sentencia recurrida, en cuanto a la materialidad y autoría por los fundamentos que a continuación

expondré.----------

---------- 6.- Luego de haber escuchado los testimonios vertidos en el debate y haber seguido el derrotero lógico empleado por los Señores Jueces del Juicio en la apreciación de la prueba rendida, no me cabe duda alguna, que los magistrados llegaron a la justicia del caso con la condena de los imputados C. M. y F. V. en orden al delito de violación mediante el uso de amenazas en perjuicio de M. C..-----

---------- Para poder apreciar que la sentencia se encuentra debidamente motivada en la reconstrucción del hecho, he acudido al método señalado por la Corte Suprema de Justicia de Nación in re “Casal” a fin de descartar todo juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente y respecto del cual no se pueda seguir el curso del razonamiento por el que el Juzgador llega a sus conclusiones. Para ello se debe acudir al método de la sana crítica y aunque no se siga o desarrolle expresamente cada paso metodológico, se deben respetar los cuatro pasos conocidos como la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis. Todo ello está magistralmente dicho en los considerando 29 y 30 del referido fallo “Casal”.----------

---------- 7.- El meollo de la cuestión es desentrañar si existió consentimiento o no de la joven para mantener relaciones sexuales con los imputados. Subsidiariamente si éstos pudieron representarse, en la ocasión, esa negativa. La Defensa enumera algunos de los puntos específicos que avalan esta postura, entre ellos que no existieron signos de violencia en la joven; que en el lugar del hecho M. C. se encontraba libre en su persona; que subió al rodado voluntariamente; que ella fue quien indicó a M. -quien conducía el vehículo- que se dirigiera a ese lugar, donde le pidió dinero para tener sexo, aceptando los hombres la propuesta; que luego volvieron a la ciudad y se dirigieron a la casa de M., donde conversaron, la joven tomó una gaseosa y convino con éste

que si ella obtenía alguna información del robo del que había sido víctima M., le avisaría. Afirma que todas estas actitudes son demostrativas de la falsedad de los dichos de la denunciante en cuanto a que fue violada. Agrega que la resistencia de la víctima debió ser seria, relevante, importante, a fin de destruir la presunción de inocencia, pues el tipo protege la libertad sexual, es decir la posibilidad concreta de hacer o no hacer lo que el abusador demanda.---------- Por otra parte trae a colación el voto en disidencia del Dr. Montenovo cuando afirma que quedó demostrado que se desplegó un curso de evidente coacción por parte de los imputados, pero destinado a obtener información sobre un hecho, del que no hubo acusación, derivando luego, ya en una situación de relativa calma, en relaciones sexuales reconocidas por los acusados con la menor. Dado que la sicóloga admitió que la joven usó estrategias para salir del trance, ello bien pudo haber sido evaluado por los imputados como consentimiento, excluyendo así el tipo subjetivo y por ende la responsabilidad penal, siempre aplicado la regla del in dubio pro reo.--------

---------- 8.-

Adentrándonos a la valoración de los jueces, éstos tienen probada la veracidad de la versión de la víctima con la prueba indirecta colectada, descartando la versión de los imputados ya reseñada.----------

Las fuentes tomadas por los magistrados para tener por acreditado el hecho son el testimonio de la víctima M. N. C. brindado a través de la Cámara Gesell; el testimonio de su madre E. A. J., las declaraciones de los acusados C. R. M. y F. E. V. a modo de defensa material. Asimismo el informe técnico medico del Dr. C. P. C., de extracción de muestras para estudio bioquímico, los resultados del ADN; las declaraciones de S. G. V., perito y del médico B. C.. Tal como lo afirman los jueces en sus votos no existe controversia entre las partes respecto de que los imputados

mantuvieron con la denunciante relaciones sexuales, que incluyeron penetración por vía anal y vaginal, en la madrugada del día 6 de febrero de 2007, en una zona identificada como inmediaciones de Km. 20 de la ciudad de Comodoro Rivadavia. Este tópico no entra en discusión.---------- ---------- Respecto de los argumentos formales y materiales desarrollados por los jueces que los llevan a descartar los planteos efectuados por la defensa en cuanto al libre consentimiento de la víctima, debo señalar que comparto los razonamientos efectuados dado que la prueba indirecta así lo corrobora.---------- ---------- En el curso de este análisis, me referiré en primer lugar al cuestionamiento que se tomara en Cámara Gesell la declaración de la menor víctima M. C. vulnerándose la bilateralidad del contradictorio. Creo que este el mecanismo adecuado para honrar la Convención de los Derechos del Niño que, vale la pena recordar, por imperio del Art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, goza de jerarquía constitucional.---------- ----- No cabe admitir que con el argumento de que la joven tiene una madurez superior o anticipada a la edad cronológica, se pudo prescindir de la Cámara Gesell, para poder ser interrogada en el juicio y que su declaración sea mas esclarecedora. Como ya dijera, a través del mecanismo de la Cámara Gesell se respetan las disposiciones de la Convención antes aludida a fin de no revictimizar a las víctimas. Consta además que al acto concurrieron las partes y que tuvieron oportunidad de preguntar y no lo hicieron.---------- ---------- La Cámara Gesell no menoscaba el derecho de defensa pues si bien ese mecanismo protege “el interés superior del niño”, igualmente permite un adecuado contralor de la defensa, pudiendo la misma en dicho acto, contra-examinar el testimonio brindado bajo esa modalidad.---------- ---------- En ese sentido C. A. Rozansky en su libro afirma que: “…el único modo

de oír a una niña abusada, respetando la normativa vigente y cumpliendo con el principio rector de la Protección Integral, es en el ámbito apropiado y con la intervención exclusiva y excluyente de los especialistas, que no son los jueces. Se escucha al niño en los términos de la Convención cuando las entrevistas las lleva a cabo un especialista en Cámara Gesell, y el juez o en su caso el Presidente del Tribunal (desde afuera), transmiten al experto que interactúa con el niño las inquietudes que pudieran tener.” “obligar a una niña a comparecer en la sala de audiencias viola la normativa protectora de la Convención, por lo tanto es ilegal.”(aut cit. en la obra Abuso Sexual Infantil. ¿Denunciar o Silenciar? Ed. B Argentina S.A. 2003. Pág.131).---------- Por ello no tendrá acogida favorable el planteo intentado por la defensa respecto de que se vio imposibilitada de interrogar libremente a la víctima, vulnerando la bilateralidad del contradictorio.---------- 9**.-** Retomando el análisis de la crítica externa de las fuentes, a fin de discernir la autenticidad de las mismas, correctamente los jueces tienen en cuenta la testimonial de la madre de la víctima quien resulta relevante a la hora de apreciar el testimonio de M. C., pues permite avalar su credibilidad en cuanto relata que en dicha oportunidad su hija fue objeto de amenazas y coacción. A ello se sumaron alusiones más concretas “sobre el proceder que adoptarían los imputados en su contra, por ejemplo: atarla en un palo, dejarla colgada, estirarla de los pies para que sufra, etc”. Se señala que entre otras manifestaciones de violencia en perjuicio de la víctima, surge de su relato que fue atada de las muñecas con precintos, marcas que fueron verificadas por el Médico Forense Dr. I. J. W. Aparece también el uso de una navaja, instrumento con el que luego cortaran los precintos que le sujetaban las muñecas dado que le hacían doler y en ese momento M. realiza un disparo

intimidatorio al aire diciéndole “Te desato la manos, pero si salís corriendo te mato con esto y te dejo tirada”. El arma utilizada fue secuestrada en el domicilio del imputado M. y luego en la pericia, se pudo constatar que se corresponde con la vaina servida hallada en el automóvil utilizado por M. y que fuera secuestrada en la inspección vehicular.----------

---------- 10.- Al realizar la crítica interna de las fuentes de las que se nutren los votos, tanto el Juez Pitcovsky como la Dra PETTINARI, dan cuenta del escaso peso que le asignan a los descargos, apoyados en las pruebas que fueran ventiladas en el transcurso del debate. En ese sentido luego de su evaluación, el Juez P. sostiene que en ese marco no resulta posible concluir que las relaciones sexuales mantenidas por la joven M. con los acusados, haya sido producto de un consentimiento libremente asumido.----------

---------- En este aspecto reviste importancia a juicio de los magistrados y mío también, el testimonio de la víctima brindado en la Cámara Gesell, pudiéndose observar que cuando arriba al punto tocante de las relaciones sexuales, la angustia le impide continuar el relato y no quiere seguir hablando. Luego con frases entrecortadas explicita lo sucedido.----------

---------- Ello debe relacionarse con la validación del relato que realiza la psicóloga M. C. D., quien encuentra en la joven síntomas relacionados con la vivencia de una situación traumática, con mucho temor a que le pase algo a su madre, a su hija o a ella misma (fenómeno de flashback, imágenes del pasado que vuelven e invaden el presente, provocando angustia). También en opinión de la especialista, la joven en la ocasión, utilizó una estrategia destinada a evitar que le ocasionaran mayor daño físico, lo que hizo que aunque se negara a las relaciones sexuales, no “peleó” físicamente, por temor a ser herida o muerta.----------

---------- Si bien a los imputados les asiste el derecho de declarar lo que

consideren oportuno para su defensa, ello no conlleva necesariamente a que su versión sea creíble. Observo, al igual que mi colega el Dr. SARQUIS, que los nombrados declararon casi a la finalización del proceso. Entonces ante la prueba contundente de que el semen hallado en el cuerpo de la joven era de los imputados, declararon que efectivamente habían tenido sexo… pero que ello fue consentido y por dinero. Ante la evidencia del secuestro del arma en el domicilio de M. y la vaina servida en su vehículo, éste adujo en su defensa que cuando comprobó en su casa que le habían robado, subió el arma a su automóvil y luego, efectuó un disparo para probarla resultando poco creíble el motivo aducido .----------

---------- En lo tocante a las actitudes amenazantes de los imputadas, si bien estuvieron referidas en un primer momento a la obtención de datos sobre algunos amigos de la víctima a los que consideraban sospechosos de haber perpetrado el robo en la casa de M., crearon un clima de intimidación y temor que en ese contexto no puede sostenerse que las relaciones sexuales mantenidas con los nombrados, se desarrollaron con la libre elección de la víctima. Resulta correcta la apreciación de los jueces en cuanto a que, en esas circunstancias, si bien no hubo de parte de la víctima una resistencia de tal intensidad a mantener sexo que quedaran vestigios en su cuerpo, sí existía al momento del hecho, un clima intimidatorio de tal magnitud que la joven optó por “estrategias de supervivencia” –como lo explicó la Lic. D.-, en resguardo de su integridad física o su vida si bien, las relaciones sexuales no consentidas no dejaron huellas en el cuerpo de la víctima, su negativa fue expresada claramente por la joven a sus ofensores. Ella relata en Cámara Gesell que le dijeron “bueno, dale, dale”, para que se saque toda la ropa. Agregó que le hicieron sacar la remera y comenzaron a manosearla. Se puede observar en el video, las dificultades de la víctima en su declaración producto de la angustia y

llanto al recordar lo sucedido. Relata que “M. la obligó primero a que le chupe…. “yo no quería” “M. me obligaba a hacer eso y mientras sucedía, F. me manoseaba” Afirma que ella lloraba y que cuando estaba siendo accedida por M., le pedía a F. que la ayude, pero él “no me daba bola”. Luego relata que fue el turno de F. y que ella no quería por lo que M. le dijo “por las buenas o por las malas” y la mandó con F., quien le hizo lo mismo que el primero, refiriéndose al acceso carnal.----------

---

---------- Este relato, avalado por el examen psicológico y las otras pruebas ponderadas, como el testimonio de la madre, el semen encontrado en su cuerpo, las marcas en las muñecas, el disparo intimidatorio, hace que en que en tal contexto fáctico resulte ilógico afirmar que las relaciones sexuales fueran consentidas, o en todo caso que los imputados no hayan podido advertir la negativa de la víctima a partir de que no opuso resistencia.----------

---------- Al respecto la Dra. PETTINARI expresó que los testimonios fueron claros, expuestos en forma coherente y sin fisuras, tanto de la madre como de la propia damnificada y que fueran validadazos por la Lic. D. quien aconseja terapia post traumática . Agrega la Magistrada “es importante resaltar el valor vida y sobre todo en la emergencia para esta joven, en semejante situación, con una niña de corta edad, que la hace optar evidentemente entre un mal absoluto (la muerte) a uno menos malo (la violación, porque la deja viva), y a ese resultado logró sobrevivir y enfrentar a pesar de nuevas amenazas…el camino que lleva transitando…”.----------

---

---------- 11.- Antes de concluir quiero referirme a una cuestión que la defensa ventiló en juicio, relacionada a la conducción de vida de la joven M. C., quien desde temprana edad comenzó con las fugas del hogar, tuvo un embarazo y se juntaba con grupos de riesgo, pretendiendo de esta forma apontocar la hipótesis de

que al ser una mujer con una especial forma de comportarse respecto de su sexualidad, o con una temprana y avezada experiencia sexual, les ofreció a los imputados sexo por dinero. Ello también fue relacionado con que la joven no tuvo marcas en su cuerpo, al momento de la supuesta resistencia ejercida para no tolerar el abuso.----------

---------- En una nota de doctrina firmada por Julieta Di Corleto, aparecida en NDP, en lo referente a los mitos que sustituyen la prueba del consentimiento en el abuso sexual, dice la autora: “El primero de los mitos que contribuye a suplir la prueba del consentimiento es aquel que respalda la imagen que propugna que sólo las mujeres vírgenes son violables. La expresión “a las niñas buenas no les pasa nada malo” define la idea de que hay mujeres que no pueden ser víctimas de violación: una avezada experiencia sexual o una especial forma de comportarse o de vestir incitan el sexo no consentido … Las mujeres que son “promiscuas” o tienen “mala reputación” no pueden ser violadas”. Prosigue diciendo la autora. “El segundo mito postula que si las mujeres dicen “no”, en realidad están diciendo “sí”. El consentimiento queda definido de una manera perversa: un hombre siempre podría presumir la disposición sexual de una mujer, incluso cuando ella aparente lo contrario”. Luego agrega “desde la perspectiva de la defensa, cuestionar la existencia o inexistencia de consentimiento es una de las estrategias disponibles, en particular cuando el imputado es un conocido de la víctima. Las narrativas establecen patrones sobre cómo deberían haber actuado las víctimas antes y durante el acto violento; y de esta forma, determinan la manera en la que se evalúa aquello que excluya la existencia del ilícito. Para cuestionar la voluntad de la víctima de una agresión sexual bastaría solicitar la incorporación de prueba que, sustentada en

estos mitos, sirva para probar su consentimiento". (Julieta Di Corleto. Límtes a la prueba del consentimiento en el delito de violación. NDP 2006-B, pág411 y sig).

---------- Es así que en el derecho comparado tanto europeo como en los Estados Unidos, existen leyes, que prohíben la introducción de evidencia sobre el pasado sexual de la víctima.----------

---------- Quiero señalar con todo esto que si se pensó que poniendo en el tapete el pasado y presente de la vida que lleva la Srta. M. C., para relacionarlo directamente con el ofrecimiento de sexo por dinero aducido y el consentimiento expreso o presunto de la misma para mantener relaciones sexuales con los imputados, las pruebas ponderadas para descartarlo resultaron contundentes más allá del propósito de desacreditar la moral y la reputación de la joven.----------

---------- 12.- Por las razones que vengo exponiendo voy a propiciar la confirmación de la sentencia venida a estudio pues los Jueces de mérito han seleccionado y ponderado todas las circunstancias fácticas de acuerdo a las reglas de la sana crítica para llegar a acreditar con certeza la existencia del hecho atribuido y la autoría de los imputados. No se advierte contradicción ni arbitrariedad en la sentencia. El sólo hecho que sea la víctima la que se encuentre en condiciones de contar lo sucedido, no implica que sus dichos tengan que descalificarse, si el Tribunal los considera dignos de credibilidad, dando razones. Los jueces han tomado estos dichos y los han interrelacionado con otros elementos de prueba, como el examen sicológico de la joven y las declaraciones concordantes de la madre y de los profesionales intervinientes y las secuelas evidenciadas en la psiquis de la misma, emocionalmente afectada por la situación.----------

---------- A la cuestión subsidiariamente planteada por la Defensa, de que se aplique la agravante de acceso carnal por el uso de amenazas, corresponde el rechazo, pues las amenazas fueron ponderadas a fin de acreditar el tipo objetivo del

delito abuso sexual con acceso carnal (Art. 119, 1° párrafo del C.P.).----------

---------- 13.- En lo tocante a la pena, sabido es que los arts. 40 y 41 del C.P. estructuran un sistema de determinación de la pena caracterizado por la enumeración no taxativa de circunstancias relevantes a tal fin, sin precisar el sentido de la valoración, esto es, sin establecer de antemano si se trata de agravantes o de atenuantes, ni cuál es el valor relativo de cada una de tales circunstancias**.** Señalo el Ministro del S.T.J, Dr. Pfleger en la causa P., O. expte 221-125-38-2007 "... la gravedad del ilícito penal se objetiva en las escalas penales y si se establece la misma, el legislador permite subjetivar (personalizar) la sanción, atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes que emergen del autor, de la víctima y de la sociedad donde la conducta se concreta. Sin embargo esa graduación no puede ser irrazonable. De aquí que el Código Penal Argentino haya determinado en sus arts. 40 y 41 algunos elementos básicos para que la tarea no anide en el puro arbitrio judicial. A partir de estas pautas y frente al caso penal, si operaran atenuantes, la pena se acercará al mínimo de la escala sancionatoria, mientras que incidiendo agravantes, lo hará al máximo amenazado (sala I, sent del 7-12-2000 en causa 1633 "G.").---------- Se advierte que el impugnante cuestiona que, ante una atribución de conductas similares a ambos imputados, resultando también iguales las características del hecho en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el distinto monto de la pena aplicado a cada uno, lesiona el principio de proporcionalidad y vulnera el principio de igualdad ante la ley.----------

---------- 14.- Daré respuesta al planteo, pese que el Defensor no ataca concretamente los fundamentos tenidos en cuenta por los magistrados para llegar a los montos establecidos.----------

---------- Al respecto he de decir que la graduación de la pena no puede hacerse mediante un mero cálculo matemático, sumando agravantes y restando atenuantes, como si todas tuvieran el mismo valor, sino que el Juez deberá motivar y fundar todos los aspectos, apreciando tanto los objetivos del hecho mismo, como las calidades del autor en el caso concreto. Se deberá evaluar en cada caso particular la magnitud del injusto, la culpabilidad demostrada referidas al hecho y otros de orden general no vinculados específicamente al caso.----------

---------- Con referencia al grado de injusto, a la naturaleza de la acción y extensión del daño causado, considero que ambos imputados son merecedores del mismo reproche. Del mismo modo en cuanto a la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir y la participación tomada en el hecho.----------

---------- En igual condición hasta aquí ambos imputados, en cuanto al reproche, debo tener en cuenta que a V. se le impuso el mínimo de la pena establecida para el delito tipificado en el art. 119 3er. párrafo del C.P., esto es seis (6) años de prisión teniendo en cuenta su edad, falta de antecedentes y menor protagonismo en el hecho.----------

---------- Respecto de M., a quien se le aplicó una pena de diez (10) años de prisión, considero que gran parte de las circunstancias ponderadas para agravar la misma, no pueden ser tenidas en cuenta puesto que se refieren a la modalidad con que se llevó a cabo la indagación de la joven respecto del robo en el domicilio de M., hecho no traído a debate como también que, de ponderar los elementos que coadyuvaron a la intimidación o amenaza, caeríamos en una doble valoración.-------

---

---------- Sí considero que se debe ponderar como agravante, dentro de las pautas contempladas en el art. 41 inc. 2 del C.P. “vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo modo y lugar”, la relación casi familiar que

unía al imputado M. con la víctima, dado que ésta era compañera de la escuela de su hija y la albergó cuando tuvo su bebé. En ese contexto, la joven subió confiada al automóvil de M. por la relación preexistente. También la mayor edad del nombrado respecto de su consorte de causa, que le imponía actuar con mayor reflexión.----------

---------- Por ello, considero que deberá reducirse el quantum de la pena impuesta a M., considerando justo que se la ubique en los SIETE AÑOS de prisión con accesorias legales y costas.----------

---------- Entiendo justo regular los honorarios profesionales conforme lo señala el voto que me precede. Así voto.

El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo:

---------- Emprenderé el análisis como tercer votante, sin perjuicio de destacar que la decisión de la Cámara por la confirmación de la sentencia fue por unanimidad. No creo necesario -a fin de evitar una trascripción fatigosa- reproducir los motivos del recurso y su responde por la fiscalía, pues el detalle respecto al contenido de los mismos prolijamente trazaron sus líneas los Jueces Sarquis y Martos.----------

---------- Resta por definir cuáles han sido los criterios intelectivos y el juicio lógico que condujo a los jueces que conformaron la mayoría a condenar a los inculpados en la sentencia impugnada, cuestionados claro está, por la Defensa técnica de estos. ----------

---------- No fue materia de crítica la sentencia en cuanto al positivo acceso carnal por parte de los traídos a juicio sobre la menor C.. Sí el recurso se ajustó a puntualizar, en primer lugar, que los actos sexuales fueron llevados adelante a propuesta de la víctima, a cambio de dinero, por lo que el consentimiento ha sido

pleno y libre, afirmó el Sr. Defensor, corroborado ello con que no se han encontrado signos de violencia en la menor para que se configure el abuso sexual, pues, agregó el profesional, la negativa de la víctima al contacto debe ser seria, relevante e importante, esto es, debe probarse que se vio impedida de resistir.

---------- En lo sustancial, la impugnación estuvo encaminada a establecer que las relaciones sexuales fueron consentidas por la menor, siendo ella, que por dinero, indicó a los imputados cómo llegar al lugar de los hechos y allí mantener sexo con los mismos. En forma subsidiaria la Defensa, siguiendo la línea de pensamiento del primer votante, Dr. Montenovo, expresó que los imputados no advirtieron, momentos previos a tener relaciones sexuales con la denunciante, oposición alguna a tales actos, sino que, por el contrario, percibieron, a partir de la propia conducta (inactividad) de ella, el consentimiento para realizarlos.----------

---------- Para sostener la posición de la Fiscalía y objetar la traída por los imputados, referida a que los actos sexuales fueron inducidos por la propia denunciante –primer enfoque argumentado por la Defensa-, la Jueza Pettinari se refirió a los dichos de la menor víctima, los que tuvo por plenamente creíbles, a partir de la valuación que sobre ellos hiciera la profesional psicóloga actuante. Subrayó en el voto aquellos aspectos que marcaron la acción delictiva de M. y V., primeramente para obtener información de M. C. respecto de un robo del que había sido víctima M., para luego, en las condiciones de alejamiento nocturno y soledad del descampado, aprovecharse sexualmente de la nombrada. Rescató en ese sentido también la Magistrada, las expresiones que vertiera en el juicio la madre de la damnificada, corroborantes de los propios dichos de ésta, que concuerdan con la situación trasladada en Cámara Gesell por la víctima a las partes y juez presente, evaluando finalmente, luego de haber sopesado la totalidad de la información traída por los imputados, la víctima, su madre y la licenciada D., que “ya en el terreno del

lugar teatro de los hechos comienza el verdadero calvario de la menor, primero disparando (M.) con su escopeta Calibre 22 un tiro al aire desde el interior de la misma, bajando el vidrio de su puerta, que ya puso en jaque que la cosa no venía bien; en segundo lugar ya las amenazas verbales de cómo iría a sufrir si no le decía lo que él quería, como atarla en un palo, dejarla colgada, estirarle los pies para que sufra..., siempre bajo la amenaza que no se le ocurriera escaparse por que la agarraría y le pegaría un tiro, inclusive el encartado F. también trataba de persuadirla de que contara todo lo que sabia. Es entonces que al no obtener información como pretendía, paso a los hechos sexuales, sacándole la ropa... Es importante resaltar el valor vida y sobre todo en emergencia para esta joven, en semejante situación, con una niña de corta edad que la hace optar evidentemente entre un mal absoluto (la muerte) a uno menos malo (la violación por que la dejaba viva), y a ese resultado logró sobrevivir y enfrentar a pesar de nuevas amenazas.”, expresó la jueza.----------

---------- Como adelantara, no advierto arbitrariedad o contradicción alguna en el análisis realizado por la sufragante, pues este examen ha sido realizado con el conjunto de la prueba ventilada en la audiencia de debate, voto que finalmente llega a la conclusión inversa de la propuesta arrimada por la defensa y por el contrario, con los arreglos expuestos en la sentencia, confirmar en cuanto a la entidad delictiva, la acusación de la Fiscalía.---------- --------El Dr. P. también fue concluyente en ese sentido, al valorar como elementos de cargo en contra de las manifestaciones exculpatorias de los imputados el relato de la menor en Cámara Gesell y de la madre de la víctima, como elementos de cargo plenamente convictivos para arribar al grado de certeza que la etapa exige para condenar a los imputados por los hechos que fueron materia de reproche penal

por parte de la Fiscalía. Y en esa línea de pensar resaltó el Juez: ”Soy de la opinión entonces que en el marco de referencia que se ha venido describiendo, no resulta posible concluir que las relaciones sexuales mantenidas por M. con los acusados, hayan sido producto de un consentimiento libremente asumido.... también la Lic. D., Psicóloga tratante de la víctima, fue quien convalidó el relato de aquella por encontrar síntomas consistentes con la vivencia de una situación traumática”, descartando cualquier tipo de fabulación en la menor. ---------- Citó, acerca de las apreciaciones de la Profesional, en orden a la actitud de la víctima, quien no opuso mayor resistencia física como mecanismo de supervivencia, que... se debe tener en cuenta que la violencia absoluta es aquella que tiene como resultado anular la resistencia mas determinada, pero también debe conmutarse que en muchas situaciones, la defensa pudiendo ser manifiesta y evidente, cede rápidamente por el temor a mayor violencia, a los malos tratos o a las amenazas de graves daños, conforme Achával, “El delito de Violación”.----------

---------- Respecto a la presunta admisibilidad de los hechos por parte de la menor que trae el Sr. Defensor con cita del primer votante del tribunal de juicio, entiendo, sin perjuicio que los primeros acaecimientos que aparecieron en el tiempo y antes de los accesos carnales, no hayan sido materia de reproche –delito- en forma independiente por parte de la fiscalía, no pueden ser aislados de tal manera que no comprenda la unidad de actividad desarrollada por los imputados esa noche, en el lugar donde se encontraban, y en las circunstancias que lo hacían, pretendiéndose que la menor, luego de haber sido sometida a intimidación y amenazas, libremente haya aceptado las relaciones sexuales vía anal y vaginal por parte de los dos imputados.----------

---------- Cierto es que uno de los componentes para fijar el ilícito en su completitud, corresponde a aquel que refiere al aspecto subjetivo. No me referiré a

los demás que comprenden la teoría del delito para establecer cuando una conducta termina siendo ilícita, con autores responsables y fijar con ello luego la pena, pues es materia bien conocida por las partes. La cuestión puesta en duda, es aquella que aparece a partir del interrogante que incorpora en su voto el distinguido Juez Montenovo, cual es, saber si tenían los imputados conocimiento efectivo de la totalidad de los elementos objetivos necesarios para la configuración del delito de abuso sexual, esto es, si pudieron percibir acaso un libre consentimiento por parte de la menor al pedido de M. de tener relaciones sexuales en las condiciones fácticas en que se encontraban, o acaso, si hubo sugerencia por parte de la propia víctima a mantener relaciones sexuales, siempre en el contexto de coacción inicial, más allá que ello fuera para contener una situación que desde un principio se apreciaba violenta. No abrigo dudas que la realidad que circundaba el ambiente no pudo aparecer a los ojos de los condenados como un entorno de laxa respuesta por parte de la menor y en ese sentido accederla carnalmente, anal y vaginalmente. Tampoco lo trajeron al ruedo en sus declaraciones los inculpados. Aún, si así fuera dicho, no se ajusta a lo ocurrido. Juzgo por ello, que no se trata en los hechos de achacar un delito por el sólo resultado de los mismos, pues la relevancia típica apareció por la especial forma en la realización de la finalidad abusadora, aprovechando el contexto de desprotección y sin resguardo alguno por parte de la abusada. Conocían ese estado los traídos a juicio, y no terceros lo habían provocado, mas fueron ellos quienes aprovechándose de ese escenario, voluntariamente practicaron sexo sobre la menor; y si bien no hubo violencia o intimidación en el tiempo de los propios actos, las amenazas, y así lo dicen los jueces, desde el principio estaban instalada en el lugar.----------

---------- Tenían los inculpados pleno conocimiento de la endeble en que se encontraba la víctima, entonces, de seguido, tomaron la decisión de asaltarla sexualmente, resolución que adoptaron en el contexto indicado, llevando a cabo las acciones descritas en los hechos imputados. Sabían lo que hacían y que no podían haber confundido tensa calma en el ánimo de la menor, utilizada como estrategia para salir del trance (según sus propios dichos), con consentimiento para ser accedida carnalmente en el modo que lo fue. Voto en consecuencia por el rechazo de esta petición esgrimida por el Sr. Defensor, confirmando la sentencia en cuanto al tópico que se viene de tratar.----------

---------- Ha cuestionado tenuemente también la Defensa la calidad de la declaración de la menor en Cámara Gesell, en tanto debió hacerlo directamente en debate, por la edad que transitaba y por la manera de desempeñarse en su vida, según propios informes de la psicóloga tratante.----------

---------- La menor ha declarado en Cámara Gesell, estando presentes en la misma dos defensores técnicos, quienes pudieron interrogar a través de los medios correspondientes a la denunciante, por lo que el principio de bilateralidad, contradictorio e inmediatez no se ha violado de manera alguna, correspondiendo en consecuencia tener como plenamente válido el testimonio brindado de la manera que se expuso.----------

---------- Agrego finalmente sobre ello, que el cuidado de que la menor víctima no declare en debate para no volver a ser revictimizada, cuando las circunstancias así lo ameriten, con asiento en informes convenientes, aparece como derecho inalienable e irreemplazable con memoria y protección en la Declaración Universal de los Derechos del Niño –Ginebra, 1928, 1948 y 1959-, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores –Reglas de

Beijing, 1985-, y ahora la Convención Sobre los Derechos del Niño –1989-, como amplio paraguas protector en resguardo de su interés superior. Así lo voto.----------

---------- La solicitud de encuadrar el hecho en la figura del abuso sexual simple escrita en la presentación de agravios de la Defensa, no ha de ser atendida, puesto que, si quitamos el uso de amenazas en el hecho, el acceso carnal devendría sin sanción penal alguna.----------

---------- Respecto a la pena a aplicar, entiendo que corresponde una pena menor respecto del imputado M., pues si bien han sido declaradas las circunstancias agravantes y atenuantes por los señores magistrados, en atención a las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C. Penal, cierto es también, que aquellas que se tuvieron en cuenta en relación a M. en particular, corresponden en su mayoría a un primer hecho supuestamente delictual, del que no hubo proceso ni reproche alguno. De estas primeras circunstancias, se analizaron las amenazas recibidas por la víctima, elemento propio del tipo penal para tener al hecho comprendido en los párrafos 1º y 3º del artículo 119 del C. Penal. En lo demás, llegado el tiempo de acaecencia del delito, los imputados obraron ilícitamente en similares condiciones. Puede resaltarse cómo diferencia en desmedro de M. para superar el mínimo de pena a imponer, su edad, y que fue en el vehículo de éste donde se sucedieron los hechos, más que el imputado conocía a la menor de antes, por haber estado ella en su casa y por la relación que tenía con su hija, como únicos elementos relevantes a tener en cuenta en el injusto, grado de culpabilidad que lo hace merecedor de una pena de siete años de prisión.---------- Adhiero a la regulación de honorarios efectuado por el Magistrado preopinante.----------

---

---------- Por las consideraciones realizadas, este Tribunal----------

----------**<u>RESUELVE</u>:**---------- --

---------- **1°) CONFIRMAR** la Sentencia condenatoria N° 43/08 en la que se declara coautores responsables a C. R. M. y F. E. V. en orden a los delitos de ABUSO SEXUAL COMETIDO MEDIANTE AMENAZAS CON ACCESO CARNAL (Art. 45, 119 1° y 3° párrafo del Código Penal), por los hechos ocurridos el día 06 de febrero de 2007 en la ciudad de Comodoro Rivadavia. –Conf. Art. 374 y 382 y ss. del CPP).---------- **2º) CONFIRMAR** la pena impuesta a F. E. V. de SEIS AÑOS DE PRISIÓN accesorias legales y costas del proceso –Art. 12 y 29 inc. 3°C.P.-. ----------

---------- **3º) REVOCAR** la pena impuesta a C. R. M. en la Sentencia N° 43/08, IMPONIENDO la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN accesorias legales y costas –Art. 12 y 29 inc. 3° C.P**.**---------- **4°) REGULAR** los honorarios profesionales del Sr. Defensor Particular por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma Mil Pesos ($ 1.000), conforme Ley XIII N° 4 –antes Ley 2.200 modificada por la Ley 4335.------

---------- **5º) Cópiese**, Protocolícese, efectúense las comunicaciones de rigor.------

Leonardo Marcelo PITCOVSKY
Presidente del Tribunal

Silvia Susana MARTOS
Juez de Cámara

Víctor Alberto SARQUIS
Juez de Cámara