En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los diez días del mes de marzo del año dos mil diez, habiéndose reunido en Acuerdo los Dres. Roberto Rubén Portela, en su carácter de Presidente en el caso, Silvia Susana Martos y Leonardo Pitcovsky, a fin de dictar sentencia en estos autos caratulados **"G., M. R. s/ denuncia-Rawson"** (Carpeta N° 1315-Legajo N° 13335), seguidos contra **M. M. M.**, argentino, hijo de J. F. M. y de I. M. F., nacido en Alta Gracia, Córdoba, el 2 de septiembre de ****, instruido, desocupado, DNI N° **.***.***, quien fuera condenado a la pena de **DOCE AÑOS DE PRISIÓN** y costas, en orden a los delitos de Abuso Sexual con acceso carnal, en menores de 13 años, agravado por la relación de parentesco, tres hechos en concurso real, cometidos cada uno bajo la modalidad de delito continuado, en perjuicio de las menores M. R. M., S. M. B. y Y. A. N. M., ocurridos en fecha que no puede ser precisada con exactitud, pero que data aproximadamente desde el año 2005 y durante el transcurso del año 2008, período previo al 28 de agosto del año 2008 -fecha de la denuncia-.

Intervino por el Ministerio Público Fiscal la Dra. Alicia Susana Vilaseca y por la defensa técnica de M. M. M. el Dr. L. B.

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° párrafo, del Código de Procedimiento Penal), se establece el siguiente orden de votación: Dr. Roberto Rubén Portela, Dr. Leonardo Pitcovsky y Dra. Silvia Susana Martos.

El Juez **Roberto Rubén Portela** dijo: fue convocado el Tribunal en razón de la impugnación ordinaria (Art. 374 del C.P.P.) interpuesta por el Dr. L. B., defensor del imputado M. M. M., quien por sentencia de fecha 19 de noviembre de 2009 fue condenado a la pena de DOCE AÑOS DE PRISION y costas, en orden a los delitos de Abuso sexual con acceso carnal, en menores de trece años, agravado por la relación de parentesco, tres hechos en concurso real, cometidos cada

uno bajo la modalidad de delito continuado, en perjuicio de las menores M. R. M., S. M. B. y Y. A. N. M. (Arts. 29 inc.3°, 40, 41, 45, 55 y 119, tercer párrafo y cuarto inc.b del Código Penal). La defensa, en su escrito de fs. 475/479 vta., señala como motivo de presentación, que la decisión carece de la certeza respecto a la autoría endilgada a su cliente, lo que determina que la sentencia sea nula por falta de fundamentación y por no aplicación del in dubio pro reo. Posteriormente el profesional actuante ingresa en la fundamentación, comenzando con el tratamiento de: 1) FALTA DE CERTEZA PARA CONDENAR. Que su defendido niega ser el autor de los hechos enrostrados, exponiendo que la colocación de sondas que habrían sufrido al nacer las niñas M. R. y S., pudieron haber producido las lesiones en la zona vaginal, mientras las ubicadas en la zona anal, podrían ser la consecuencia de una importante constipación, provocada por cambio de leche en los primeros meses de vida de las niñas. Hace extensivo este descargo para el caso de la menor Y., quien fuera objeto de una cirugía palatina por labio leporino. La defensa técnica en su línea argumental sostuvo como curioso que luego de tres años de silencio, cuando retorna a su hogar J. M., hijo del acusado, surja la acusación contra M. M. Que en el año 2005, la vecina Sra. S., es quien descubre que Y. y sus hermanas, estaban siendo abusadas por su medio hermano J. M. M., lo que al llegar a conocimiento del acusado logra que éste sea retirado del hogar. Que durante tres años no se registra ningún inconveniente, hasta que en el año 2008 éste vuelve a la casa, y nuevamente aparecen los problemas. Que la menor M. R. es la líder, brinda los datos de sus propias hermanas al momento de declarar en Cámara Gessell. Que ésta es la primera en involucrar a su padre, a quien ve como a un traidor porque permite que el enemigo –J. M.- vuelva a casa y pueda seguir lastimándolas. Que uno de los jueces (Dra. Rodríguez) analiza esta hipótesis, pero la descarta. Que no se ha probado más allá de toda duda razonable, que M. M. fuera autor de los hechos por los cuales fuera acusado, ya

que las pruebas presentadas no alcanzan a destruir el estado constitucional de inocencia que lo ampara.

2) FECHAS EN QUE HABRÍAN SUCEDIDO LOS HECHOS. Que las fechas de los hechos, continúa diciendo el defensor, sin poder ser precisadas con exactitud, pero que datan aproximadamente del año 2005 y durante el transcurso del año 2008, periodo previo al 28 de agosto, fecha de la denuncia, remarcan por extraña coincidencia de las fechas en que ocurrieron los hechos y la presencia en la casa de J. M. M., hijo del incuso. Que no obstante ello, la Dra. Rodríguez tiene por probados los hechos ocurridos entre los años 2005 a 2008. A todo esto, señala que en la sentencia, en su parte resolutiva, se condena por los hechos ocurridos en fecha que no puede ser precisada con exactitud pero que data aproximadamente desde el año 2005 y durante el transcurso del año 2008, hasta el 28 de agosto de ese año.

Que la Dra. Rodríguez condena por los hechos ocurridos en el lapso comprendido entre los años 2005 a 2008, es decir, años 2005, 2006, 2007 y 2008. Que el Dr. Piñeda condena por los hechos de los años 2005 y 2008. El Dr. Barrios no se sabe por los hechos de qué años condena. Que la sentencia no coincide con la acusación, por lo que es nula.

3) FALTA DE PRUEBA DEL ACCESO CARNAL. Así también la defensa postuló que, eventualmente en caso de considerar el Tribunal la existencia de abuso por parte de M. M., de ninguna manera se probó que éste fuera con acceso carnal, solicitando que la condena sea por abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo en relación al último párrafo del Código Penal). Que así también lo entendió la Dra. Rodríguez. Que en cambio, para los otros jueces del Tribunal, el acceso carnal quedó demostrado con las declaraciones de las menores y el resultado lesivo de su conducta descrito por los informes médicos. Que no se trata de que las niñas no hayan sido abusadas (de hecho lo fueron

por su hermanastro), pero se trata de tener certeza sobre si M. M. las accedió.

4) DOBLE VALORACIÓN DE AGRAVANTES EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA. Que su defendido fue condenado por los delitos de Abuso Sexual con acceso carnal, en menores de trece años, agravado por la relación de parentesco, tres hechos en concurso real, cometidos cada uno bajo la modalidad de delito continuado. Que al momento de decidir la pena se volvió a tener en cuenta la edad de las víctimas y la relación de parentesco con el victimario. Que los jueces castigaron dos veces por las mismas situaciones fácticas: edad y parentesco. Que debido a ello, la determinación de la pena es superior a la del Juez en minoría –Dra. Rodríguez- quien se ocupó de dejar en claro que no había valorado dos veces los mismos indicadores, ya que sería una doble valoración, prohibida por el ordenamiento penal sustantivo.

Realizada la audiencia prevista (Art.385 del C.P.P.) la Defensa ratifica el escrito ya descripto, ampliando la fundamentación allí expresada.

Corrido el traslado pertinente a la Fiscalía, representada por la Dra. Alicia Susana Vilaseca, sostiene que la sentencia debe ser confirmada pues la prueba lograda descarta la invocación realizada por el imputado en su descargo. Que la certeza, respecto a la autoría, ha sido obtenida. Respecto a la fecha de los hechos, no existe exceso en la condena ni disociación entre lo acusado y condenado. Que las fechas no fueron modificadas, aunque puede haberse deslizado algún error por la utilización de la conjunción “y”. Con respecto al acceso carnal, también en esta circunstancias se ha acreditado la penetración, confirmando la descripción realizada por las víctimas. Que también debe rechazarse la cuestión señalada por la Defensa de la existencia de una doble valoración, ya que en el tratamiento de la edad y parentesco no hay una remisión objetiva, por lo que en definitiva solicita no se haga lugar a la postulación de la Defensa y se confirme la sentencia.

Haciendo uso del derecho a réplica, la Defensa realiza una merituación respecto a la individualización de la pena

impuesta, indicando que debido a ello se le aplicaron Doce Años de Prisión, superando considerablemente el mínimo previsto por la norma, que es de Ocho Años, por lo que requiere se disminuya el quantum punitivo.

Antes de proceder al cierre de la audiencia, el imputado hace uso de la palabra reiterando los argumentos expresados al tiempo de concretar el descargo por los hechos imputados. En síntesis sostiene que, al igual que su hijo, es inocente. Que sus hijas nacieron en forma prematura y corrieron riesgo de vida, por lo que debieron ser internadas por varios meses en el Hospital de Trelew y de Rawson. Que en razón del estado de salud, les colocaron sondas, elementos éstos que adjudica como los productores de las lesiones detectadas en las zonas pudendas de las mismas. Que asimismo una de sus hijas, por haberse realizado una operación quirúrgica con motivo de tener labio leporino, también fue objeto de colocación de sondas, sindicando como objeto productor, al igual que las otras, de las lesiones constatadas. También hace mención a que sus hijas tuvieron problemas con la leche que las alimentaba, recordando que por un error médico les administraron leche entera y que eso les produjo constipación y, consecuentemente, bolos fecales. Que él no puede defenderse por lo que no hizo y que tampoco realizó denuncia alguna por las lesiones ocasionadas a sus hijas cuando eran recién nacidas porque no quería quedar mal principalmente con las enfermeras que las atendían, ya que éstas les proporcionaban una gran dedicación. Que todo lo hizo con el corazón y no se arrepiente, tal vez tendría que haberlo hecho mejor, y agrega que él se preocupaba mucho de sus hijos, permanentemente estaba atento a todo lo que les sucediera, ya sea en la salud, en la comida, en la higiene, todo lo contrario a su esposa que no le daba tanta importancia.

Iniciando el estudio de los agravios indicados ut supra, me referiré conforme el orden establecido por la defensa,

por lo que ingresaré a la cuestión de falta de certeza sobre la autoría de su representado. Creo menester, previo a toda cuestión, dejar asentado que el moderno derecho procesal se ha preocupado para poder establecer el modo de cómo deben valorarse las pruebas para arribar a una decisión jurisdiccional con grado de certeza. Para ello, se estableció (tal como lo prevé nuestra ley de rito en su art.25), que en la valoración de las probanzas se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica, basada ésta en pautas de la lógica, la experiencia, la psicología y los conocimientos científicos, debiendo agregarse, por no ser ajeno a ello, el sentido común. Todas estas reglas, en su conjunto, son las que llevan a los jueces a lograr la convicción para el dictado de una sentencia condenatoria, de lo contrario, si debido a un motivo relevante, se restare solidez al razonamiento, el juez no podrá condenar. El sentenciante carga con la obligación, entre tantas, de motivar sus sentencias, posibilitando de esa manera, el control por parte de la sociedad, por lo que debe ser razonada y equilibrada a fin de no conculcar libertades individuales (conceptos extraídos de la obra-La prueba y su apreciación en el nuevo Proceso Penal- Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma- Impreso en 1994).

Hecha esta fugaz introducción al tema de la prueba y su valoración, y sin la pretensión de que se tome esto como una relevante opinión jurídica, doy por sabido los numerosos antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios que sobre la valoración de la prueba existen. En ese sentido, habiendo ya delineado escuetamente lo establecido por la ley adjetiva a la que debemos aferrarnos los magistrados, me avocaré a analizar la crítica efectuada por la Defensa en la que enuncia la existencia de falta de fundamentación en la sentencia atacada, por no haberse obtenido la certeza en la autoría del ilícito endilgado a su representado y por no aplicación del in dubio pro reo. Observados los votos de los sentenciantes, he podido apreciar que los mismos fueron construidos teniendo en consideración la prueba directa e indirecta, la que fuera valorada en su conjunto conforme a

las reglas de la sana crítica. La prueba directa la configuran las declaraciones de las menores afectadas M. R. M., S. M. B. y Y. A. N., todas obtenidas en la Cámara Gessell, conforme las prescripciones del Art.193 del Código Procesal Penal. Las menores son contestes en describir la acción concretada por el imputado sobre sus cuerpos "...me tocaba y me hacía que le chupe el pitulín, me ponía el pitulín acá en la cola... nos hacía poner boca abajo y nos ponía el pitulín en la cola, y nos pegaba... nos golpeaba la cabeza cuando no quería..." (manifestaciones pertenecientes a M. R. M.) "...que papá le puso el pito en la boca y también en la cola, que esto pasó en el 2007 y en el 2008, aclarando que esto primero le había sucedido con J. M..." (dichos de S. M.). En idéntica forma se produce el relato de Y. A., señalando lo que le había pasado con J. M. y su papá, indicando respecto a éste último "...me hizo poner el pito en la boca y me tocaba la cola, las tetas y el chocho con el pito y con la mano, me manoseaba como J...". Surge además del relato de las menores que estos hechos sucedían cuando la madre no se encontraba en la casa. El hecho de que alguna de las menores, como M. R. M., de 11 años de edad, sindicada por la defensa como líder, de modo alguno esta circunstancia enerva el efecto de lo relatado por las otras hermanitas Y. A. de 12 años de edad y S. M. de 11 años de edad, cuyas partidas de nacimientos se encuentran glosadas a fs.68, 69 y 70 del Legajo de Prueba pertinente, como así también que M. J. M. es su padre.

Es importante invocar la denuncia efectuada por M. R. G. (madre de las afectadas), el 26 de agosto de 2008, en la que expone que en la mañana del día anterior al señalado, se encontraba tomando mate con su vecina E. S., cuando su hija M. R., luego de levantarse, le dijo que cada vez que ella (su madre) se iba de casa, su padre le hacía cosas raras, cosas de grandes, que a S. la despertó, la llevó a la pieza, y que después escuchaba el ruido de la cama. La declarante

afirma haber mantenido una conversación con sus tres hijas y que éstas le dijeron que su papá las hacía acostar en la cama y las rozaba con el pito. Recuerda que como un mes antes, llamó a Y., quien no quería levantarse, por lo que fue a buscarla su padre, y como éste se demorara, entonces la narrante decidió ir hacia la pieza y allí vió que su esposo estaba arriba de la nena, le había levantado la remera y la besaba en el pecho, dando como excusa que le estaba haciendo cosquillas. Esta versión es ratificada y ampliada en el debate, agregando que las nenas le tenían mucho miedo al padre, que estaban amenazadas y muy controladas. Que su esposo le manejó su vida, la alejó de sus hijos, le pegaba si no quería tener sexo con él y la amenazaba. Que M. R. le contó todo esto a ella, pues las otras nenas tenían temor. También se refirió a los problemas que tuvieron por ser prematuras, recordando que a raíz de ello estuvieron en el Hospital de Trelew y Rawson más de dos meses, con sondas, pero no tenía presente que se las pusieran en la cola, no recordando que hayan tenido problemas para ir de cuerpo.

Es coincidente el relato dado por E. S. al efectuado por la madre de las menores en cuanto a circunstancias de tiempo y lugar en que la menor M. R. habla con esta última. Confirma su presencia en el domicilio de la menor, en horas de la mañana, tomando mate con R. Que la menor fue interrogada por su madre para ver dónde había estado la noche anterior, luego de los acontecimientos acaecidos en ese momento por la llegada al hogar de su hermanastro J. M., atendiendo a que el padre la había dejado afuera de la vivienda, echando llave a la puerta. Que es allí que M. R. le dice que su papá les hacía cosas y que si no querían, les colocaba la cabeza contra la pared. Que su padre despertaba a S. para llevarla a la pieza, la ponía debajo de las cobijas y se escuchaba el ruido de la cama. Que S. miente porque tenía olor a pito y ella también. El testimonio de S. es abundante en datos y también al expresar que fue la primera en tomar conocimiento de los abusos sexuales a que

eran sometidas las nenas por parte de J. M. M., hijo del incuso.

Es necesario destacar que, a través de los relatos de los mayores y fundamentalmente de las menores, surge en forma palpable la cruda y traumática vida de estas últimas, circunstancia que surge espontáneamente, conforme lo señala la testigo S., de un hecho cotidiano, simple, como es cuando peinaba a las nenas una mañana y una de éstas hace un comentario de que el cepillo era lindo y allí las nenas comenzaron a pelear mientras se referían a su papá, como que se lo había querido meter (a dicho elemento) y que no alcanzara a ponérselo, discutían sobre a quién se lo habían metido y a quién no.

Reitero la importancia de las pruebas testimoniales que refieren haber recibido en forma directa el relato por parte de las menores de sus graves vicisitudes. Sobre la validez y credibilidad de las manifestaciones de las afectadas, debo confirmar que, amén del testimonio brindado en la Cámara Gessell, no debo soslayar los resultados de los especialistas, tal el caso de la psicóloga forense, Lic. P. F., que obra a fs.192/193 vta., ampliada en el debate. Refiriéndose la experta a M. R. M., que con fecha 26 de septiembre de 2008 contaba con 10 años, dice entre otras cosas que ésta refiere trato degradante y maltrato psicológico y físico, demostrando alto nivel de angustia al referir episodios de violencia y maltrato emocional. Que la imagen paterna es presentada como hostil y degradante, mientras que la materna como frágil y con poca capacidad de protección. Que en su relato, y en la evaluación en general, no registra indicadores de un tercero influenciador del discurso, que, contrariamente, el adulto cercano de mayor relevancia es su madre, a quien ella intenta proteger y quien no confía en la veracidad del mismo. Dice la psicóloga que el relato de la niña resulta creíble desde el punto de vista clínico psicológico. Que se observa en ésta altos

niveles de vulnerabilidad, tanto por la pobreza de recursos internos como por la falta de recursos externos de protección. Que presenta indicadores vinculados al maltrato infantil. Del relato de situaciones sexuales inadecuadas denota conocimiento inapropiado para la edad, vinculado a situaciones vividas o vistas en forma activa y/o pasiva.

Respecto a la otra menor, S. M., también de 10 años, del psicodiagnóstico surge que se trata de una niña retraída, con dificultades de audición, responde a preguntas adecuadamente, denotando buen nivel de comprensión. No aparecen adultos que ocupen roles de protección, la imagen materna se presenta como deprimida y cansada. Defensas frágiles, pobremente estructurada teniendo a su hermana melliza como referente y protectora. Que no se observa aumento sobredimensionado de la fantasía. Desde el punto de vista clínico se puede informar conocimiento sexual no acorde a la edad y contenido coincidente con el de las hermanas. Los relatos breves, acotados y poco espontáneos no permiten el análisis formal de los criterios de credibilidad, pero no descarta éstos. Que los sucesos relatados superan su capacidad psíquica para resolverlos.

Resta el informe de psicodiagnóstico respecto a Y. M., de 11 años de edad, quien tiene un buen nivel de comprensión acorde a su edad y nivel de instrucción, que percibe el entorno como de alto nivel de agresión y presión. Que la niña requiere una intervención psicológica. No se observa aumento de la fantasía, puede evaluarse su relato como creíble. Se registran indicadores de conflicto emocional, alto nivel de angustia y hostilidad reprimida.

Otro elemento también evaluado por los Jueces de sentencia fue la pericia elaborada por la Dra. S. M. M., Toco ginecóloga, y el Médico Forense, O. A. H., quienes luego ratificaron y ampliaron durante el debate. Del informe glosado a fs.190/191 del Legajo de Prueba Fiscal se corrobora que la menor M. R. M., de 11 años de edad, presenta a nivel de esfínter anal desgarro cicatrizado de antigua data ubicado en hora 12 (colocada en posición ginecológica) que abarca sector de piel hasta horquilla

bulbar con ausencia de pliegues radiados, reemplazados por pliegues horizontalizados. A nivel genital se observan desgarros de membrana himeneal en hora 5 y 7, de antigua data (cicatrizados). El origen de las lesiones descriptas se corresponde con dilatación forzada con elemento romo rígido.

La menor S. M. M., de 10 años, presenta a nivel anal improntas de desgarros mucosos a nivel de hora 5 y 12, cicatrizados de antigua data. En zona genital se observa himen con desgarros ubicados en hora 5 y 7, cicatrizados de antigua data. Las lesiones resultan compatibles en su origen con dilatación forzada con elemento romo y rígido.

La menor Y. A. M., de 10 años, evidenció a nivel de región genital, desgarro himeneal en hora 5, siendo su origen compatible con dilatación forzada con elemento romo y rígido, cicatrizado de antigua data. Refieren que la ubicación de antigua data se corresponde al lapso superior al transcurrido desde el origen de la lesión y cicatrización de la misma, la cual según autores señalan que se encuentra comprendida entre los 3 y 20 días, por consiguiente una lesión cicatrizada a este nivel data de un lapso superior a ese periodo.

La Dra. M., en el curso del debate, desechó que las lesiones verificadas en las menores M. R. y S. hayan sido provocadas a causa de una constipación, que, como mucho, esa circunstancia puede llegar a justificar una lesión en la mucosa pero no el desgarro del músculo, pues la materia fecal no produce este efecto, ya que se trata de una contextura pastosa y no podría lesionar el periné. Que estas lesiones observadas se producen con elemento de diámetro similar al pene y con dureza. Que no se observan estas lesiones en chicos constipados e idéntica conclusión explicó en el debate el Dr. H.

Lo hasta aquí relatado confluye a determinar lo que considero de mayor importancia. Primero la credibilidad de lo relatado por las menores respecto al drama de

sometimiento sexual por parte de dos sujetos, primero por J. M. M., quien fuera declarado autor responsable en orden al delito de Abuso Sexual con acceso carnal en menor de 13 años, tres hechos en concurso real (arts. 119 3er. párrafo y 55 del Código Penal) en la modalidad del delito continuado, por los hechos ocurridos entre fines del año 2004 y durante el transcurso del año 2005, en perjuicio de M. R., S. M. y Y. A. M., absolviéndoselo de pena, sentencia confeccionada el 14 de diciembre de 2009 y el segundo, abarcativo del periodo establecido en la plataforma fáctica descripto por la parte acusadora respecto al accionar llevado a cabo por M M. He adelantado, en base a la valoración de la sana crítica establecido en el art.25 del código adjetivo, la ejecución y consumación por parte del acusado de los actos inverecundos y penetración vía vaginal y anal en los cuerpos de las víctimas, ello con grado de certeza toda vez que arribo a estas conclusiones, apontocando el voto de la mayoría obtenida en la primer sentencia, por considerar que no hay dudas de la actividad llevada a cabo por el padre biológico de las damnificadas, descartando de cuajo el pretendido argumento de que las lesiones fueron provocadas inmediatamente del nacimiento de las menores, en su caso, y otro luego de una operación quirúrgica por labios leporinos en otra, que conllevó la aplicación de sondas, y por bolo fecal, pues las comprobaciones médicas, amén de los dichos indicativos de las menores, descartan esta posibilidad.

Generalmente los victimarios que incurren en este tipo de delitos de índole sexual usan como pretexto defensivo circunstancias muy alejadas de la realidad, por ejemplo un complot, una preparación por parte de los mayores a los menores para que expongan en su contra, pretenden dar la imagen de padres preocupados de la educación, de la alimentación, de la salud, etc., bastante exagerada, para tratar de dar una idea de dedicación y sacrificios para con sus hijos. No obstante ello, si bien es razonable que los padres observen este tipo de preocupaciones, como no puede ser de otro modo, generalmente estos argumentos se contradicen en forma absoluta con todas las pruebas

colectadas. En primer lugar, pese a algunas dificultades observadas en las menores, es indudable que estas manifestaciones son claras para demostrar que fueron dos los individuos que sometieron a las víctimas. Describen las maniobras llevadas a cabo en sus cuerpos y principalmente en sus partes genitales y anales. Tenemos el relato de la testigo S. y la madre de las menores. Que a través de las pericias ginecológicas y psicológicas, se demuestran acabadamente las improntas físicas y mentales detectadas. Por último, también por medio de las comprobaciones médicas, se descarta que la producción de las lesiones en las zonas pudendas señaladas hayan sido provocadas por bolos fecales, como lo sostuviera el imputado.

Viene al caso traer a colación una publicación del Centro del Asistencia a la Víctima del Delito (Libro nro.13, elaborado por la Dra. Hilda Marchiori –pág.29-) que en este tipo de delitos, la persona que agrede a un niño presenta una situación de impunidad, no corre peligro en su accionar delictivo, su conducta sorprende totalmente a la víctima que se encuentra indefensa y vulnerable. El autor conoce la absoluta vulnerabilidad de la víctima (en este caso se trataba de su progenitor conviviente), su edad, sus miedos, la facilidad de engaño, el dominio por la autoridad paterna sobre sus voluntades y sobre sus decisiones, las consecuencias de la amenaza, el silencio de las mismas. Numerosas víctimas se encuentran en sus primeras etapas de desarrollo, en sus primeros años de la vida, no han aprendido aún su lenguaje, lo que agrava su vulnerabilidad. La impunidad, alta peligrosidad y responsabilidad del autor se observa tanto en la conducta pre delictiva como en los comportamientos pos delictivos. En estos últimos, el autor señala al niño como mentiroso, imaginativo y en otros casos lo culpabiliza del accionar delictivo. En el presente, luego de analizada la prueba y la invocación de literatura respecto a la víctima y victimario, debo sostener que se dan

las características para afirmar que los hechos sucedieron como fueran relatados por las menores, se desarrollaron en esa situación de impunidad por materializarse por el padre de las afectadas y dentro del ámbito geográfico del hogar. Con una madre retirada, aunque no en forma absoluta, de su presencia doméstica, circunstancias todas ellas aprovechadas por el acusado, en la que pretende justificar esta preocupación en el cuidado de las nenas hasta el control absoluto de las mismas, debido a esta invocada ausencia de la madre, como queriendo impresionar, el acusado, que asumía roles que pertenecían a otras personas, en este caso a la madre. Hasta llegó el imputado a querer introducir como justificación de lo injustificable que las tres menores, sea por haber nacido prematuras o por haber tenido una operación quirúrgica por labios leporinos, fueron objeto de colocación de sondas y de constipación con bolo fecal, indicando que éstos operaron como agentes productores de las grandes lesiones constatadas en la vagina y ano de las menores. Por supuesto nada de ello es creíble.

Para concluir, tengo por probados fehacientemente los hechos por los que recibiera acusación M. M. M., debiendo rechazar este agravio interpuesto por la Defensa y, como consecuencia de ello, la aplicación del beneficio de la duda.

Paso a considerar la segunda cuestión referida a las fechas en que habrían sucedido los hechos. Sobre este tópico debo tener en cuenta la plataforma fáctica por la que se elevara esta causa a juicio, sobre hechos que "datan aproximadamente del año 2005 y durante el transcurso del presente año, período previo al 28 de agosto del 2008". Recordemos que por el hecho nro.2, M. M. M. fue absuelto.

La Defensa afirma que los Jueces sentenciantes han modificado la misma.

De la lectura de los votos pertinentes, tal es el caso de la primera en el orden, la Dra. Mónica Rodríguez, describe al inicio de su pronunciamiento idéntico contenido al formulado en la acusación y sobre esos hechos y fecha se expidió, aunque es dable destacar que en su conclusión hay

un error material porque introduce "...entre los años 2005 a 2008...", cuando debería haber figurado la conjunción "y", pero evidentemente la magistrada se refirió a los hechos ocurridos en la fecha descripta por la Fiscalía. Respecto al votante en segundo término, el Dr. Roberto Adrián Barrios, se refiere concretamente al comienzo del sufragio "conforme al hecho que la Sra. Fiscal General detallara al inicio del mismo", es decir, se remite a la acusación y, aunque no pone fechas, no caben dudas y no surge del contenido modificación a la data. Por último, el Dr. Sergio César Piñeda se expide con respecto al hecho "por los sucesos que datan aproximadamente del año 2005 y durante el año 2008", transcribiendo seguidamente la plataforma fáctica establecida por la Fiscalía.

Así arribamos a la parte dispositiva de la decisión jurisdiccional atacada por la que se condena al imputado por los hechos "...ocurridos en fecha que no puede ser precisada con exactitud, pero que data aproximadamente desde el año 2005 y durante el transcurso del año 2008, periodo previo al 28 de agosto del año 2008...". Esta frase encomillada no hace más que reflejar la fecha establecida por la Fiscalía, pese a que se observa la palabra "desde", pero ello no concurre a formalizar una alteración de la fecha contenida en la acusación. Ya he sostenido, y en esta oportunidad ratifico, que los hechos por los cuales los sentenciantes llegaron a una decisión son los mismos por los que acusara la Fiscalía, incluyendo ello la data de su producción.

En consecuencia, conforme se comprobara, no le asiste razón a la Defensa respecto a este agravio, el que debe ser desestimado.

Me dedicaré, acto seguido, al tercer agravio interpuesto por la Defensa, esto es: falta de prueba del acceso carnal. Sobre este aspecto, y a fin de no reiterar conceptos ya vertidos, he de hacer notar que el mismo ha sido comprendido en el tratamiento del agravio referido a la

falta de certeza para condenar, pues entiendo que estas dos objeciones a la sentencia son comprensivas, por lo que ineludiblemente al explayarme sobre el primero, involucré la prueba para corroborar que efectivamente se confirmó el acceso carnal de las menores, por lo que, como resulta de ello y las conclusiones arribadas, corresponde desestimar la presentación a tal efecto.

La cuarta oposición a la sentencia, enarbolada por la Defensa, expresa que hubo una doble valoración de agravantes en la determinación de la pena. A tal fin, cabe establecer que efectivamente la comprensión de la conducta achacada a M. M. M. se introdujo en el tipo previsto en el art.119 tercer párrafo y cuarto inc. b del Código Penal, que puntualiza la calificante de los hechos imputados como abusos sexuales agravados por mediar acceso carnal y por el vínculo –esto último en razón del vínculo biológico entre el autor y las víctimas- y luego los sentenciantes, por mayoría, vuelven a considerar estas circunstancias al momento de fijar la pena para un hecho concreto, invocando los elementos mensurativos establecidos en el art. 41 del Código Penal.

El magistrado votante en segundo término hace mención al vínculo y la edad de las víctimas, demostrando, a través de prueba documental, tales circunstancias para calificar el hecho. Luego, al individualizar la pena, previamente tuvo en cuenta la calidad de padre biológico de las víctimas, haciendo mención a ciertas discapacidades que las tornaban más vulnerables.

Estimo que esta referencia realizada por el votante señalado no es violatoria al principio non bis in idem, toda vez que no hizo nada más que determinar la relación parental existente entre víctima y victimario conforme lo establece el art. 41 del Código Penal, cuando refiere concretamente “vínculos personales”, para de esa manera dejar asentada la misma como realidad de convivencia y de conocimiento entre éstos. También destaca en esa mensuración de la pena, de las discapacidades de las niñas sometidas, la extensión del daño ocasionado y de las lesiones producidas a éstas. No hace

alusión a un agravamiento de la pena por estas valuaciones efectuadas.

Caso distinto es el voto del tercer votante, en que expresamente impone como agravante al momento de tratar la pena el rol de progenitor de las víctimas por parte del condenado, que lo traduce en mayor vulnerabilidad de éstas.

Cabe establecer que, conforme lo señalara la Defensa, en el último caso analizado se produjo una conculcación al principio non bis in ídem, ya que las mismas circunstancias que el Tribunal tuvo en cuenta como específicas condiciones agravantes de pena –padre de las víctimas- se trataron de aspectos que hacen a la relación familiar protegida por la agravante prevista en el tipo legal supra mencionado, valorando un aspecto objetivo del tipo en la que se subsumió la conducta atribuida al condenado, para luego volver a considerar al momento de determinar la sanción a imponerse, lo que es incorrecto.

Que en razón de la argumentación desarrollada deviene necesario reexaminar el quantum punitivo, tal como lo peticionara la Defensa, y reducir la pena impuesta a Diez Años de Prisión, haciendo lugar parcialmente al planteo defensista.

Habiendo sido tratadas las cuestiones interpuestas, resta fijar los honorarios de la Defensa Pública en la suma de Mil Pesos ($1000) Ley 2200 y modificatoria y art. 59 de la Ley 4920.

El Juez **Leonardo Marcelo Pitcovsky** dijo:

Cuatro han sido los agravios traídos por el Sr. Defensor en contra de la sentencia dictada por el tribunal de juicio, los que fueron respondidos en la audiencia por la Sra. Fiscal postulando su rechazo. La referencia puntual de las peticiones obran al principio de la presente sentencia, más fue tratada ampliamente por el Dr. Roberto Portela en su voto, detalle al que me remito en honor a la brevedad.

La primer crítica estuvo dirigida a la falta de prueba suficiente que existe en el proceso para arribar a la certeza necesaria de que el imputado fue el autor responsable de los hechos. En relación a ello, la primer votante del tribunal de juicio, Jueza Rodríguez, previo desechar los accesos carnales por un estado de improbabilidad a que arriba por prueba que analiza, estimó que hubo elementos de cargo suficientes para achacarle las maniobras sexuales abusivas (primer párrafo del artículo 119 del C.P.) al imputado M. M. M. Destacó en ese sentido las manifestaciones de las menores víctimas, de quienes resaltó la coherencia interna y externa de sus relatos, más la corroboración de los mismos con otros elementos objetivos periféricos, que la persuadieron respecto de la veracidad de la pertinaz atribución de las conductas de sometimiento sexual que estas menores le atribuyen al padre. Y agregó la Magistrada: "Considero que la perspectiva que de los hechos ha introducido el Defensor, más allá como dije de la destacable labor realizada en la defensa de su representado, configura una duda meramente imaginaria o hipotética y por tanto, en mi opinión, cabe ser desechada. Tal posibilidad implicaría, necesariamente, una complicidad que involucraría a cinco personas, la madre, la vecina y las tres niñas, por lo que semejante acuerdo, de por sí verosímil, exhibiría seguramente alguna fisura, algo que en el caso no puede, en modo alguno, afirmarse.".

A esta conclusión llega entonces la Jueza, claro está, luego de referirse a los testimonios de las menores, como también a los dichos de la madre de ellas y los de la vecina S. Trasladó la Dra. Rodríguez varios fragmentos de las manifestaciones de las niñas –audio en Cámara Gesell a la sentencia- y en lo sustancial, referidos al tópico en análisis, remarcó aquellas frases que describen la ejecución de los hechos exteriorizados por M. R. M. M., quien acentuó, refiriéndose a su papá: *"me tocaba y me hacía que le chupe el pitulín, me ponía el pitulín acá en la cola. Yo le pedía a mi mamá que se quede conmigo o que me llevara, pero ella no podía, hasta que un día le conté que el papá nos hacía*

eso, nos hacía poner boca abajo y nos ponía el pitulín en la en la cola, nos tocaba, nos ponía el pitulin en la cola y nos pegaba, o si no nos golpeaba la cabeza cuando yo no quería, un día me hizo así contra la pared.”. De la niña S. M. B. subrayó: *“que el papá le puso el pito en la boca y también en la cola...”;* y respecto de la menor Y. A. N. remarcó que el padre “*...me hizo poner el pito en la boca y me tocaba la cola, las tetas y el chocho, con el pito y con la mano.”.*

Cabe enfatizar, respecto a la duda que intenta ingresar la defensa sobre la autoría de su defendido, las expresiones vertidas en su voto por la primer opinante, cuando expresó que “de las entrevistas grabadas, y el testimonio de la psicóloga interviniente, me persuaden de la confiabilidad sustancial que merece la versión que han dado la menores sobre los abusos sexuales cometidos por el imputado en su perjuicio. En la entrevista se las ve en una actitud respetuosa, responsable, siendo en particular M. R. quien con naturalidad y espontaneidad refiere a las situaciones abusivas, aunque con mínimos detalles. Pero además, lo que la niña cuenta en su declaración, es coincidente con lo narrado por su madre, en presencia de la testigo S. No advierto signos de mendacidad ni de inducción en los relatos, recalcó la Jueza.

En la misma línea de argumentación se expresaron los Dres. Barrios y Piñeda. En efecto, en lo tocante a la autoría de los hechos por parte del condenado, han apuntado a los dichos de las menores víctimas en Cámara Gesell, sobresaliendo en tal sentido las declaraciones de M. R. M. M., quien indicó que su “padre le hizo esto”, que la tocaba y le hacía que le chupe el pitulín, se la ponía en la cola y le hacía doler, las hacía poner boca abajo y les ponía el pitulín en la cola y le hacía doler y que estas cosas, salvo con su hermano J., no les pasó con otras personas. Resaltaron también los Magistrados, los dichos de S. M. B.

M. y Y. A. N. M., refiriendo la primera en la entrevista que algo le pasó con su papá, pero primero con su hermanastro, hechos que ocurrían en su casa, en la pieza de los niños, poniéndole su padre el pito en la boca y en la cola, más la segunda de las nombradas, dijo que su padre le hizo poner el pito en la boca y le tocaba la cola, las tetas y el chocho, muchas veces, de tarde y de noche, cuando su madre no estaba.

Han puntualizado los Jueces también, refiriéndose al relato brindado por la madre de las víctimas, que una mañana sus hijas le contaron lo que les ocurría con su padre, quien las manoseaba en su cuerpo y les hacía chupar el pito, haciendo notar que ello ocurría cuando ella iba a la escuela, visitaba a su vecina o llevaba a su otra hija a Puerto Madryn al médico; agregando que en una oportunidad fue a buscar a Y. a su dormitorio y vio a M. que estaba arriba de ella, le había levantado la remera y la besaba en el cuello.

Rescato asimismo las manifestaciones de la vecina del lugar, señora E. S., traídas por el Juez Barrios en su voto, quien adujo que la menor "M." le comentó que le pasaron cosas feas, tales como que su papá le hacía chupar el pito cuando su madre no estaba.

Sobre la credibilidad y lo genuino de los relatos de las menores prestados en las entrevistas en Cámara Gesell se refirió la Psicóloga tratante, quien no dudó sobre estos aspectos, en tanto dio plena fe sobre su veracidad, asunto argumentado en consecuencia por los jueces en la sentencia.

Advirtiendo entonces que la prueba analizada por los sentenciantes ha sido conforme los parámetros de la sana crítica racional, debe confirmarse el decisorio impugnado en el sentido apuntado, medida que me conduce también, por las razones que daré de seguido, a ratificar también el punto puesto en crisis relacionado a la ausencia de acceso carnal en los hechos.

Cuento para ello, además de los testimonios de las menores víctimas ya enunciados y volcados en sus votos por los magistrados del juicio, las pruebas periciales que citan

al efecto los jueces que lograron la mayoría, realizadas por los médicos M. y H., las que evaluadas en su conjunto, han resultado prueba bastante y eficaz para arribar a la conclusión que acogieron los jueces y a la que adhiero, por lo que debe confirmarse la sentencia también en punto a este agravio.

Es así que los Dres. Barrios y Piñeda traen a favor de su convicción, el informe de los médicos que atendieron y revisaron a las menores y resaltan sobre el mérito de este dictamen, las manifestaciones de la Dra. M., quien descartó que las lesiones evidenciadas en las mellizas M. R. y S. pudieran ser provocadas por constipación; pues esa circunstancia puede justificar una lesión en la mucosa, más no el desgarro del músculo, en tanto que un bolo fecal, que es de contextura pastosa no podría lesionar el periné. Es con un diámetro de algo similar al pene y con dureza lo que pudo provocar esa lesión.

Surge además del informe de los galenos, trazado por el segundo votante, que la menor Y. presentaba a nivel región genital desgarro himeneal ubicado en hora 5, guardando correspondencia con dilatación forzada con elemento romo y rígido, de antigua data.

Entiendo que la inmediatez y la posibilidad de consulta a los profesionales por las partes ha sido amplia en el debate, traducido advierto, en lo puntual que han sido en este aspecto las explicaciones que han dado los magistrados para arribar al estado de certeza señalado, por lo que las manifestaciones que esbozara el imputado, dirigidas a deslindarse de su responsabilidad en los hechos, atribuyendo las lesiones a maniobras en el tratamiento de sus hijas en el hospital, como a las posibles heridas producto de constipación, no pueden ser atendidas, en atención a lo que se viene de decir.

Discutió la defensa también las datas escritas por los jueces respecto a la fecha de comisión de los hechos.

Tampoco ha de progresar este agravio. La Dra. Rodríguez, al referirse a la materialidad y autoría –punto 5 de su sufragio-, consideró acreditadas las conductas sexuales abusivas por parte de M. en perjuicio de sus tres hijas, en la franja temporal descripta en la acusación, posición que debe leerse como hechos cometidos en el año 2005 y los acaecidos en el 2008, antes de la denuncia; sin perjuicio que más adelante dijera que los hechos ocurrieron en el año 2005 a 2008, cuestión que sin dudas se debió a un yerro de descripción al colocar la preposición "a" por la conjunción "y".

El Dr. Barrios se refirió en el inicio de su voto al hecho que la señora fiscal general detallara al principio; de seguido, al tiempo de adquirir certeza en su pensar, el Juez en el acápite IV, al imputar el hecho a M., lo precisa como aquel indicado en la acusación.

El Juez Piñeda se refirió a la fecha de comisión de los hechos, conforme también acusara la fiscalía, y que si bien no pudieron ser precisados con exactitud, según sus expresiones, ubica los sucesos como ocurridos aproximadamente en el año 2005 y durante el transcurso del año 2008, previo al 28 de agosto, congruente entonces con lo dicho en la acusación y sus pares; por lo que tampoco se ha de tener como relevante esta apreciación de la defensa, con entidad suficiente para impugnar la sentencia.

Finalmente, sobre el monto de la pena aplicada y el mérito que sobre ella hicieron los jueces, le asiste razón en este aspecto al Sr. Defensor en su impugnación. En efecto, el Dr. Barrios al puntualizar la sanción que hubo de imponer, señaló en perjuicio del imputado la reiteración del delito en tres niñas menores de edad, que suponen más vulnerabilidad e indefensión. Y Agregó: "la naturaleza del hecho desplegado, que incumbe un aberrante abuso sexual de un padre para con sus hijas". El Dr. Piñeda, al momento de calificar penalmente los hechos e incluirlos en el artículo 119 tercer párrafo y cuarto inc.b del C. Penal, se refirió al vínculo y la edad de las víctimas, para luego, al tiempo de aplicar la pena, tener en cuenta como agravantes, entre

otras, ser el imputado progenitor de las víctimas, considerando además sus edades, como factor de mayor vulnerabilidad.

Es sabido que la prohibición de doble valoración es principio esencial en el proceso valorativo de los factores que tienen relevancia en la determinación e individualización de la pena.

No cabe duda de que en nuestro Derecho la llamada doble valoración no es posible, pues a ella se oponen razones de orden constitucional. El impedimento de nueva ponderación constituye una derivación del principio de división de poderes, ya que es el legislador el depositario de la facultad de definir las infracciones punibles determinando una escala penal aplicable, de manera que el juez no puede introducirse en esa esfera de reserva, haciendo pesar específicamente uno de los elementos del diseño legal para intensificar la sanción. “Las Penas”, Abel Fleming-Pablo L. Viñals-pág. 370.-

En el contexto en examen, y tal como lo expresaran los jueces, se advierte que la situación de ascendiente de M. –agravante del tipo penal con efecto en mayor sanción-, se reitera luego en el acápite de la punición, cuando refieren a la posición de “padre”, al “vínculo” que lo une con las menores o ser el “progenitor” de estas, pues una u otra apreciación, con la sola cita, sin explicitar cuál fue la incidencia específica en el escenario de los hechos, para imponer más pena, no hace más que reiterar la propia condición, perfeccionada ya en el tipo agravado.

Es por ello, que atendiendo en lo demás los argumentos vertidos por los jueces luego de la cesura de pena, más, asumiendo, como fuera dicho en la deliberación, competencia positiva sobre el asunto, es que entiendo justo y razonable se le imponga a M. M. la pena de Diez Años de Prisión y accesorias de Ley.

Por la labor desarrollada, los honorarios de la Defensa Oficial deben establecerse en la suma de Mil Pesos ($1.000.-).

La **Jueza Silvia Martos** dijo:

Por sentencia de fecha 19 de noviembre de 2009 fue condenado M. M. M. a la pena de doce años de prisión y costas, en orden a los delitos de Abuso sexual con acceso carnal, en menores de trece años, agravado por la relación de parentesco, tres hechos en concurso real, cometidos cada uno bajo la modalidad de delito continuado, en perjuicio de las menores M. R. M., S. M. B. y Y. A. N. M. (Arts. 29 inc.3°, 40, 41, 45, 55 y 119, tercer párrafo y cuarto inc.b del Código Penal).

Se ha celebrado audiencia en virtud de la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) interpuesta por el Dr. L. B., defensor de M. M.

La defensa, en su escrito de fs. 475/479 vta., y luego en la audiencia realizada en los términos del art. 385 CPP, señala cuatro motivos de impugnación: 1) falta de certeza para condenar 2) fechas en que habrían sucedido los hechos 3) falta de prueba del acceso carnal 4) doble valoración de agravantes en la determinación de la pena.

La síntesis de los agravios fue desarrollada ampliamente por el Dr. Portela, por lo que no repetiré los mismos y comenzaré con su tratamiento .

1.- Primer agravio: En lo tocante a la falta de certeza sobre la autoría del Sr. M. M. M., analizados los votos de los jueces sentenciantes, éstos llegan a la certeza de la autoría teniendo en consideración toda la prueba, tanto directa como indirecta la que fue valorada en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica. La prueba directa la configuran las declaraciones de las menores afectadas M. R. M., S. M. B. y Y. A. N., todas obtenidas en la Cámara Gesell.

La Dra. Rodríguez tiene por acreditada la autoría de M. M. M. al valorar la coincidencia de las tres niñas en señalar a su padre como el autor de las conductas abusivas que describen. Para la magistrada, ello resulta un

elemento probatorio sustancial en el caso, lo que resulta a mi juicio, correcto.

Se pueden señalar los párrafos de las declaraciones donde efectúan el señalamiento de su progenitor. La menor M. R. M., refiriéndose a su papá relata que cuando ella tenía cinco o seis años ... "me tocaba y me hacía que le chupe el pitulín, me ponía el pitulín acá en la cola. Yo le pedía a mi mamá que se quede conmigo o que me llevara, pero ella no podía, hasta que un día le conté que el papá ...nos hacía eso, nos hacía poner boca abajo y nos ponía el pitulín en la cola, nos tocaba, nos ponía el pitulín en la cola y nos pegaba, o si no, nos golpeaba la cabeza cuando yo no quería; un día me hizo contra la pared". Refiere que esto ocurría a la tarde o a la noche cuando su mamá se iba a la escuela-

La menor S. M. B. en su relato en Cámara Gesell dice que va a contar "algo que le pasó con su papá". Relata que el papá le puso el pito en la boca y también en la cola; que esto pasó en el año 2007 y en el 2008

La menor Y. A. N. también coincide en decir que va a relatar algo que le pasó con J. (su hermanastro) y con su papá. En relación al padre afirma: "me hizo poner el pito en la boca y me tocaba la cola, las tetas y el chocho, con el pito y con la mano. Me manoseaba como J.". Agrega que esto lo vieron sus hermanas S. y M. y que siempre lo hacía cuando su mamá no estaba; que siempre la llamaba a la pieza y ella se quería quedar con sus hermanos, pero él se escondía y la agarraba.

Además de los dichos coincidentes en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que realizan las tres hermanas, los jueces basan la autoría del imputado en el testimonio de M. R. G., madre de las niñas. En la audiencia ésta dijo: "mi hija M. R., una mañana se levantó y empezó a contarme que su papá y J. M. le hacían cosas, manoseo de su cuerpo; los dos la hacían chupar el pito, que esto ocurría

cuando yo no estaba y que tanto el padre como J. M. las tenían amenazadas".

La vecina E. S. también hace su aporte respecto de la autoría del imputado -tal como lo refiere la Dra. Rodríguez- pues se encontraba en el domicilio del imputado la mañana del develamiento, cuando la Sra. G. le recrimina a su hija M. R., dónde se había metido la noche anterior, manifestándole la niña que pasaron "cosas feas" y comienza a decirle a la madre "vos sabés que mi papá nos hace cosas ... y si no queremos nos hace la cabeza contra la pared ... la despierta a la S. y la lleva para la pieza, debajo de las cobijas y la cama hace ruido, hace que le toquemos el pito; a Y. la agarró y se le veía toda la cola, ella quería irse y la S. miente, porque yo le pregunté y me dijo que no, pero tenía a olor a pito y yo tengo olor a pito de papá".

Resultan harto elocuentes y unívocos los términos del informe médico respecto de la presencia de indicadores de penetración sexual en los genitales y ano de las niñas. A ello me referiré más adelante. Aquí lo trato con el fin de valorar que, correctamente los jueces tuvieron en cuenta, en cuanto a la autoría de los hechos, el relato de las niñas, los testimonios "referenciales" o de "segunda mano" de la madre y de la vecina, corroborados por los exámenes médicos e informe sicológico, este último en cuanto a la credibilidad del relato y secuelas.

Como dijera, los relatos de las niñas fueron validados científicamente en cuanto a su credibilidad. La psicóloga forense afirma respecto de Y., que su relato es creíble, y aparece como un indicador específico de abuso sexual. Respecto de la menor, S. M., también de 10 años, del psicodiagnóstico surge que "se trata de una niña retraída, con dificultades de audición, responde a preguntas adecuadamente, denotando buen nivel de comprensión ... no se observa aumento sobredimensionado de la fantasía. Desde el punto de vista clínico se puede informar conocimiento sexual no acorde a la edad y contenido coincidente con el de las hermanas. Los relatos breves, acotados y poco espontáneos no permiten el análisis formal de los criterios de

credibilidad, pero no descarta éstos; los sucesos relatados superan su capacidad psíquica para resolverlos". El informe sicodiagnóstico de Y. M., de 11 años de edad, da cuenta que tiene un buen nivel de comprensión acorde a su edad y nivel de instrucción ... No se observa aumento de la fantasía, puede evaluarse su relato como creíble. Se registran indicadores de conflicto emocional, alto nivel de angustia y hostilidad reprimida.

En consecuencia, la falta de certeza para condenar a M. M. como autor de los hechos por los cuales ha sido condenado, planteado por la Defensa, habrá de encontrar respuesta negativa. Ello así, porque la duda que pretende introducir el impugnante acerca de la participación de su defendido carece de sustento suficiente y no se compadece con la certeza que han adquirido los jueces apoyados en una correcta selección y valoración de la prueba, la que no se encuentra reñida con las reglas de la sana crítica racional

2.- Segundo agravio: Fechas en que habrían sucedido los hechos.

La imputación realizada por la fiscalía fijó la realización de los hechos en el año 2005 aproximadamente y durante el transcurso del año 2008, período previo al 28 de agosto del 2008, fecha de la denuncia.

Si bien la Dra. Rodriguez en su conclusión se refiere a los sucesos acaecidos entre los años 2005 "a" 2008, la utilización de dicha preposición en vez de la conjunción "y", debe entenderse debida a un error material dado que al inicio de su voto describe el hecho endilgado por la fiscalía con la conjunción "y". Además, del mismo modo se atribuyó en el veredicto y sobre esos hechos y fecha se expidió la magistrada por lo que la preposición "a" aparece como un error material dado que se refirió en todo momento a los hechos descriptos por la Fiscalía.

El Dr. Roberto Adrián Barrios, al que la Defensa le achaca no especificar cuáles son los hechos que tiene por

probados, en el comienzo de su voto se remite a la acusación sin introducir ninguna modificación a ese respecto, expidiéndose "conforme al hecho que la Sra. Fiscal General detallara al inicio del mismo",por lo que no se advierte la omisión endilgada. Por su parte, el Dr. Sergio César Piñeda centra los hechos al decir "por los sucesos que datan aproximadamente del año 2005 y durante el año 2008", con la misma plataforma fáctica establecida por la Fiscalía. Estos votos tienen su corolario en la parte dispositiva de la sentencia con la condena del imputado por los hechos "...ocurridos en fecha que no puede ser precisada con exactitud, pero que data aproximadamente desde el año 2005 y durante el transcurso del año 2008, periodo previo al 28 de agosto del año 2008...".

Por todo ello concluyo que no le asiste razón a la Defensa respecto al planteo efectuado, el que debe ser desestimado.

3.- Tercer agravio. Falta de prueba del acceso carnal por parte del Sr. M. M.

El impugnante trae a colación el estado de duda que invoca la Dra. Rodríguez respecto que haya sido el imputado quien realizara los actos de penetración peneana en los genitales de las niñas, pues tal como se analizó respecto de la situación del coimputado J. M. M. (hermanastro de las niñas) éstas fueron sometidas sexualmente por su hermano, por lo que no se puede atribuir al padre los accesos carnales en las niñas a partir de las evidencias dejadas en su cuerpo.

Si bien el imputado al conferirle la palabra en la audiencia de la impugnación, reiteró una vez más que las lesiones detectadas en sus hijas se debieron a motivos distintos a prácticas sexuales, sondas que debieron colocarles al nacer las mellizas prematuras, como así también al bolo fecal que presentaron producto del descuido de la madre y de la leche incorrecta que se le suministraba, ello, tal como quedara demostrado con los informes médicos, se ha descartado. Extensamente se explayó el Dr. Portela respecto de lo que explicaron los profesionales médicos para

descartar esas hipótesis. La penetración sexual fue confirmada por la pericia elaborada por la Dra. S. M. M., Tocoginecóloga, y el Médico Forense, O. A. H.en el informe de fs.190/191 y en sus declaraciones en el debate. La Dra. M., descartó que las lesiones verificadas en las menores M. R. y S. hayan sido provocadas a causa de una constipación, dando fundamentos de su aseveración. Agregó que las lesiones se produjeron con elemento de diámetro similar al pene y con dureza, no observándose estas lesiones en chicos constipados.

A pesar de la postura del imputado M. M. en el sentido de negar que, tanto de su parte como de su hijo, las niñas hayan sido penetradas sexualmente, el Defensor afirma: "Pero no se trata de que las niñas no hayan sido abusadas –de hecho lo fueron por el hermanastro- y que por ende, que tengan todos los rastros y características de niñas abusadas, como lo constatan los informes médicos, se trata de tener certeza sobre si M. M. las accedió"

Analizados los votos, encuentro que la prueba tenida en cuenta por los jueces que conformaron la mayoría, resulta suficiente e idónea para tener por acreditado que el imputado accedió carnalmente a sus hijas. Los magistrados, dentro de los criterios valorativos de la sana crítica racional, se apoyan en las versiones de las niñas. El Dr. Barrios señala exactamente los minutos de la grabación en la cámara Gesell donde las víctimas especifican lo ocurrido. Destaco que la niña M. R. M. M. dijo "que su papá le hizo esto (minuto 12:56).... le hacía que le chupe el pitulín y se lo ponía en la cola y le hacía doler (minuto 13:10). En el minuto 14:10, cuando está relatando lo que ella le había contado a su mamá dice "le contó que su papá... le ponía el pitulín en la cola..." La menor S. M. B. M. también en Cámara Gessel relata que "algo le pasó con su papá" ... le ponía el pito en la cola (minuto 15:36)repitiéndolo (minuto 15:40). Por su parte Y. A. N. M. dijo que su papá "le puso

el pito en la boca, que la tocaba con el pito y la mano el cocho (minuto 7:57) y que “fueron muchas veces” (minuto 8:30).

Respecto de las acciones realizadas por el imputado, las refieren que el imputado -entre otras acciones de carácter sexual- les ponía el pitulín en la cola y les hacía doler. A partir de estos relatos se pretende descartar que haya habido penetración sexual por parte del padre.

Traigo a colación lo que indica la psicóloga Irene Intebi en su libro. “Abuso sexual infantil. En las mejores familias”: ”En niños abusados, es más frecuente que describan los incidentes utilizando términos propios de su nivel evolutivo, de un estadio de maduración previo o, incluso, que usen expresiones vulgares, ajenas a un léxico habitual, reproduciendo la forma en que el perpetrador los encaraba” Agrega Intebi que, “hay que tener presente que la utilización equivocada de una palabra no significa que el entrevistado está falseando deliberadamente la información, sino que el desconocimiento de ciertos términos resulta esperable en su nivel evolutivo” (pag. 251)

En este caso el relato de las niñas, fue convalidado por los exámenes clínicos, concluyendo que fueron penetradas sexualmente. Ahora bien, sólo por el hermano, como lo afirma la defensa y lo que se acreditó en el juicio llevado a cabo a éste? o por ambos?. La defensa pretende desincriminar al imputado, a partir de las palabras utilizadas por las niñas. Ellas no utilizaron el vocablo “penetrar” o “meter”. Ya me explayé respecto de lo dicho por la psicóloga Irene Intebi respecto de que ciertos términos no son utilizados con precisión por lo menores, por falta de madurez, más la atribución de las acciones cometidas por el padre quedan acreditadas con los propios relatos de las víctimas cuando éstas se encargan de decir que fueron los dos, tanto el padre como su hermano los que le hacían las mismas cosas. M. R. M. dice “J. (su hermano) hacía lo mismo que hacía mi papá”. El Dr. Barrios destaca que la niña además dijo que “esto no le pasó con otras personas “(minuto 27:31). La sicóloga refirió que la menor brindó un relato organizado,

acorde a su edad, con detalles específicos de ofensas sexuales y con indicadores de credibilidad. Por su parte S. M. B. en la entrevista dice que va a contar algo que le pasó con su papá, aclarando que "primero le pasó con J. M.". También Y. A. N. dice que "va a relatar algo que le pasó con J. y con su papá". Por todo ello revela, a la luz de los testimonios de la niñas y secuelas constatadas en sus genitales, que tanto su padre como su hermano las penetraron sexualmente, sometiéndolas además a tocamientos inverecundos

Por lo expuesto doy por probado que el Sr. M. M. realizó las acciones enrostradas tal como lo sostiene la mayoría del tribunal, esto es acceso carnal del que fueran víctimas sus hijas.

4.- Cuarto agravio: se ataca la valoración que efectúan los sentenciantes en la determinación de la pena. Concretamente se achaca doble valoración de la condición de progenitor de las víctimas y la edad de las mismas.

Tengo en cuenta que al momento de la calificación legal, se encuadró la conducta del imputado M., en el tipo previsto en el art. 119 tercer párrafo y cuarto inc. b del Código Penal, es decir que se aplicó la calificante por mediar acceso carnal y por el vínculo, esto último en razón de ser el padre de las menores. Luego, en el momento de mensurar la pena, vuelve a considerar estas circunstancias a partir de las pautas mensurativas establecidas en el art. 41 del Código Penal.

Advierto también que el Dr. Barrios al individualizar la pena, incurre en una doble valoración al ponderar en la naturaleza del hecho desplegada el "aberrante abuso sexual de un padre para con sus hijas, aún niñas con ciertas discapacidades que sin dudas las tornan más vulnerables aún que otras menores de esa edad ...". Al respecto diré, que la condición de padre biológico y la edad de las víctimas, integran el tipo objetivo y la calificante por lo que su

apreciación como agravante, vulnera el principio non bis in idem

Por su parte el Dr. Piñeda expresamente pondera como agravante al momento de tratar la pena la condición de progenitor de las víctimas y las edades, traduciéndose en mayor vulnerabilidad de éstas.

Estas valoraciones tenidas en cuenta como agravantes han conculcado el principio non bis in idem, ya que, como he dicho, integran el tipo de abuso sexual con acceso carnal en menores de 13 años, agravado por la relación de parentesco.

Por esta razón corresponde reexaminar el quantum punitivo, tal como lo peticionara la Defensa, y reducir la pena impuesta a Diez Años de Prisión, haciendo lugar parcialmente al planteo defensista.

Habiendo sido tratadas las cuestiones interpuestas, resta fijar los honorarios de la Defensa Pública en la suma de Mil Pesos ($1000) Ley 2200 y modificatoria y art. 59 de la Ley 4920.

De acuerdo a las conclusiones y consideraciones expuestas, el Tribunal, por unanimidad,

FALLA:

I) Hacer lugar parcialmente a la impugnación interpuesta por la Defensa Pública contra la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2009, imponiendo a M. M. M. la pena de Diez Años de Prisión y costas, en orden a los delitos de Abuso Sexual con acceso carnal, en menores de 13 años, agravado por la relación de parentesco, tres hechos en concurso real, cometidos cada uno bajo la modalidad de delito continuado, en perjuicio de las menores M. R. M., S. M. B. y Y. A. N. M., en fecha que no puede establecerse con exactitud, pero que data aproximadamente del año 2005 y durante el transcurso del año 2008, período previo al 28 de agosto de ese año (arts. 119 tercer párrafo y cuarto inc. b, 29 inc. 3ro., 41, 45 y 55 del Código Penal).

II) Regular los honorarios de la Defensa Pública en la suma de Pesos Mil (Ley 2200 y modificatorias y art.59 de la Ley 4920).

III) Protocolícese y notifíquese.-

Roberto Rubén Portela

Silvia Susana Martos Leonardo Marcelo Pitcovsky

REGISTRADA BAJO EL NRO. 006 DEL AÑO 2010. CONSTE.-