En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los tres días del mes de febrero del año dos mil once, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Daniel Alejandro Rebagliati Russell, Alejandro Javier Panizzi y Jorge Pfleger, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"P. Z., A. G. s/ Dcia. Abuso Sexual r/ damnificada K.A.R.P.Tw s/ Impugnación"** (Expediente N° 21.695 - F° 139 T° II - Letra "P" – Año 2009).

Del sorteo resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Pfleger, Rebagliati Russell y Panizzi.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

**I. Los antecedentes del caso - Los hechos del debate - La fijación de la sentencia - El recurso**

**I. a.** Ha llegado a conocimiento de la Sala, por vía del recurso extraordinario del Ministerio Público Fiscal, la sentencia del Tribunal de Juicio de la ciudad de Trelew que, el día dieciséis de Abril del año dos mil nueve, condenó a J. S. a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas, como autor del delito de Abuso Sexual Agravado por el aprovechamiento de

///

una situación de convivencia, en la modalidad del delito continuado (art. 119 primero y quinto párrafo en relación al cuarto párrafo inc. f del Código Penal), en perjuicio de la menor K.A.R.P., ocurridos aproximadamente a partir del año 2001 hasta el 2005, en los domicilio de U. ***, M. **** y J. I. ***, todos de la ciudad de Trelew (arts. 239, 240, 241, 330 y 332 del C.P.P. y arts. 29 inc. 3°, 40 y 41, 45, 55 del C.P.), con costas.

**I. b.** El debate había girado en torno al hecho que la Fiscalía presentó del modo que sigue: "... *En fecha que no puede precisar con exactitud, pero que ubica aproximadamente a partir del año 2001 hasta el 2005, en circunstancias en que la niña K. A. R. P. contaba con * años de edad y aproximadamente hasta que cumplió los **, con conocimiento de sus actos y dirigiéndose contra la integridad sexual de la niña, aprovechando la convivencia que mantenía con la madre de ésta, la habría accedido carnalmente por vía vaginal en reiteradas oportunidades, amenazando a la niña con golpearla, en los domicilios de U. ***, M. **** y J. I. ***, todos de la ciudad de Trelew, en circunstancias en que la madre de la niña se encontraba ausente. Las acciones provocaron un desgarro himeneal en hora 4, con amplia retracción cicatrizal e himen desgastado lo que sugiere alta probabilidad de abuso sexual infantil, lesión que pericialmente se estima producida entre los 6 y 8 años y resulta compatible con penetración con objeto romo. La conducta descripta se califica como abuso sexual con acceso carnal, agravado por la convivencia, en la modalidad del delito continuado, (art. 119, párrafo 3° y 4° inciso f del Código Penal)"* -ver el extracto de la acusación fiscal en el cuerpo de la decisión.

**I. c.** Después de haberse realizado el juicio y ventilado las pruebas de cargo y descargo, el

///

Tribunal fijó su certeza respecto del siguiente hecho: "… *durante el lapso transcurrido entre los años 2001, en que la menor K. A. R. P. contaba con ocho años de edad y hasta que la niña cumpliera doce años, es decir el año 2005, en diferentes domicilios que ocuparan –el de calle U. N° ***, el de calle M. N° ***** y J. I. N° ***-, el imputado llevó a cabo actos impúdicos, de explícito contenido sexual en perjuicio de la nombrada, con quien convivía por ser concubino primero y luego esposo de la madre. En tales circunstancias, en reiteradas oportunidades procedió a sacarle la ropa, hacer el imputado lo propio, subirse encima de la menor y realizar movimientos hasta mojarla con un líquido que describe como "moco", o acostarse detrás de ella y meterle el pene en la cola –aún sin accederla carnalmente-, acciones de evidente significado sexual, en los términos del art. 119 primer párrafo del Código Penal…"* (textual del voto de la doctora Rodríguez al que adhirieron los demás miembros del Cuerpo).

**I.d.** En desmedro de esa resolución jurisdiccional el Ministerio Público Fiscal introdujo impugnación por entender que se vulneraron las reglas de la sana crítica racional, que la sentencia en crisis carece de motivación suficiente, que se ha efectuado una valoración arbitraria y parcial de la prueba y que en la fundamentación se incurrió en contradicciones.

Luego de exponer que el planteo era admisible pues se encontraba legitimado subjetiva y objetivamente para recurrir, el impugnante penetró en el meollo de la cuestión.

Denunció que la sentencia era defectuosa por haberse vulnerado las reglas de la sana crítica racional, "… el principio de no contradicción, incurriendo en una arbitraria y parcial valoración de la prueba existente en autos y omitiendo considerar otra, a fin de relacionarla en forma conjunta e interpretar consecuentemente la ley, en tanto el plexo probatorio es equívoco, resultando por ello irracional y arbitraria la conclusión adoptada en el fallo…".

En ese sentido consideró que la sentencia poseía una fundamentación aparente que se desmoronaba a "…

la luz de un análisis que sopesa la prueba debatida…".

Así, afirmó que no se trataba, su posición, de una mera discrepancia con la apreciación de las pruebas realizada por el Tribunal, y si bien admitió que el criterio de selección y apreciación de la prueba es privativo de los jueces de la causa, dijo que cuando se prescinde de la misma y se valora parcialmente se termina privando a la resolución de la debida fundamentación, apartándose de su naturaleza: derivación razonada del derecho vigente.

En ese camino efectuó citas de este Superior Tribunal de Justicia con distinta composición, en donde si bien se ratificó la veda que tiene la instancia para revalorizar las pruebas que esgrimieron los jueces de grado al fundar sus sentencias, se consagró la potestad de la Corte para controlar el proceso lógico seguido para llegar a las conclusiones que lo explican; afirmando que si media un evidente apartamiento de los hechos, del buen sentido o de las reglas de la sana crítica, la sentencia es arbitraria, pues condena la apreciación irracional o inadecuada de la prueba.

Luego de hacer mención del fallo Casal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Fiscalía pasó revista sobre diversas aristas del fallo que, a su parecer, ponían en evidencia la posición sostenida.

En especial procuró remarcar los aspectos en que la sentencia había equivocado el sendero interpretativo de las pruebas, llegando a una conclusión que, insistió, era arbitraria.

Sobre la materialidad del hecho endilgado, criticó el primer voto por entender que resultaba contradictoria la apreciación que su autora efectuó del relato de la víctima.

Indicó al respecto, que la Juez, por un lado afirmó que el relato de la niña era creíble, fiable, que carecía de indicadores de fabulación o mitomanía, por el otro lado, la misma, seleccionó arbitrariamente –a juicio de esa Fiscalía- que parte del aquel le resultaba creíble y que parte no lo era.

///

Asimismo criticó el voto por haber desestimado una penetración vía anal cuando en realidad nunca formó parte del reproche fiscal.

Llamó la atención sobre la expresión de la Magistrado cuando, al referirse al resto de los episodios abusivos, interpretó que no "... abundan en detalles..." cuando, contrariamente, la víctima brindó pormenores y detalles de los actos pues manifestó que sucedieron en la habitación de arriba de la casa del INTA, que fue por adelante y por atrás (sin referir penetración anal), que a veces la tiraba, y se tiraba él arriba, le hacía mover las piernas y se movía, que relató específicamente un episodio de penetración vía vaginal donde fue clara y contundente al expresar que le había sangrado y le había dolido y al describir las características de la mucosidad que le salía al victimario.

Puso de relieve que todo ese relato resultaba conteste con la pericia que realizó la Dra. S. M. incorporada a través de su testimonio en el juicio, de la que surgió que la niña presentaba desgarro cicatrizado en hora 4, amplia retracción cicatrizal, himen desgastado que sugiere probabilidad de abuso sexual infantil a temprana edad. Que la misma presupuso que el himen desgastado se originaría en abusos a edades tempranas, porque antes de esa edad el himen es hipertrófico.

En base al informe de la doctora M. la recurrente efectuó una recorrida por los elementos que consideraba demostrativos de que no solo había habido abuso sino que se reiteraron durante más de cuatro años, lo que consideró lo probaba la presencia del himen con desgaste y de un mínimo espesor, como así también la presencia de desgarros himeneales compatibles con penetración de elemento romo.

Descalificó, indirectamente, el testimonio brindado por el hijo del imputado, M. D., quien refirió en el juicio haber tenido relaciones sexuales con la víctima y su hermana cuando tenía 12 años, por considerarlo teñido de parcialidad.

Cuando hizo referencia de los votos restantes criticó la ponderación que sus autores le otorgaron a la ausencia de otras lesiones, destacando la diferencia que existe entre un abuso sexual con

///

acceso carnal realizado con violencia, y un abuso sexual reiterado en el tiempo en el seno intrafamiliar, en el que, como es sabido, existe una especie de sometimiento y parálisis por parte de la víctima o lo que la perito psicóloga ha referido como "conducta de sobre-adaptación".

Puso de relieve que para que los desgarros vayan acompañados de otros signos lesionales, dolor y hemorragia, debe existir necesariamente considerable brutalidad en la realización de la cópula o existencia de una gran desproporción de las partes anatómicas.

Recordó que el tipo penal del art. 119 tercer párrafo no requiere la existencia de violencia cuando se trata de una menor de trece años, y que tampoco se requiere que la penetración sea total.

Al final de su proposición, el impugnante persistió en que "... los hallazgos físicos encontrados en la menor, esto es desgarro de antigua data en el himen, amplia retracción cicatrizal, himen desgastado, que sugiere alta probabilidad de abuso infantil a temprana edad, adelgazamiento de la membrana himeneal que permite observar el tercio inferior de la vagina al entreabrir la vulva, compatibles con penetración de elemento romo; el testimonio de la niña víctima indicando que S. la accedió vía vaginal en reiteradas oportunidades, manifestando sangrado y dolor, la presencia de semen en el presunto autor, el testimonio de su hermana que observó cuando K. salía del dormitorio del encartado, la denuncia radicada por la madre de la niña, la valoración del relato de la niña al que la perito clasifica como "con alta probabilidad de veracidad" permiten acreditar con certeza la existencia de abuso sexual con acceso carnal por parte del encartado S. de los cuales resultara víctima K. R. P. …".

Dio, al respecto, la explicación de que "… Arribar a la conclusión de que los accesos carnales no han existido, y que el caso se trató de un abuso sexual simple, llevaría a afirmar que un desgarro himeneal se asemejaría a un simple tocamiento en los pechos o las nalgas de una niña, siendo evidente la desproporción que existe entre ambas figuras (abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal) si

///

convalidamos la teoría del Tribunal, estaríamos equiparando la conducta abusiva de un simple tocamiento a un desgarro himeneal, donde la bibliografía es conteste y la perito también así lo entiende, para que se produzca dicho desgarro debe haber penetración…".

Hizo reserva del caso federal.

**II. Algunas cuestiones preliminares**

Comenzaré tratando la cuestión atinente a las condiciones de admisibilidad de los recursos extraordinarios, pues se trata, para mí, de una cuestión capital a la hora de decidir la suerte de la sentencia.

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

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

Este criterio de hermenéutica, según creo, reposa en la posibilidad de acudir a la manera en que los problemas son abordados por los modelos constitucionales de cuño similar, y cobra así vigencia la jurisprudencia recalcada por la Corte Suprema de los Estado Unidos de Norteamérica, que

///

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

///

Bajo esta perspectiva considero que el Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut (arts. 378 4to. Párrafo y 373 inciso 3°) ha estatuido que el control del que se hablaba más arriba ha de ejercerse cuando el error de juicio es "evidente", esto es que resulte perceptible del mero confronte entre el argumento del recurso y el texto de la sentencia, mas no cuando la tarea propuesta ponga en juego el valor que los Magistrados asignaron a la prueba.

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

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

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

///

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

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

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

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

Y ese, es ámbito vedado a la instancia.

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

He sostenido que, en el proceso de construcción de las decisiones jurisdiccionales, los jueces realizan operaciones intelectuales que importan optar

///

por una de las hipótesis que se plantean dialécticamente.

Si en la lucha de opuestos hacen prevalecer una de ellas y dan razones plausibles, la solución excede el ámbito extraordinario de revisión.

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

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

**V.** Voy a dar algunos ejemplos concretos que conducen a "fundamentar mis fundamentos".

Cuando los Jueces, y con suma prolijidad la Juez liderante, explicó la fiabilidad que le merecía el testimonio de la menor, no quebró la lógica del discurso al considerarlo fiable para abastecer ciertos aspectos de la imputación, desechando otros por cuanto no alcanzaban ese nivel.

Porque quebrar la lógica del discurso es incurrir en trasgresiones a las reglas de esa disciplina, pero no apartarse de aspectos de un relato sin capricho, cuando esa disyunción es a causa de un análisis metódico de otra evidencia.

Creer a un testigo, ya lo he dicho, no es cuestión de fe. Si así fuese no cabría posibilidad alguna de analizarlo críticamente. Se cree o no se cree.

Por el contrario, ponderar un testimonio es una tarea intelectual compleja que importa decodificar la verbalización tomando aquello que conducirá convicción en la medida en que se apoye en objetividades que lo aseguren.

Ni aún en tiempo pretéritos la confesión era la reina de las pruebas, si no encontraba sustento, y aunque antigua la prueba testimonial es una prueba poco segura por las inficiones conscientes o no que pudiera poseer.

///

Los Jueces no quebraron el principio de no contradicción o del tercero excluido o el de identidad en decir lo que afirmaron.

No lo demostró la parte que acusa, no me parece que deba dedicarle demasiados párrafos a una explicación que partiría de conceptuar a cada uno.

Y así me expido pues –al menos la liderante- explicó las precauciones que apareja el análisis de los testimonios en supuestos de abuso sexual, y todos -los tres Magistrados- la ponderaron tomando en consideración los testimonios de la madre y hermana, las pericias médicas y psicodiagnósticas, la opinión científica (que de paso expusieron con toda extensión, pertinencia y sabiduría) y aún el testimonio del hijo del imputado que, con los reparos del caso, no pudieron soslayar y al que dieron exacta dimensión.

La ausencia de vestigios físicos concretos de penetración vaginal asociada a los momentos denunciados, el modo de tradición de la historia a la madre y la singularidad del relato de la hermana, del que no se desprende la percepción de un negocio carnal concreto, y la posibilidad de que la niña mantuviera otras relaciones de índole sexual con congéneres, son razones más que suficientes para cimentar el predicado de la sentencia.

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

**Así me expido y voto.**

El Juez **Daniel Alejandro Rebagliatti Russell** dijo:

I) En el voto que precede se han expuesto con suficiencia los antecedentes del caso y los agravios vertidos por el Ministerio Público Fiscal, de modo que me abstendré de hacer una ociosa repetición.

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

La Fiscal funda su impugnación en el supuesto del artículos 370, 372, inc. 3°, 378 quinto párrafo en relación con el art. 376, inc. 5° del C.P.P..

///

La denuncia se basa en la vulneración de las reglas de la sana crítica racional, y sostiene el recurso que se ha efectuado una valoración arbitraria y parcial de la prueba.

Analizada la cuestión, se advierte que la impugnante entiende que los jueces no dieron fundamento alguno para descartar la existencia de acceso carnal, apartándose, a su juicio, de la prueba testimonial y científica.

De esta manera el motivo del recurso ha sido debidamente encuadrado dentro del supuesto del art. 372, inc. 3° del C.P.P.

En cuanto a los límites objetivos, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 378, inc.3° del Código Procesal Penal, la pena requerida por la acusación –teniendo en cuenta la pretensión punitiva fijada en el auto que fija el artículo 291 del C.P.P., autoriza la intervención de esta instancia.

II) Superado el aspecto formal del recurso, habré de ingresar directamente al tratamiento del mismo.

Previo a ello, y sin perjuicio de la legitimación otorgada al Fiscal en esta instancia, aclaro, como en otras oportunidades, que tratándose de una impugnación extraordinaria del Ministerio Público Fiscal, el límite de la revisión serán los agravios indicados en el recurso, es decir si ha existido una violación a las reglas de la sana crítica, que torne arbitrario el pronunciamiento dictado.

El punto de controversia que se plantea es la existencia o no del acceso carnal.

Como bien ha quedado aclarado en el primer voto, los jueces del Tribunal descartaron tal supuesto, basándose para ello en la prueba ventilada en el juicio oral y público.

La doctora Mónica Rodríguez fue quien lideró el acuerdo y comenzó su análisis reconociendo la existencia de conductas sexualmente abusivas por parte del imputado, pero entendió que no se demostró con igual certeza el contenido y alcance de los actos lascivos, argumentando que la duda prevalecía acerca de la injerencia sexual, particularmente a la existencia de penetración, ya sea vaginal o anal.

Esta conclusión la fundamentó con el siguiente análisis de los elementos probatorios:

- Respecto del relato de la menor sostuvo que si bien era consistente en la mayor parte de sus aseveraciones, había motivos para no interpretarlo en su literalidad.

En este sentido dice que el testimonio no aparece preciso ni organizado cronológicamente, a pesar de la edad de la víctima (14 años). Así, valoró que si bien narró detalladamente el primer episodio, no hizo lo mismo con los demás. A ello agregó que había contradicciones entre los dichos de la niña y la prueba pericial científica llevada a cabo, lo que también hizo que se apartara de algunos aspectos de la declaración.

- En cuanto al examen físico realizado por la doctora M., evaluó que lo único que afirma es que la niña presentaba al momento de la revisación un himen semilunar, con desgarro en hora 4, y luego en la audiencia agregó que la retracción cicatrizal y lesiones de antigua data pudieron ocurrir entre los seis y ocho años de edad, y que no se registraron otras lesiones, anales o perianales. Por otro lado, sostuvo la jueza, el dictamen pericial no abunda en fundamentos y esa pobreza argumental, que autorizaría a dudar del valor científico de la conclusión, no puede valorarse en contra del imputado.

- La pericia psicológica, el testimonio brindado en audiencia por la Licenciada F. y el testimonio de la Licenciada C., integrante del Servicio de Asistencia a la Víctima, fueron fundamentales para acreditar la fiabilidad y coherencia del relato.

- El testimonio prestado por la hermana de la víctima también ha sido analizado, sobre todo cuando relata que cierto día, al regresar del colegio, se da cuenta que la víctima se encontraba encerrada en la habitación con el imputado.

- La declaración de M. D., hijo del imputado, quien sostuvo haber mantenido relaciones sexuales con K. cuando contaban con doce años de edad, a la vez que aseguró que otros dos jóvenes también habrían mantenido relaciones con la damnificada.

///

Estos elementos le sirvieron para constatar la existencia de acciones de contenido sexual, y tuvo por acreditado el hecho descripto en la sentencia.

Sin embargo, y aplicando el beneficio de la duda, descartó la parte de la acusación que aseguraba la existencia de acceso carnal, y argumentó:

- que el tiempo transcurrido entre los hechos y la radicación de la denuncia pudo haber conspirado en la obtención de elementos probatorios que brinden una visión mas ajustada de lo ocurrido.

Tomó cada elemento probatorio, lo analizó y dio a conocer que parte utilizó para fundar la sentencia.

Explicó el sentido que le dio al testimonio de K. P. y justificó el motivo por el cual se apartó de secuencias del relato y no lo interpretó literalmente.

A la pericia ginecológica no la descarta como tal, pero hace una severa crítica, asegurando que no contiene argumentos sólidos sobre la cuestión. La utiliza como una prueba a favor del imputado, ya que no coinciden sus conclusiones con lo dicho por la joven.

Luego, los magistrados que continuaron en orden de votación, siguieron la misma línea argumental que su colega, y también explican el valor que le dieron a cada prueba.

El doctor Minatta da por cierto que las lesiones vaginales registradas en la niña son de antigua data y que fueron producidas entre los seis y ocho años de edad, según lo confirmó la perito.

A partir de este dato objetivo consideró que debía descartarse el acceso carnal por dos razones: la primera es que si la lesión se provocó cuando la niña contaba con seis años de edad debió haber producido lesiones gravísimas, y si se hicieron cuando tenía menos de ocho años, deja necesariamente otras lesiones perineales y vaginales, lo que no ocurrió en el presente caso; otra razón surge de la propia declaración de la víctima, ya que si bien describe episodios en donde podría presumirse la existencia del acceso carnal, la edad en la que fue revisada por el cuerpo médico forense (15 años) le hizo pensar que ya podía haberse iniciado en materia

///

sexual, máxime teniendo en cuenta lo declarado por M. D.

Además de ello sostiene que la niña ha sido mendaz cuando dijo haber sido penetrada vía anal y que surgen contradicciones entre su declaración y la prueba científica.

El doctor Monti, a su vez, sostuvo que las referencias efectuadas por la víctima respecto a los accesos carnales padecidos, no encuentran correlato con la prueba pericial científica producida en autos, lo que le impidió otorgar plena eficacia a la declaración de la menor.

Que este estado de duda, argumenta el juez, se fortalece aún mas con la declaración de D., que si bien resulta ser hijo del imputado, ha dado datos que, de acuerdo a las circunstancias señaladas, no puede desechárselos.

Así han argumentado los jueces su decisión de desechar la existencia del acceso carnal. Esta determinación unánime hizo hincapié en que no se había llegado a la certeza requerida en esta etapa del proceso, y que la duda prevalecía en este aspecto.

III) Esta breve síntesis tiene por objeto describir la labor intelectual desplegada por el Tribunal de mérito para descartar la existencia de acceso carnal.

Observo que esta tarea la han desarrollado con sensatez, y utilizaron la prueba ventilada en el juicio oral y público, explicando su convencimiento de que los hechos ocurrieron tal cual lo sostiene el fallo.

Así, el tribunal de mérito es libre en la valoración y selección de la prueba, quedando sujeto a revisión el proceso lógico del razonamiento.

En el caso de autos advierto que para llegar a esta conclusión han utilizado las reglas de la sana crítica racional, y dieron fundamentos lógicos para decidir como lo hicieron.

De esta manera el control de la sentencia esta vedado, desde que lo que intenta el Fiscal es una nueva valoración de la prueba.

A diferencia de otros casos, los jueces han explicado porqué consideraron la falta de certeza en

la existencia del acceso carnal, mencionando la contradicción entre el relato de la menor y la pericia médica, el relato de D., entre otros, y la solución que le dieron a la controversia planteada entre las partes no refleja arbitrariedad.

IV. Por lo expuesto, voto por declarar improcedente la impugnación extraordinaria y confirmar el fallo en crisis, con costas.

**Así voto.**

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I) Debo arbitrar en el desacuerdo suscitado entre mis distinguidos colegas de Sala en punto a la admisibilidad de la impugnación extraordinaria del Ministerio Público Fiscal.

Esta cuestión la he abordado recientemente al emitir mi sufragio en los autos caratulados: "*T., C. I. Dcia. Abuso Sexual r/ víctima T.R.M. s/ impugnación*" (Expediente N° 21.651 - F° 132 – T° II - Letra "T" – Año 2009).

En esa oportunidad, dejé establecido que el acusador público cuenta con una facultad recursiva demarcada por las reglas procesales, toda vez que la impugnación extraordinaria no es equivalente a la apelación, sino que está circunscrita únicamente a los casos enumerados en el artículo 375 del Código Procesal Penal, al que remite expresamente el 378, que regula específicamente la legitimación procesal del Ministerio Público Fiscal para ejercer aquélla.

De esta manera, el recurso del acusador público debe cumplir en forma liminar y

///

excluyente con las reglas consignadas en ese reglamento, si procura que sus pretensiones sean –al menos– analizadas por esta Sala Penal.

Es decir, no rige la teoría de la bala de plata bendecida.

Así las cosas, observo que en el *sub exámine* la revisión pretendida, se encuentra autorizada toda vez que la pretensión punitiva fiscal, fue de nueve años de prisión y la condena, de tres años de prisión en suspenso, esto es, la pena aplicada resultó inferior a la mitad de la pretendida.

II) En su presentación, el titular de la vindicta pública alegó vulneración de las reglas de la sana crítica racional, valoración arbitraria y parcial de la prueba y contradicciones en la sentencia del Tribunal de Juicio, que tornaban defectuosa y arbitraria la decisión.

Tras una detenida lectura de la sentencia inspeccionada, juzgo que no se ha condicionado la apreciación de la prueba que la Fiscalía denuncia, sino que los magistrados han proporcionado una exposición lógica para justificar su decisión.

III) El tribunal de grado tuvo por probado que don J. S. llevó a cabo actos impúdicos, de

///

explícito contenido sexual en perjuicio de la menor K. A. R. P., pero descartó la hipótesis acusatoria centrada en la existencia de acceso carnal.

Si bien los jueces, basándose en los dictámenes de las Licenciadas F. y C., que entrevistaron a la víctima, advirtieron coherencia y credibilidad en su testimonio, imprecisiones en el relato y contradicciones con la prueba pericial científica, motivaron que se apartaran de algunos tramos de su narración.

Es que la joven declaró que la primera vez que el imputado "*se lo hizo por delante*", ella tenía once años de edad; en tanto que la experticia ginecológica, estableció que la menor presentaba al momento del examen un himen semilunar, con desgarro en hora 4 y amplia retracción cicatrizal, lesiones producidas estimativamente entre los seis y ocho años de edad.

Asimismo, el *a-quo* anotó que mientras en el primer episodio de abuso vivenciado por la joven, del cual surgen nítidamente los tocamientos inverecundos, ésta se explayó y brindó pormenores, el resto de su exposición no aparecía precisa ni organizada cronológicamente.

Las declaraciones de la madre y hermana de la

///

menor, que avalaron algunos aspectos del relato de K. A., también fueron analizadas por el tribunal de juicio.

El testimonio de M. D., hijo del imputado, que refirió haber mantenido relaciones sexuales con K. cuando ella tenía doce años de edad, fue considerado en la sentencia como un indicio para descartar la atribución de los accesos carnales imputados al encartado.

Es decir, por un lado, las declaraciones de la joven víctima de sus familiares y allegados impidieron a los jueces obtener la certeza con respecto a la penetración. Por el otro, la pericia ginecológica resultó determinante para fundar ese estado de incertidumbre.

Con respecto a ello, el doctor Minatta, votante en segundo término, confrontó la prueba pericial de la Dra. S. M. M., que constató la ausencia de lesiones perianales, con respaldo en bibliografía médica que establece que la injerencia de un pene adulto en una niña de seis años resulta casi imposible sin producir lesiones gravísimas y, en una niña de ocho años, deja necesariamente otras lesiones perineales y vaginales.

Así las cosas, juzgo acertada la conclusión a la que arribaron los magistrados en punto a la

///

ocurrencia de los contactos físicos con significación sexual llevados a cabo por el acusado contra la menor K. R. P.

Los jueces analizaron todo el material probatorio ventilado en el debate y argumentaron correctamente su decisión de desechar la existencia de violación ya que no alcanzaron el grado de certeza requerido para aseverar la existencia de accesos carnales.

Por lo dicho, concuerdo con el voto previo y, la impugnación extraordinaria del Ministerio Público Fiscal deberá rechazarse, con costas.

**Así voto.**

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

**1°) Declarar** improcedente la impugnación extraordinaria que en copia certificada obra a fs. 52 vta./62.

**2°) Confirmar** la sentencia protocolizada con el número 456/09, que copia certificada luce a fs. 35/49.

**3°)** Protocolícese y notifíquese.-

Fdo. Daniel A. Rebagliati Russell. Jorge Pfleger-Alejandro Javier Panizzi. Ante mi: José A. Ferreyra Secretario

///

///