En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los nueve días del mes de marzo del año dos mil once, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y José Luis Pasutti, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "**M., E. s/ Dcia. Trelew**" (Expediente N° 21.365 – Folio 82 - Letra "M" – Año 2.008).

Del sorteo practicado a fojas 614, resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Panizzi, Pfleger y Pasutti.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Trel. a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas, en orden al delito de abuso sexual simple.

El debate giró en torno al hecho ocurrido en el transcurso de los meses de julio y agosto del año 2004, en el domicilio sito en B. U., casa ** de Trelew, en perjuicio del niño J. G. T. M. En esa oportunidad, según la sentencia impugnada, P. A. Q. T. manoseó y accedió carnalmente (al menos en cinco ocasiones) al niño J. G. T. M., de nueve años de edad, a quien llevaba a la habitación de su madre, ubicada en la parte superior de la vivienda citada.

II. En desmedro de esa resolución jurisdiccional la doctora Alicia Susana Vilaseca, en su carácter de Fiscal General de la Circunscripción Judicial de Trelew, fundó el recurso de casación en la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva, toda vez que los sentenciadores no aplicaron la agravante genérica del artículo 119,

///

tercer párrafo del Código Penal y, consecuentemente, condenaron a P. A. Q. T. por el delito de abuso sexual simple (artículo 119, primer párrafo de ese cuerpo legal).

Para dar fundamentos a su recurso expresó que los jueces de la mayoría efectuaron una apreciación errónea del contenido de la pericia ginecológica, con una incidencia arbitraria sobre la calificación final.

Invocó falta de valoración de circunstancias que resultaban decisivas para la aplicación de la figura legal pretendida.

Analizó el voto del Doctor Rebagliati Russell y discrepó de la consideración que realizó de la experticia efectuada por la Doctora K.

Así, puso de resalto que la perita fue contundente al expresar en su dictamen que "las lesiones son hallazgos específicos de abuso sexual infantil y son compatibles con las que produciría la penetración de un cuerpo rígido por vía anal… descartando con altísima probabilidad que la lesión se hubiera ocasionado por expulsión de materia fecal".

Señaló que el magistrado sostuvo que no se desprendía del relato del niño que hubiera ocurrido la introducción del pene. Sin embargo, recalcó que el pequeño al brindar testimonio en Cámara Gesell expresó que su primo le colocaba "el pilín y le abría las nalgas".

Explicó que J. no refirió que tal acción no le causara dolor, sino que había manifestado que "dolía, pero no tanto".

Expuso que debía tenerse presente que, de acuerdo a lo verificado por las profesionales psicólogas interventoras, el niño vivió el acto abusivo como un juego y que podría parecer razonable que no hubiera opuesto resistencia, máxime si se considera que quien lo producía era un primo al que el chico veía como un líder.

En otro tramo de su recurso, examinó el voto del Doctor Minatta.

Expuso que el magistrado había manifestado que el hallazgo encontrado por la perita era sólo uno de los indicadores de penetración, sin manifestaciones

de otros. En ese sentido, planteó que el Doctor Minatta había omitido valorar las apreciaciones médico-periciales esbozadas por la profesional en la audiencia y su conclusión en punto a que la lesión del niño revestía compatibilidad con penetración.

Citó doctrina para referir que en el acceso carnal por cualquier vía no se requiere un acto sexual completo, sino que basta el ingreso al conducto anal o vaginal para tenerlo por consumado; que con respecto a la penetración anal se ha considerado que la lesión comprobada indica que hubo penetración y que, por el contrario, la ausencia de ella, no descarta la violación.

Añadió que con respecto al hallazgo físico de un único signo en el niño, la doctrina y la jurisprudencia, no exigen otros indicadores concurrentes, toda vez que se ha probado que –aun en casos de abuso sexual documentado– la evaluación médica no detecta cambios específicos en un cincuenta o sesenta por ciento de las víctimas.

En conclusión, expresó que el pronunciamiento atacado debía revertirse, en virtud de haberse excluido la agravante del artículo 119, tercer párrafo del Código Penal, por inobservancia e inaplicación de la ley sustantiva.

Por último, hizo reserva de acudir a los estrados federales y formuló petitorio de estilo.

III. A su turno, el Señor Procurador General, doctor Jorge Luis Miquelarena, dictaminó que de acuerdo a lo expresado por la perita K. en su pericia –posteriormente ratificada y ampliada en debate– se dieron todos los elementos del tipo penal para sostener la plataforma fáctica de la acusación, toda vez que las lesiones encontradas en el pequeño se correspondían con hallazgos específicos de abuso sexual infantil, compatibles con las que produciría la penetración de un elemento rígido vía anal.

Por esas razones propició que la sentencia fuera casada, en virtud de haberse excluido la agravante del artículo 119, tercer párrafo del Código Penal.

IV. Efectuada la reseña del caso y expuestos los fundamentos delineados por la Fiscalía, advierto que en la causa solamente se encuentra controvertida la

///

cuestión atinente a la significación jurídico-penal del hecho enrostrado al imputado.

Como quedó dicho, la Cámara Primera en lo Criminal de Trelew condenó a P. A. Q. T. por el delito de abuso sexual simple (artículo 119, primer párrafo del Código Penal) al no admitir la figura del abuso sexual con acceso carnal propuesta por las partes acusadora y querellante.

El meollo de la materia estriba en verificar si acaso el *a-quo* efectuó una apreciación adecuada de la pericia ginecológica pues, en su presentación, el Ministerio Público Fiscal, alegó que aquélla había sido valorada arbitrariamente por los jueces de la mayoría.

Anticiparé que, luego de una detenida lectura de la sentencia, convalido la labor intelectual desplegada por el tribunal de mérito, toda vez que los jueces apreciaron detalladamente la prueba producida en el proceso, dando razones de la valoración que hicieron de ella.

La doctora K. luego de examinar la zona anal de la víctima informó haber constatado "dos lesiones de tipo cicatrizal, blanco nacaradas, ubicadas en H 6 y H 11". Explicó que esas lesiones correspondían a "desgarros ya cicatrizados y que constituían hallazgos específicos de abuso sexual infantil… compatibles con las (lesiones) que produciría la penetración de un cuerpo rígido por vía anal".

///

Más allá del aporte brindado por la perita, el *a-quo* decidió –sobre la base de sólidos fundamentos– hacer lugar a la pretensión subsidiaria de la defensa, toda vez que evaluó que no podía concluirse con el grado de certeza debido que las lesiones observadas sólo se producían por la introducción de un cuerpo rígido y duro.

Al emitir su voto el doctor Rebagliati Russell apreció que el modo de realización y fundamentos de la experticia no fueron del todo satisfactorios. Manifestó que la existencia de cicatrices por desgarro anal llevó a la facultativa a concluir, sin más, que tales rastros constituían hallazgos específicos de abuso sexual infantil. Pero luego, al ser preguntada en el debate, sobre otras eventuales acciones que condujeran al mismo resultado, no pudo esclarecer sobre el modo en que los desgarros podrían producirse sin que mediare la introducción de un elemento rígido y duro.

La imprecisión de la experta para descartar otra etiología (las causas de las lesiones) que hubiese provocado las cicatrices percibidas, impidió que el magistrado lograra el convencimiento acerca del abuso por acceso carnal.

///

A su turno, el Doctor Minatta coincidió con su colega de Cámara al manifestar que el argumento central para alegar la ocurrencia del acceso carnal estaba dado por las dos lesiones cicatrizadas que la perita K. notó al examinar al niño J.

Resaltó que esos hallazgos eran sólo uno de los indicadores de penetración, no observándose en el menor ningún otro de la lista que la propia experta mencionó en su informe de la hoja 7.

El juez expuso que si bien no era requerida la presencia coetánea de todos los indicadores para afirmar la penetración, advirtió que las únicas lesiones corroboradas no eran necesariamente, desde el punto de vista médico, producto de una penetración. Indicó que las lesiones comprobadas constituían un indicio anfibológico (susceptible de ser interpretado en más de un sentido).

A continuación, el magistrado apuntó que los autores de medicina legal eran contestes en sostener que la mera existencia de lesiones anales cicatrizadas, sin estar acompañada de otras objetividades, como dilatación anal, dolor, sangrado, laxitud, etcétera, no podría llevar a la certeza de la penetración.

///

A más de ello, subrayó que la perita al tiempo de exponer ante el Tribunal, declaró no haber notado dilatación al examinar al niño y reconoció que el tipo de lesiones constatadas debió haber causado dolor, así como sangrado al haber cicatrización.

Añadió que del relato del niño surgía que la posición corporal del imputado y la víctima era "mirando al techo". De allí coligió que se trataba de una postura difícil para la penetración, lo cual constituía un indicio para descartar el coito anal.

Otro indicador valorado por el sufragante para desechar la penetración fue la inexperiencia homo o heterosexual del imputado, referenciada por la Licencia Ochoa.

En la sentencia los jueces también consideraron el testimonio del niño víctima como un elemento para no tener por suficientemente acreditado el extremo relativo a la penetración del pene, o el intento.

Es que, el niño reveló "que su primo A. le abría las nalgas y le ponía el pito, cosa que en ocasión le dolía, aunque no notó sangrado ni tampoco que la zona se mojara".

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

///

ocurrencia de los tocamientos inverecundos de contenido sexual por parte del acusado sobre la humanidad de la víctima y sobre su propio cuerpo.

Los sentenciadores argumentaron correctamente su decisión de desechar la penetración ya que no alcanzaron el grado de certeza requerido para aseverar la existencia del acceso carnal.

De esta manera, el razonamiento de los magistrados se ciñó a las reglas de la sana crítica racional y, por ende, la nueva puesta en valor de la prueba que pretende la Fiscal, se encuentra vedada.

Por lo dicho, el recurso del Ministerio Público Fiscal se deberá rechazar y la sentencia N° 03/2008, confirmarse.

Así voto.

El juez **Jorge Pfleger** dijo:

I.- La cuestión

a. El recurso extraordinario planteado por el Ministerio Público Fiscal ha llegado a conocimiento de la Sala.

Ha sido dirigido en censura de la sentencia de la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Trelew que, el veinticinco de abril del año dos mil ocho, condenó a P. A. Q. T. a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas (arts. 29 inc. 3°, 40, 41 y 45 del C. Penal), en orden al delito de Abuso Sexual Simple (arts. 119, 1° párrafo del mismo cuerpo

///

legal), por el hecho ocurrido en el transcurso de los meses Julio/Agosto del año 2004, en el domicilio sito en B. U., casa ** de Trelew, en perjuicio de J. G. T. M.

No haré memoria acerca de los agravios que mereciera al casacionista la decisión recaída, porque ya lo ha hecho, con prolijidad, el Juez que lidera el acuerdo. En consecuencia, iré directamente al caso.

II. Reflexiones pertinentes

Como otrora me expediré acerca de los alcances de la casación en la especie, tema capital a la hora de zanjar el entuerto.

De partida evoco lo dicho: supuestos como el que ocupa sintonizan con el precedente "Casal", ya que -en todo caso- ponen de relieve su contra-cara.

El caso citado, resuelto por la CSJN, se insta, en el juicio casatorio, al máximo esfuerzo o nivel de revisión posible sobre la condena impuesta, exceptuando, claro, lo propio de la inmediación del debate oral.

Pero en el supuesto de recurso por la Fiscalía en desmedro de los intereses del atribuído, debe exigirse que la impugnación demuestre el agravio que denuncia, según las

///

características formales de la rigurosa casación tradicional.

Ocurre que los defectos de motivación, revisables bajo el marco estrecho ese recurso, lo son cuando en la apreciación de la prueba o en la justificación de lo predicado en la sentencia se hubieran transgredido las reglas de la lógica; básica y sintéticamente hablando: las leyes fundamentales de coherencia y de derivación; los principios de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente, lo que en cierto modo, previene la arbitrariedad, que es, como manifestación de un exceso de poder, lo que repugna a toda decisión estatal.

No hay un nuevo juicio. No es el Juez de la casación un nuevo examinador de la prueba que fijan los hechos. No es el Juez ante los hechos de la causa lo que importa en este recurso, sino el Juez ante el hecho del Juez de la sentencia, su posición de éste.

III. La solución del caso

Sentado lo expuesto, estimo que el esfuerzo Fiscal exorbita los límites de la capacidad de esta Sala, determinada en los párrafos pasados.

Lo que acabo de decir es que no se advierte en el fallo venido a examen una grotesca

infracción a las normas de razonamiento que descalifiquen a la sentencia como un pronunciamiento jurisdiccionalmente inválido.

Porque escapa a la casación el argumento basado en un disímil criterio interpretativo acerca de un medio de convicción. Sólo un cuerpo de evidencias recogidas en el debate valoradas en abierta infracción al arte del bien pensar que nutre el sistema de la sana crítica racional habilitaría el quebrantamiento de la sentencia, lo repito.

En el escrito de Casación se sindica una contradicción en la que habría incurrido el Tribunal de Mérito, consistente en el rechazo de la nulidad interpuesta por la Defensa técnica en contra el informe pericial de la Doctora K., y la posterior valoración de la misma en forma errónea (según lo sostiene la impugnante) porque -la "a-quo"- pese a las lesiones anales constatadas por la Perita en el cuerpo de la víctima, entendió que no había prueba para condenar por acceso carnal.

En primer término indico que no advierto la existencia de contrasentido alguno, o paradoja, toda vez que ambas premisas que se reputan contrarias pertenecen a campos dialécticos distintos: el rechazo de la nulidad constituyó

///

una respuesta del Tribunal sobre una cuestión formal, mientras que la calificación legal del hecho respondió a la ponderación de las características de éste y del contenido del informe cuestionado, en el marco de las pruebas que tuvieron en cuenta los Jueces de la sentencia.

En lo que atañe al cuestionamiento Fiscal en torno a la valoración efectuada por los miembros de aquel Tribunal, tampoco hallo objeción.

Sin perjuicio de lo impertinente que resulta en esta Instancia el tratamiento del planteo, conforme lo adelantara al principio de este voto, cierto es que, pese a lo que sostiene la recurrente, los miembros de la mayoría explicaron en forma más que suficiente las razones que motivaron sus conclusiones, a mi manera de ver.

Ellos consideraron el plexo probatorio en su totalidad y dieron una explicación detallada de las razones que los condujeron a excluir el acceso carnal.

En ese camino han tenido en cuenta el informe de la perita K.- las lesiones anales constatadas por aquella en el cuerpo del menor- y pusieron de resalto que si bien las mismas podrían haber sido producidas por la

///

introducción de un pene, no podía excluirse en forma terminante otra etiología.

Sumado a esa circunstancia, los detalles que surgieron del relato de la víctima, alumbraron una versión de tocamientos y rozamientos de las partes impúdicas, afines con maniobras masturbatorias, pero no con las poses generalmente usadas para lograr una penetración.

Así lo dijo la "a-quo" cuando expresó: "… *En fin, como puede observarse, el único signo de penetración presente en el cuerpo del niño son los desgarros, no acompañados en el caso con otras objetividades como sangre, dolor, dilatación, laxitud. etc. por lo que todo ello, unido a otros indicios que analizaremos seguidamente, me llevan a descartar, o al menos dudar, de que haya existido penetración. Veamos los otros indicios que existen en la causa y que, junto a los ya nombrados para descartar el coito anal, nos llevará a al convencimiento señalado: a) en primer lugar, del relato del niño- que sólo habla de "pilín en la cola" – surge que la posición corporal de ambos era "mirando al techo", es decir una posición difícil para la penetración, máxime en una persona que tiene el ano sano, como debe suponerse aquí; b) en este contexto que venimos*

///

analizando, otro indicio importante de la falta de penetración, es la inexperiencia homo o heterosexual del imputado, claramente referenciada por la licenciada Ochoa ante este Tribunal, al ratificar el informe que fuera producido como resultado de la entrevista al imputado …” (del tercer voto)

Por fin, no encuentro fisura en el tratamiento que la sentencia realiza en torno a los hechos indiciarios.

Sin ánimo de dar opinión ex cátedra, debe recordarse que la prueba de que se trata es, a decir del maestro Nicola Framarino Dei Malatesta, “... el raciocinio probatorio indirecto que, mediante la relación de causalidad, deduce lo desconocido de lo conocido...” (ver su “Lógica de las pruebas en materia criminal” Vol. I; Editorial Temis, página 255). Y esa tarea, a criterio de los sentenciantes, no ha sido fructífera para determinar la existencia de intercurso sexual, dando pábulo al encuadre legal atacado, que no pudo ser –en términos formales- destruido por la agraviada.

He aquí la razón de mi sufragio, coincidente con el emitido en segundo término. Igual solución propongo.

///

IV. Conclusión

Por lo expuesto, estimo que debe declararse improcedente la casación y confirmarse la sentencia en crisis.

Así me expido y voto.

El Juez **José Luis Pasutti** dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Alejandro Javier Panizzi y Jorge Pfleger, existe mayoría de votos para conformar la voluntad de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia; de modo que haré uso de la facultad que prevé el artículo 357 del Código Procesal Penal -texto según Ley N° 4550, art. 7.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto a fojas 577/582.

2°) Confirmar la sentencia protocolizada con el número 03/2008, obrante a fojas 555/574.

3°) La presente es firmada por dos miembros de la Sala Penal por encontrarse el Ministro José Luis Pasutti en uso de licencia.

4°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo. Jorge Pfleger-Alejandro Javier Panizzi-

Ante mi: Ricardo V. Pellegrini Secretario

///