En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintiocho días del mes de mayo de dos mil diez, se da a conocer en base a la comunicación recibida por medio de correo electrónico con firma digital, que el Tribunal Subrogante de la Cámara en lo Penal de esta Circunscripción Judicial, integrado por los Dres. Roberto Rubén PORTELA en su carácter de Presidente, Silvia Susana MARTOS y Nelly GARCIA, Jueces de Cámara, dicta sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del Legajo de Investigación Fiscal n° 789, carpeta individual n° 162, de la Oficina Judicial local, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, Dr. Raúl Alberto Coronel, y la Sra. Defensor de Público Dra. Iris Amalia Moreira, y el imputado, J. D. M. R.:

CONSIDERANDO :

Que el día 19 de mayo del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Roberto Andrés Portela, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por el Sr. Defensor del imputado J. D. M. R.; por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5° párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones: 1°) ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de M. R., contra la sentencia condenatoria?; en su caso, 2°) ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Roberto Andrés Portela, en segundo lugar la Dra. Nelly García y finalmente la Dra. Silvia Susana Martos.-

El Dr. Roberto Rubén Portela, dijo: Me toca intervenir en las presentes actuaciones, en virtud de la impugnación ordinaria presentada a fs. 60/63 vta, por el Dr. Juan Alberto Maidana, Defensor Público de J. D. M. R., quien fuera condenado a la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual de una persona menor de trece años, agravado por acceso carnal -dos hechos- (arts. 55 y 119 3er., párrafo del C. Penal), por los hechos ocurridos en la ciudad de Sarmiento en el mes de mayo del 2007, pronunciamiento dictado el día 3 de marzo del ario 2009.-

La Defensa en el escrito de mención cuestiona los fundamentos del tribunal, que se basaron en los dichos de la menor víctima, los que fueron transmitidos a la Lic. A. M. A. en la audiencia bajo la modalidad de Cámara Gessell y que la citada profesional explayara en el debate, de los que surgiría que la afectada estaba de novia con el imputado; que todo se hizo por propia voluntad y sin violencia e las relaciones sexuales. Que las declaraciones testimoniales brindadas por los parientes de la menor, nada aportaron en relación a probar un acceso carnal por parte de su defendido y que pese a la manifiesta ausencia de pruebas que den certeza jurídica, los sentenciantes dan por hecho la situación descripta por la fiscalía. Que se omitió la valoración de pruebas decisivas como así también, la inobservancia de la garantía constitucional del beneficio de la duda.

Que las declaraciones de los testigos no fueron tenidas en cuenta tal como se produjeran, señalando en ese contexto, las pertenecientes a N. C. P., M. I. (madre de la menor) y R. C..
Cuestiona el informe de la Lic. A., por cuanto sus conclusiones están basadas en un método, pero no brindan certeza jurídica. Así también y refiriéndose al testimonio e informe de la profesional médica, M. N. E., se determinó que no se observaron rastros de espermatozoides en ninguna parte del cuerpo de la menor, aunque sí destaca que tiene rotura de la vulva con un mes aproximadamente de evolución, lo que obviamente, imposibilita la obtención de certeza respecto de la fecha y mucho menos del autor. Que desde la sana crítica, la probabilidad, no puede ser tenida en cuenta para acreditar una participación criminal. Que solo la certeza jurídica es valedera en este estadio procesal, que no hay ningún testigo directo que acredite la participación de su pupilo en los términos del endilgamiento judicial.
Que, en síntesis se ha omitido la valoración de prueba trascendente, violándose el principio contradictorio y de imparcialidad del juzgador, hubo motivación ilógica, violación de los principios de verdad material y del in dubio pro reo, solicitando en definitiva se decrete la nulidad del fallo por imperio del art. 12 del C.P.P., absolviendo a su defendido y se tenga presente la reserva del caso federal.
El Ministerio Público Fiscal, en el escrito presentado a fs. 69/70 contesta al impugnante, oponiéndose a la nulidad de la sentencia, pues considera que la prueba ha sido valorada correctamente por el Tribunal, sea ésta testimonial, los dichos de la menor y de los profesionales intervinientes.
Celebrada la audiencia que prevé el art. 385 del C.P.P., la Sra. Defensora, Dra. Amalia Moreira en reemplazo del Dr. Juan Alberto Maidana, utilizando como argumento la actividad deficiente llevada a cabo por el otrora representante del Ministerio de la Defensa Pública introduce nuevas motivaciones en la impugnación. La primera de ellas se refiere a que la acción no fue debidamente instada (Art.72 del C. Penal) y la segunda, que la acusación es deficiente, por no contener la descripción de la conducta adjudicada al imputado, como así también, que se omitió hacer referencia a la edad de la menor presuntamente damnificada. Que la Fiscalía en su libelo acusatorio solo señala como acto intimidatorio que su pupilo abusó sexualmente y mediante engaños a la menor en dos oportunidades.
En el tercer motivo se refiere a la errónea valoración de la prueba e inexistencia de prueba suficiente que hacen a la materialidad y autoría. Ésta última se compadece con la presentación realizada por la Defensa anterior en la interposición de la impugnación ordinaria.
Por su lado, la Fiscalía, reitera sus razones para entender que la sentencia debe ser confirmada en su plenitud. Hace referencia la Fiscalía que la incorporación de nuevos motivos impugnativos no está previsto en el código de forma (Art. 385 del C.P.P.) por lo que considera que no es menester referirse a ellos. Sí se dedica a ratificar los fundamentos por los que solicita se rechace la presentación de la defensa en cuanto a que la prueba valorada por el Tribunal es correcta y determina que la sentencia deba confirmarse.
Teniendo en cuenta las cuestiones planteadas por la Defensa debo recordar la disposición contenida en el art.385 del C.P.P. que en su tercer párrafo establece que las partes podrán ampliar la fundamentación de los agravios oportunamente

interpuestos, pero no introducir otros nuevos. Si bien esta es la regla general, ello solo podrá ser modificado excepcionalmente cuado se trate de motivos que vulneren garantías constitucionales, que traerían como resultado nulidades absolutas.
Nuestro nuevo ordenamiento procesal con gran sabiduría ha comprendido en el Título II — Capítulo VI — Libro Tercero **"Invalidez de los actos procesales",** en la que destaco la norma fijada en el Art.162 última parte del párrafo 2° que determina "...se entenderá que el acto se ha saneado cuando, no obstante la irregularidad, ha conseguido su fin respecto de todos los interesados". Esto es lo que se llama reparación automática que más que caso de convalidación de lo actuado se refiere a la falta de perjuicio.
Digo esto toda vez que, si bien en principio se observa algún déficit en la acusación dirigida contra J. M. R., imputándosele "haber abusado sexualmente, accediendo carnalmente y mediante engaños, a la menor C. M. P. en dos oportunidades, la primera vez en una obra en construcción situada en calle Belgrano en proximidades al denominado bar -El Corcovado- y la segunda en su domicilio, sito en Avda. San Martín y Fontana (detrás de una obra en construcción) hechos ocurren durante el mes de mayo de 2007", no encuentro razón válida al planteo introducido por la Defensa, que pretende invalidar la acusación, toda vez que, la imputación versó al igual que la investigación respecto al acceso carnal, con la incorporación de documental por parte de la Fiscalía, entre ellas, la partida de nacimiento de la víctima menor, que a la fecha de los sucesos, contaba con doce años de edad, teniendo el incuso acceso a toda la instrumental recopilada. Es decir, si bien el concepto de acceso carnal integra el tipo, quedó evidenciado que el acusado sabía de qué se lo acusaba y de ello tuvo la oportunidad de defenderse, por lo que entiendo que no existe violación de la garantía constitucional de defensa en juicio, por ende, ésta pretensión debe desestimarse. A mayor abundamiento, al finalizar la audiencia de debate el imputado, haciendo uso de su derecho, manifestó: "lo que declaró el defensor está bien, o sea me fui de allá de Sarmiento, me vine para tratar de...para no cruzarme por Sarmiento.., es chico.., uno camina y tengo a la policía que me contacta... me vine a trabajar acá...yo sé que ella quiere estar conmigo, yo la respeto eh...y bueno cuando autoricen los padres...". Posteriormente al tratarse la cesura de la pena, nuevamente el imputado hace uso de la palabra y dice: "...no estoy de acuerdo con la pena, porque yo en ningún momento la hice víctima a ella, ni en ningún momento estuve con ella, yo no abusé de ella, así que no estoy conforme con lo que dice el Fiscal, nada más...después de ahí, no puedo decir nada...no maté a nadie, no fue algo como...mal...".
Igual temperamento debo adoptar en cuanto a la pretendida falta de acción invocada por la Defensa (art.72 del C. Penal), ya que de las constancias obrantes resulta que la Sra. M. C. I., madre de la afectada, compareció ante la sede policial y efectuó la denuncia de la desaparición de su hija y luego de que ésta se reintegrara a su domicilio fue presentada ante dicha sede para que se practicaran los estudios médicos pertinentes. Esta misma versión fue luego apontocada casi en similares términos ante el Tribunal de Juicio, razón por la cual, deviene desechar esta cuestión interpuesta por la Defensa.

Ingresando al tratamiento del agravio interpuesto en el escrito de interposición de fs.60/63 vta, coincidente con el tercero de los invocados por la nueva defensora, principio señalando que sin esfuerzo alguno, de la prueba resultante, fundamentalmente de los dichos de la propia víctima en Cámara Gessell, se obtiene la corroboración del hecho atribuido al encartado. La defensa tuvo la oportunidad de estar presente y realizar la evacuación de los interrogantes que entendiera atinentes, no puede luego procurar su menoscabo, toda vez que estamos en presencia de un acto que como en reiteradas oportunidades fueron expuestos por el suscripto en innumerables pronunciamientos, son irrepetibles. Esta actividad se encuentra prevista expresamente en el art. 193 del rito, y concretamente en el 3er. párrafo, indicando que procederá, cuando involucre a menores de 16 años, sean testigos o víctimas, disponiéndose la recepción de los mismos, en una sala debidamente acondicionada, permitiendo el control como ocurriera en el presente caso del imputado y su defensor. Cumpliéndose, con otra de las exigencias como lo es contar con un perito psicólogo, en este caso la Lic. A., quien llevara adelante la entrevista. En dicha oportunidad y pese a las serias dificultades que presentara el registro de audio, con un permanente ruido lo que motivara por parte del suscripto, un esfuerzo superlativo para poder captar algunas partes de la declaración de la menor víctima, no obstante ello, pude extraer y pese a esas dificultades, que la víctima (menor que contaba con doce arios de edad, conforme partida de nacimiento glosada en el legajo N° 789/07- de Fiscalía), tenía una vinculación sentimental con el imputado, que a la fecha de los sucesos, contaba con 26 años de edad, manteniendo relaciones sexuales al menos en dos oportunidades. Según se desprende de los dichos de la menor, ella accedió a esos requerimientos sexuales por motus propio, reconociendo que era novia del incriminado, que ella se sacaba las ropas sola y M. hacía lo propio. Estos actos se llevaron a cabo en la cama del acusado, sin ningún tipo de recaudos, es decir, sin preservativos y no cuidándose la declarante. Esta aseveración realizada por la menor, sin tapujos, sin culpa, son las características que refleja este testimonio recepcionado en Cámara Gessell, que a su vez se refrenda con el informe concretado por la Lic. A., Psicóloga del Cuerpo Médico Forense, que en el curso del debate sostuvo que se trata de una joven muy desenvuelta para hablar, ratificando aspectos de la declaración prestada por ésta en Cámara Gessell, señalando ausencia de violencia, que fue un actuar voluntario, pudiendo observar preocupación por el devenir de los hechos, porque no iba a poder estar con él. Que la víctima comprendía correctamente lo que significaba un acto sexual, que no hay indicador que ésta estuviera condicionada por terceras personas o por agentes externos, sea televisión o revistas. Que no observa tampoco, trastornos psicológicos que le impidan realizar un relato válido.

Al respecto, tengo por probada la plataforma fáctica del hecho investigado, debiendo adunarse el informe de la Dra. M. N. E., el que determina que la menor presenta desgarro himeneal en hora 8 de antigua data — entre doce días y un mes antes del examen-.

Esta integración probatoria ha sido debidamente analizada y evaluada por los sentenciantes, obedeciendo en un todo a las pautas comprendidas en el art. 25 del C.P.P., que refiere a la sana crítica, razón por la cual, debo rechazar la pretensión defensista que encamina su esfuerzo a apuntalar erróneamente

contradicciones o probables motivaciones viciosas u omisión de valoración de pruebas decisivas achacadas a los sentenciantes.
Es también contradictorio el argumento impugnativo de la Defensa, quien analizando iguales pruebas, llega a una conclusión totalmente opuesta, invocando ausencia de certeza jurídica a la luz de la sana crítica, negando que su defendido haya tenido acceso carnal con su novia menor de edad.
Sin exaltación alguna, vuelvo a reiterar que la plataforma fáctica sobre el acceso carnal vía vaginal, ha sido debidamente probado y, en cuanto a la vinculación sentimental de la menor con el incriminado que le lleva aproximadamente 14 años de edad de diferencia, si bien puedo aseverar que esta situación era conocida por el entorno familiar de la afectada, tal el caso de la madre, E. M. I., D. P. hermana de la menor y de su abuela R. E. C., no por ello la conducta por los hechos cometidos debe ser excluida de persecución penal, ello, como ha quedado demostrado, la víctima al momento de los eventos, contaba con 12 años de edad, su consentimiento para el acto sexual es irrelevante, pues, la criminalidad reside en la falta de madurez mental por parte de la menor, para entender de manera amplia y pormenorizadamente, el significado fisiológico del acto, en sentido cultural. El imputado que contaba con 26 años de edad, como se aprecia, hay alrededor de 14 años de diferencia, se aprovecha para ejecutar sus designios, es decir, penetrar vía vaginal a la menor. La ley presume iure et de iure, la falta de conocimiento por la edad y voluntad de la víctima y en consecuencia, la imposibilidad de prestar el consentimiento para el acto que venimos tratando, como dice el maestro Ricardo Núñez en su Tratado de Derecho Penal, Tomo III, pág. 254), es una presunción basada en razones de cultura y no de aptitud sexual propiamente dicha.
Por lo que vengo de decir, corresponde confirmar la sentencia impugnada. Así lo voto.
Resta fijar los honorarios de la Defensa Pública, por las labores desarrolladas en esta etapa, en la suma de Dos Mil Pesos ($ 2.000), de conformidad a lo dispuesto por los art. 5, 7, 44 y cctes. del Decreto Ley 2200 y art. 59 de la Ley 4920.-
La Dra. **Nelly García** dijo: Comenzaré con el tratamiento del primer agravio invocado por la Dra. Iris Moreira en cuanto solicita que se declare la nulidad de la sentencia por cuanto no está correctamente instada la acción, ya que la denunciante no ratificó toda la denuncia. Y además la acusación es deficiente, no describe la conducta y omitió hacer referencia a la edad de la víctima, que es un elemento normativo del tipo, cuestión que debió tratarse aún de oficio.
En primer lugar, entiendo que es procedente el planteo de una nulidad absoluta por violación de garantías constitucionales en cualquier estado del proceso, pero en este caso concreto la denuncia policial en la cual la madre expresamente instó la acción fue incorporada por lectura al debate y no fue cuestionada, asimismo al prestar declaración testimonial C. M. I. y N. C. P., dijeron que habían hecho una denuncia, por lo que como no se requieren formas sacramentales considero que estuvo correctamente instada la acción por voluntad de la madre y por ende la actuación posterior del Fiscal es legítima.
Para tratar el cuestionamiento de la acusación tengo en cuenta que el defensor tuvo la oportunidad que le acuerda el art. 294 del C.P.P. para objetar la acusación en la audiencia preliminar, lo que en este caso no ocurrió. Y una vez iniciado el

debate conforme el art. 320 del C.P.P. el Dr. Coronel dijo que probará que J. M. abusó sexualmente accediendo carnalmente a la menor M. P. en mayo de 2007 en dos oportunidades, una en la calle Belgrano en proximidades del bar El Corcovado y la otra en la casa del padre de M., hechos que encuadró en el art. 119 primer y tercer párrafo del C. Penal, y tampoco el defensor solicitó alguna aclaración al respecto si le era necesaria.
No advierto que la falta de una mayor precisión en la descripción de las conductas reprochadas haya afectado gravemente su derecho de defensa, ya que de hecho se defendió, por lo que cualquier defecto ha quedado saneado y ha precluído la posibilidad de cuestionarlo en otras instancias.
Por último la Dra. Iris Moreira planteó como tercer agravio la errónea valoración de la prueba, alegó que no hay prueba suficiente sobre cuando ocurrieron los hechos, en qué lugar y cómo se desarrolló la conducta imputada, ni qué entiende la niña por relaciones sexuales.
Este agravio complementa y mejora la motivación del Dr. Maidana, quien en su escrito de impugnación se quejó porque se condena pese a la ausencia de pruebas que den certeza jurídica, ya que no se ha probado que su pupilo hubiere tenido acceso camal.
Pasando entonces a tratar este motivo, parto del voto de la Dra. María Elena Nieva de Pettinari, quien comienza volcando las testimoniales de la madre C. M. I., de la Dra. M. N. E., del padre N. C. P., de la Lic. A. M. A., de la abuela R. E. C. y de la prima C. F. P..
Resalta que del video de la Cámara Gesell poco y nada se ha podido escuchar, manifestando que sólo ha podido observar a una niña preadolescente de contextura delgada y pequeña y sólo se ha establecido un encuentro en la casa del padre de M. sin nadie y en segundo término que fue el hermano de éste, C., quien la acompaña a su casa y por último que entra a la escuela a las ocho.
Al valorar la prueba, sostiene que tiene por probado el abuso sexual con acceso carnal en dos oportunidades con los dichos del padre, de la psicóloga forense y de la médica legista.
El Dr. Daniel Pintos considera probados los hechos con los testimonios de la Dra. E. y de la Lic. A.. Y las circunstancias de lugar y modo, en la casa de M., en la obra en construcción e inclusive en la vivienda de la abuela, con la denuncia de la madre quien dijo que su hija le comentó que había tenido relaciones sexuales con J. M. y que se veían en la obra en construcción del bar El Corcovado para abajo, quien ratificó íntegramente todo lo denunciado. El testimonio del padre quien dijo que C. le contó que había estado con M. en su domicilio, que lo que comenzó como amistad siguió como algo más y C. F. P. quien dijo que en una oportunidad la pareja se quedó a solas en la vivienda de la abuela.
El Dr. Martín Montenovo también considera que las relaciones sexuales están probadas y admitidas por la Defensa del acusado, pues este guardó silencio y que la Cámara Gesell en los tramos en que permitió valorarla acredita la existencia de una relación sentimental entre acusado y víctima.
Los tres magistrados coinciden en que el consentimiento de una niña de doce años no es válido.
El primer inconveniente que advierto es la falta de audio del video de la Cámara Gesell, entiendo que solamente podemos tener en cuenta aquello que los

magistrados pudieron oír, ya que el resto no fue prueba legalmente introducida al debate y por ende no pudieron ser valoradas por los jueces, caso contrario estaríamos realizando un nuevo juicio y no una revisión. Ante el problema planteado el Fiscal debió buscar los medios técnicos para mejorar el audio o hacer declarar a la testigo, si optó por no hacerlo para no revictimizar a la menor, asumió el riesgo de la debilidad de la prueba.
Tal como lo reseria la Dra. Pettinari, "sólo se ha establecido un encuentro en la casa del padre de M. sin nadie y en segundo término que fue el hermano de éste, C., quien la acompaña a su casa y por último que entra a la escuela a las ocho".
Es de vital importancia el testimonio directo de la víctima, aunque en algunos casos sea posible reconstruir su relato a partir de testimonios indirectos, pero estos testigos de oídas tienen un menor valor probatorio.
Así es posible conocer lo que le confió a la Lic. A. en las entrevistas posteriores a la Cámara Gesell, realizadas en diciembre de 2007, la psicóloga dijo que M. le contó que se encontraba de novio, le refirió las características del ingreso a su domicilio, donde tuvieron relaciones sexuales sin violencia, que era la primera vez y que no tuvo relaciones con otras personas, agregó que si ahora no podía, después seguiría con él. Que estaba preocupada por el devenir de los hechos, comprendía lo que era una relación sexual. Era menuda de contextura delgada.
Asimismo la Dra. N. E. la revisó el 25 de mayo de 2007, al día siguiente de la denuncia y la profesional dijo que la paciente le dijo que las relaciones fueron consentidas y que hace aproximadamente un mes con varios encuentros, pero no precisó con quien y al examen físico constató, vulva con sangre por menstruación, vagina eritomatosa inflamable con desgarro antiguo en hora ocho, de un mes a doce días de evolución. El hallazgo médico se condice con las manifestaciones efectuadas por la víctima.
Objetivamente se ha probado que la niña de doce años ha sido desflorada y que no le ha quedado ningún trauma psicológico.
No es lo mismo prestar una declaración testimonial tendiente a la averiguación de la verdad en el contexto del juicio, que las manifestaciones confiadas al médico o psicólogo en el marco de la actividad pericial. Comparto la valoración de la prueba que efectúa el Dr. Jorge Pfleger en el caso "R., R. A. s. abuso sexual con penetración camal de menor de 18 años agravadas por la situación de convivencia"(Expte. 20.728- 259-2006) y que resulta aplicable a este caso, cuando afirma: "Una cuestión es la tarea pericial, basada en un protocolo preciso que ayuda al Juez a formar criterio y otra diferente la conclusión a que arriba el profesional terapeuta.
Ambos tienen ámbitos de incumbencia diferentes y si bien es cierto que, en casos, la percepción, diagnóstico y pronóstico del tratante resulta valiosa —de hecho no existe traba para adquisición en el proceso, dada la libertad que consagra el ritual —no menos cierto es que, siempre en términos de valor, habrá de ser ponderada en un contexto en el que no se encuentre huérfana de otras evidencias".
A mi criterio, no se puede validar el relato de la víctima a través de estos testimonios indirectos por cuanto lo que le dijo a la Dra. E. es muy distinto a lo que le confió a la Lic. A. y la madre M. I., en su testimonio no dijo que habían tenido relaciones sexuales, solamente dijo que le habían dicho que se veían a escondidas, que le preguntó a su hija si tenía relación con M. y le negó, y

preguntada por el Dr. Coronel si le comentó que tenía relaciones sexuales con J. M., respondió que a ella no le dijo nada, después tampoco, no sabe si le tenía desconfianza pero las cosas íntimas no le decía, solamente le reconoció que salía con él.

Tal como lo sostiene Fernando Díaz Cantón, "En efecto si hay contradicciones, imprecisiones, asincronías, etcétera, no podemos extraer ninguna conclusión que implique la atribución de responsabilidad a los imputados, del mismo modo que no lo haríamos si se tratara de un testigo mayor de edad. Aquí es donde vemos el riesgo de las, llamémoslas así, "interferencias diagnósticas" en el proceso de valoración del testimonio del menor abusado: se impone como bien se ha dicho, "la necesaria distinción entre aquello que es el diagnóstico médico psicológico y sus herramientas, de aquello que hace a la acreditación, en forma legal, de un acto de abuso." (Declaraciones de menores de edad víctimas de abuso en cámara Gesell y el derecho del imputado a la confrontación con los testigos de cargo, por Fernando Díaz Cantón, Revista de Derecho Procesal Penal Rubinzal Culzoni, La prueba en el proceso penal-I, pág. 227/255).

Tampoco se puede tener por probado que uno de los hechos por los que se acusa ocurrió en la obra en construcción, ubicada del bar El Corcovado para abajo, con los dichos del padre, que dijo que tenía conocimiento que se veían en la obra en construcción, ni de la prima, quien dijo que una vez se quedaron solos en la casa de la abuela, por lo que suponer que tuvieron relaciones sexuales en esas oportunidades a partir de esos datos es subjetivismo puro.

El imputado al dársele la palabra al finalizar el debate dijo que lo que declaró el defensor está bien, que se fue de Sarmiento para no cruzarse, se fue a trabajar a Comodoro, sabe que quiere estar con él y la respeta. Y al tratarse la cesura de la pena dijo que no está de acuerdo con la pena, que en ningún momento la hizo víctima, en ningún momento estuvo con ella, que no abusó, no mató a nadie y no fue algo malo.

Tal como lo sostiene el Dr. Jorge Pfleger en el caso citado: "... el problema de la verdad es crucial en el proceso penal; aunque nada he descubierto con ello, solo abierto los ojos. Ya lo dice claramente Winfried Hassemer en su "Crítica al derecho penal de hoy" (ed. Ad-Hoc) cuando, página 84, se expide en los términos que siguen: "...El objetivo de averiguar la verdad acerca del hecho imputado es uno de los principios básicos de todo derecho procesal penal en un Estado de derecho. En cualquier caso una condena debe poder referirse a una base fáctica indubitable. Así como la justicia constituye el "ethos" de la aplicación de las normas, la verdad constituye el "ethos" del esclarecimiento de los hechos ...".

Para condenar a una persona sin antecedentes por un delito tan grave que tiene una pena mínima de seis arios de prisión, hay que tener certeza de que los hechos ocurrieron como lo pretende la fiscalía, en el caso que hoy nos convoca la acusación fiscal tiene muchas debilidades para probar la materialidad de los dos hechos específicos y le faltó la declaración precisa de la víctima, ello sin perjuicio de la pobreza de los argumentos de la Defensa para rebatir la acusación.

Todavía me sigo preguntando, ¿será J. M. el autor de la desfloración de M. P.? Por lo que no comparto el criterio del Dr. Daniel Portela que me precede, ya que ha quedado un margen de duda insalvable a esta altura, por lo que por el principio in dubio pro reo, la justicia del caso es la absolución del imputado y así lo voto.

En cuanto a la regulación de honorarios de la Defensa comparto el monto propuesto por el Dr. Portela y así lo voto.
La Dra. **Silvia Martos** dijo: Por sentencia de fecha 03 de marzo de 2009 fue condenado J. D. M. R., a la pena de seis arios de prisión y costas, como autor penalmente responsable del delito de Abuso Sexual de una persona menor de trece años, agravado por acceso carnal, dos hechos en perjuicio de la menor M. C. P. hechos ocurridos durante el mes de mayo de 2007 (Arts. 55, 119 tercer párrafo del Código Penal).
Se ha celebrado audiencia en virtud de la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) interpuesta por el Dr. Juan Alberto MAIDANA, defensor de M. R.. Luego de deliberar los miembros del Tribunal, se arribó a la solución del caso - la absolución del imputado J. D. M. R.- por mayoría de los votos de la Dra Nelly García y la suscripta, con disidencia del Dr. Portela. La fundamentación de cada voto se encuentra plasmado en esta sentencia.
La síntesis de los agravios fue desarrollada ampliamente por el Dr. Portela, por lo que no repetiré los mismos y comenzaré con su tratamiento.
Cabe decir aquí que la Defensa en la audiencia de impugnación, con la presencia de la Dra. Iris Moreira, cambió su estrategia, haciendo nuevos planteos, los que devienen en principio extemporáneos.
I.- Vayamos por partes. El primer planteo novedoso que formula Dra. Moreira en la audiencia sí resulta atendible pues articula la nulidad de la sentencia en virtud de no haber sido correctamente promovida la acción penal, en los términos del art. 72 del Código Penal. Se trata de una nulidad absoluta, resultando de aplicación el art. 329 del CPP cuarto párrafo que establece que "El tribunal decidirá primero las cuestiones relativas a su competencia y a la promoción o prosecución de la persecución penal, cuando hubieren sido planteadas o hubieren surgido durante el debate...", ello relacionado con el art. 164 del CPP, en cuanto prevé la declaración de nulidad cuando no fuere posible sanear el acto ni se trate de casos de convalidación.
Con referencia a los delitos dependientes de instancia privada, el art. 72 del Código Penal dispone que sólo se procederá a formar causa por acusación o denuncia del agraviado o en orden excluyente, sus representantes legales tutor o guardador.
En el caso que nos ocupa, fue la madre quien formuló la denuncia y en ese sentido se advierte que se trató de la declaración de voluntad de quien ejercía la facultad de instar la acción, poniendo en conocimiento de la autoridad competente la existencia del hecho que estimaba cometido. La Sra. C. M. I. relató ante en forma cronológica, todos los acontecimientos que tuvieran por víctima a su hija y al finalizar su exposición, expresamente indicó que quería promover la acción penal.
No encuentro ningún vicio en dicho acto, que acarree la nulidad, ni advierto que la mujer haya querido hacer otra cosa que la que hizo, por lo que el agravio articulado deberá rechazarse.
II.- El segundo motivo de agravio se refiere a la omisión por parte de la Fiscalía de la descripción completa del hecho atribuido tal como lo prevé el art. 291 del CPP.
No asiste razón a la Defensa en cuanto 1 menoscabo del derecho de defensa. Observo que nada dijo al respecto la Defensa en oportunidad de la audiencia preliminar ni al inicio de la audiencia de debate. En la acusación el fiscal explicitó

el hecho atribuido: *"El imputado J. M. R., abusó sexualmente, accediendo carnalmente y mediante engaños, a la menor C. M. P., en dos oportunidades, la primera vez en una obra en construcción situado en calle Belgrano –en proximidades al denominado bar "El Corcovado"-, y la segunda en su domicilio sito en Avda San Martín y Fontana (detrás de una obra en construcción). Estos hechos ocurren durante el mes de mayo de 2007",* encuadrando la conducta de J. M. R., como Abuso Sexual, con acceso carnal, en Concurso Real, dos hechos, arts. 119 primer y tercer párrafo, 55 y 45 del C.P.

La edad de la víctima, menor de trece años, elemento del tipo objetivo, fue traída al debate al calificarse el hecho y presentarse el certificado de nacimiento en la acusación como prueba documental, por lo que ello no resultó ajeno al imputado como para sorprenderlo y menoscabar su defensa. Incluso testigos como la médica legista y la sicóloga forense, fueron interrogadas sobre la contextura física y morfológica de la niña, ello en relación a la apariencia que daba respecto de la edad biológica.

En definitiva no advierto que las imprecisiones alegadas hayan menoscabado la garantía constitucional de la defensa en juicio.

Cualquier defecto quedó subsanado en el devenir del proceso. En ese sentido el Código Procesal Penal establece en el título II, del libro Tercero, Capítulo IV, con el nomen "Invalidez de los actos procesales", art. 162 última parte del párrafo segundo que reza: " se entenderá que el acto se ha saneado cuando, no obstante su irregularidad, ha conseguido su fin, respecto de todos los interesados".

III.- En el tercer motivo la Defensora se refiere a la errónea valoración e inexistencia de prueba suficiente en lo referido a la materialidad del hecho y la autoría. Concretamente afirma que no existe prueba suficiente de cómo ocurrieron los hechos, en qué lugar y cómo se desarrolló la conducta imputada. Este agravio se compadece con la presentación realizada por la Defensa al interponer la impugnación ordinaria y es reeditado en la audiencia del recurso del imputado por la Defensora Jefe. Es por ello que corresponde su tratamiento.

Respecto de esta cuestión he de anticipar que considero que la sentencia no ha fijado con certeza la autoría del imputado en los hechos enrostrados sobre los cuales se construyó la subsunción en el tipo la acusación, debiendo jugar a favor de M. el beneficio de la duda.

Al decir de Jauchen "... la duda es un particular estado del intelecto, según el cual se origina una vacilación pendular entre los motivos que llevan a tomar una decisión afirmativa o negativa con relación a una cuestión, debido a que los elementos que inspiran esas antagónicas motivaciones no resultan los suficientemente explícitos para determinar una opción convincente. Ocurre cuando los datos existentes son susceptibles de despertar razonamiento equívocos y disímiles de suerte que se desencadena un contraste tal que no es posible afirmar que, intelectivamente, se ha obtenido el convencimiento pleno sobre algunas de las contingencias existentes. El estado de inocencia del imputado, como uno de los principio fundamentales que gobierna el proceso penal, trae necesariamente como derivación, la exigencia para el órgano jurisdiccional de que para poder llegar a una conclusión condenatoria, se haya obtenido el pleno convencimiento sobre los extremos de la acusación, con grado de certeza de forma que la duda sobre alguno de esos extremos, impone una solución absolutoria que, con fuerza

de cosa juzgada, mantenga el estado de inocencia que no ha podido ser desvirtuado. Este principio denominado desde antiguo "in dubio pro reo" deriva de la Constitución, art. 18 de tal modo que no sólo es una pauta indicativa sobre la forma en que el órgano jurisdiccional debe valorar la prueba, sino una exigencia que no puede soslayar..." (Jauchen, E.M. Tratado de la Prueba en Materia Penal, Ed rubinzal Culzoni, pag. 44).

Materialidad del hecho y autoría.- Tal como lo anticipara, el pronunciamiento en crisis, se encuentra desprovisto de suficientes fundamentos de hecho para arribar a la certeza de la autoría endilgada al imputado. Me explico:

A fin de acreditar estos extremos resultaba de suma trascendencia el relato de la víctima. Sin embargo los jueces no valoraron la declaración de C. M. P. en Cámara Gesell pues el audio de la misma resultó deficiente. La Dra Pettinari dijo al respecto: " *solo se ha establecido un encuentro en la casa del padre de M. sin nadie y en segundo término que fue el hermano de éste, C., quien la acompaña a su casa y por último que entra a la escuela a las ocho" .* Los otros dos jueces directamente no valoran este testimonio brindado Cámara Gessell por lo que no corresponde introducir aquí manifestaciones de la menor, no escuchadas ni valoradas por los magistrados, que agraven la situación del imputado, pues ello sería reforzar la sentencia condenatoria, cuando de lo que aquí se trata es de revisar la misma ante el recurso del imputado sin que sea posible incorporar nuevas valoraciones en su contra que no hayan sido tenidas en cuenta por los jueces.

Del análisis de los votos surge que el Dr Pintos, basa la certeza del acceso camal a la menor en lo declarado por la médica legista Dra N. E.. Dice el juez que : *"La primera de las profesionales — médica legista- abona la materialidad del hecho, desde que hubo de revisar a la niña detectando —en consonancia con la versión de su madre (denunciante)- que existía desgarro himenial en hora ocho de antigua data entre doce días y 1 mes antes del examen; manchas hemáticas en la ropa interior; relato de la joven (colaboradora) admitiendo los accesos carnales (de acuerdo al informe técnico glosado en el Legajo de investigación fiscal, prueba incorporada por lectura, se lee: La paciente relata que las relaciones fueron consentidas y hace aproximadamente 1 mes, con varios encuentros); y ausencia de lesiones genitales y paragenitales (el informe ya citado, se consignó además, en orden al estado psicofísico de la niña, que la misma al momento del examen se encontraba "tranquila" y colaboradora."*

Continúa el magistrado su análisis y con referencia a la psicóloga forense A. de Davies dice: " la segunda,(por la lic. A.), quien intervino en la Cámara Gessell, ratificó su informe del 28 de septiembre de 2007, del que se desprende en orden tanto a la materialidad como autoría de los sucesos motivo de juzgamiento, que el relato que había efectuado la menor en su testimonio regido por el art. 193 del CPP, con fecha 20 de junio de 2007, era totalmente coincidente con el que practicó en las entrevistas diagnósticas con esta profesional".

A partir de estas consideraciones y valoraciones, no se vislumbra que el juez haya realizado una adecuada ponderación de las piezas de cargo obrantes en la causa para llegar a la certeza de la autoría dado que los párrafos de las declaraciones de las profesionales escogidos y que he transcripto, donde el juez halla el sustento de su decisión nada dicen respecto a que haya sido el imputado el autor de los

mismos. Tengo en cuenta que el juez afirma "Objetivamente, indicó la médica, la niña fue desflorada y no ha quedado ningún trauma psicológico, más la joven no precisó con quién había mantenido las relaciones sexuales." Asimismo pongo de relieve las palabras del magistrado cuando afirma: "En su deposición ante el Tribunal, la Sra Psicóloga Forense añadió que la niña le había manifestado que su relación con el acusado era de "novios"; que el mismo no había ejercido violencia contra ella, como asimismo que la joven le confió que se encontraba decidida a "esperarlo", para poder continuar en el futuro la relación — en alusión al tiempo que podría demandar un proceso judicial y, en su caso, el cumplimiento de una pena...". Surge claro a mi entender que las referencias que hace el magistrado no es prueba concluyente que haya sido el imputado quien accediera carnalmente a la joven.

La Dra Pettinari, en cuanto a la materialidad del hecho y la autoría en cabeza de M., llega a la certeza de ello en lo afirmado por la médica legista en cuanto la niña presentaba desfloración de larga data y la declaración de la licenciada A. quien valida que *"la menor no ha fabulado, no ha tenido relaciones sexuales con otra persona, ni hubieron terceros que pudieran haber influido en la misma para inculpar al hoy traido a juicio" .-*

Si bien la jueza tiene por acreditada la materialidad del hecho con el informe médico que da cuenta de la desfloración de la niña, producto de relaciones sexuales, no se advierte un análisis de la prueba que conduzca a la autoría M., dado que las razones expresadas por la magistrada teniendo en cuenta la prueba en que se apoya, concretamente los dichos de la psicóloga forense A. transcriptos y del padre de la niña quien afirma *"que lo que comenzó como una amistad ha ido más allá",* resultan a todas luces insuficientes para llegar a la certeza requerida en esta etapa procesal. Advierto también que concluye la Dra. Pettinari que fueron dos los hechos de acceso carnal por parte de M., sin dar razón de los elementos en los que apoya su afirmación.

Por su parte el juez Montenovo sólo se limita a decir respecto de la materialidad del hecho y la autoría, que comparte los conceptos vertidos por sus colegas preopinates, adentrándose en el terna de la edad de la menor y el valor que debe darse al eventual consentimiento de la víctima a las relaciones sexuales.

Idéntica consideración merece el mérito que se realiza de las circunstancias de tiempo, lugar y modo con que se practicaron los accesos carnales. El único que trata la cuestión es el Dr. Pintos y basa la circunstancia de lugar y modo de los encuentros de contenido sexual, en la denuncia, en la testimonial de la madre de la menor C. M. I. y las deposiciones de N. P., de C. F. P. y de la abuela de la menor víctima.

Pues bien, analizada la prueba señalada advierto que en las testimoniales aludidas los parientes de M. P. relatan que la víctima entabló una amistad con el acusado, la que luego se convirtió en una relación de contenido sentimental, con encuentros en distintos lugares para que los padres no se enteraran, como la casa de la abuela de la joven, la casa del Sr. M. padre del imputado, o la obra en construcción donde éste trabajaba, más ninguno de los nombrados declaró que en esos lugares se hayan producido encuentros de contenido sexual como para tener por probado que allí sucedieran los hechos.

Por todo lo ponderado concluyo que no existe certeza de la autoría en la reconstrucción histórica efectuada por los jueces, como método para afirmar a ciencia cierta que los hechos ocurrieron tal como la acusación lo afirmó. "Por cierto que al firme convencimiento de que el acusado es verdaderamente culpable se llegará, la mayoría de las veces, no por la inexistencia de dudas sobre ello, sino por su disipación o superación. Pero este resultado (la superación de las dudas) no podrá obedecer a puras decisiones de voluntad ni a simples impresiones de los jueces, sino que deberá ser la expresión (o el fruto) de una consideración racional de las pruebas del proceso, que explique de qué modo pudieron ser disipadas las dudas que había y cómo se llegó, a pesar de ellas, a la convicción de culpabilidad" (José I. Cafferata Nores "La prueba en el Proceso Penal" Ed Lexis Nexis Depalma, 5ta Edición, pág 12).
Por todo ello entiendo que con los elementos valorados por los jueces, no se puede destruir el estado de inocencia del imputado, siendo de aplicación el principio constitucional "in dubio pro reo". Voto en consecuencia por la absolución de J. D. M..
IV.- En cuanto a los honorarios de la Defensa, encuentro adecuado el monto propuesto por el Dr. Portela.-
Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal con la disidencia del Dr. Roberto Andrés Portela,
RESUELVE:
1°) HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. D. M. R., contra la sentencia de fecha 3 de marzo de 2009 (arts. 374, 382 y ss. y cc. del CPP).
2°) REVOCAR la sentencia de fecha 3 de marzo de 2009, y en consecuencia **ABSOLVER** a J. D. M. R., en orden al delito de Abuso sexual de una persona menor de 13 arios, agravado por acceso carnal, dos hechos (arts. 55 y 119 tercer párrafo CP), por los hechos ocurrido en la ciudad de Sarmiento, en el mes de mayo del ario 2007, en perjuicio de la menor M. C. P..
3°) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de pesos dos mil ($2.000) (ley 2.200 t.o. ley 4335, art. 8).
4°) Cópiese, protocolícese efectúese las comunicaciones de rigor.

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintiocho días del mes de mayo de dos mil diez, siendo las 12:00 hs. y no habiendo comparecido las partes a la lectura de lo fundamentos íntegros de la sentencia dictada en las presentes Carpetas judiciales n° 91 y 162 de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, se procede a poner a disposición de las partes copia de la misma.

Comodoro Rivadavia, de junio de 2010.-
Atento el tiempo transcurrido y no habiéndose interpuesto recurso, DECLARASE FIRME a partir del día 11 del corriente mes y año, la Sentencia N° 13/10, de fecha 28 de mayo del corriente año.
Remítase la presente carpeta a la Oficina Judicial de Sarmiento.-
NOTIFIQUESE.-