En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 12 días del mes de abril del año dos mil doce, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Mónica Rodríguez, Roberto Rubén Portela y Omar Florencio Minatta, con la presidencia de la nombrada en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"M., I. G. s/dcia. En rep. Menores – abuso sexual" (Carpeta 2.927 OJ Tw – Legajo 26832 OUMPF Tw),** con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el defensor particular C. G. D. M. contra la sentencia Nro. 3.216/11 OJ Tw, dictada en fecha 04/11/11.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 26/03/12 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado J. O. M. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervino el Dr. D. M. como su defensor de confianza defensor y el Dr. Fabián Moyano en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Rubén Portela, Mónica Rodríguez y Omar Florencio Minatta.

El juez Roberto Rubén Portela dijo:

A modo de prólogo, he de efectuar una sucinta reseña de los antecedentes del caso, así como de los agravios que motivaron la impugnación traída a conocimiento de esta Cámara en lo Penal y del responde a los mismos por parte del Ministerio Público Fiscal.

Mediante sentencia Nro. 3216/11 OJ Tw dictada en fecha 04/11/11, el acusado J. O. M. fue condenado a la pena de catorce años de prisión, accesorias legales y costas, por la comisión del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, en la modalidad

de delito continuado, en perjuicio de su hija G. Y. M. (arts. 119, 3er y 4to., párrafo inc. b y 55 *contrario sensu* del C.P.), por los hechos ocurridos entre los años 2003 y 2009 en la localidad de Gaiman.

Al inicio de la audiencia ante este Cuerpo, y en ejercicio del derecho a declarar, el imputado J. O. M. sostuvo que desde el año 2001, momento en que se separara de la madre de sus hijas, éstas siempre estuvieron bajo el cuidado directo de su madre, A. L., hasta el mes de junio del año 2010, y que desde el año 2002 hasta principios del 2008, vivió en el Barrio ** V. junto a su pareja, época en que adquiere la vivienda su hermano, con el objeto de residir cerca de su madre A. L., pero que jamás tuvo a sus hijas bajo su custodia. Asimismo que en el transcurso del año 2009 hasta el mes de abril del año 2010, residió junto a su pareja F. B. en la ciudad de Puerto Madryn, fecha en que regresan a la localidad de Gaiman, reiterando que siempre sus hijas estuvieron viviendo junto a la abuela.

El defensor a su turno, en orden a los agravios que irrogan a su parte la sentencia más arriba referenciada, principió su alocución solicitando se haga lugar al planteo de nulidad que su parte efectuara respecto del alegato de apertura del Ministerio Público Fiscal, por considerar que las razones invocadas por el Tribunal de juicio resultan desacertadas.

Así, entendió que la ausencia de calificación jurídica a los hechos imputados, sí afecta el derecho de defensa de su asistido y que su planteo en modo alguno resultó ser extemporáneo, por cuanto advertida su producción, puede ser invocada en todo momento, mientras dure el debate.

Agregó que no obsta en sentido alguno a su planteo, el conocimiento que se tuviera de la calificación jurídica que se adjudicara en la audiencia preliminar,

por cuanto esta puede ser mutada en la apertura misma del debate. Sobre esta cuestión finalizó afirmando que el vicio es grave y que la Defensa no la podía sanear, por lo que procede declarar nulo el debate y, consecuentemente, la absolución de su defendido.

Seguidamente sostuvo que la Sentencia que recurre, agravia a su parte por entender que la misma carece de motivación, es contradictoria, ilógica y arbitraria.

Señaló que dicho acto jurisdiccional se ha estructurado sobre hechos falsos, permitiendo que los jueces partan de una premisa falsa; cual resulta ser que al momento de la denuncia, cuando la menor G. Y. contaba con doce años de edad, los tres hechos de abuso que se le enrostran a J. O. M., ocurrieron entre los 5 y 10 años de dicha menor, habiéndose probado con las testimoniales producidas y lo sostenido por su asistido, que en dicha franja etaria éste no convivió con su hija; no existiendo otra prueba distinta a los dichos de la menor que desvirtúe a los mismos, por lo que sostuvo que la sentencia que ataca debe ser revocada, decretándose la absolución de su defendido.

Afirmó que los sentenciantes dieron crédito a los dichos de G. I. M. -denunciante y tía de la menor G. Y. M.-, quién a criterio de su parte, no ha sido veraz en su deposición conforme a los testimonios de cargo y descargo y, a las contradicciones en que incurrió, respecto de las cuales se remitió a las detalladas en su escrito y que, sin pretender ser repetitivo como tampoco omitirlas, sustancialmente se refieren a la situación del develamiento, que se habría originado a partir de los dichos de F. C. referente a un supuesto abuso que habría sufrido su esposo por parte del imputado, cuestión esta que la testigo negara en debate; la fecha de su producción que no se condice con

la denuncia ni con las fechas que han situado los jueces; Las razones que adujo para llevar a sus sobrinas al médico, contradichas por el Dr. M., como así también la falta de correspondencia con las fechas de la denuncia y de los exámenes realizados, asimismo el haber afirmado que el citado facultativo le dijo que efectuara la denuncia, cuando el mismo no encontró signos de abuso y/o penetración; el haber afirmado que D. y R. M. fueron abusadas por su padre, habiendo negado las nombradas en debate su ocurrencia; el haber dicho que G. Y. M. vivía con su padre, cuestión ésta que se probó no ser así, dado que siempre vivieron junto a la abuela A. L.

Sostuvo que los jueces han dejado de lado sin dar fundamento alguno, una prueba médica objetiva que avalaría la inocencia de su defendido, cual resulta ser la pericia llevada a cabo por el Dr. M., quien no observó signo alguno de abuso sexual, considerando los magistrados la pericia realizada por la Dra. M., realizada diez días después, quien afirmó que los abusos constatados eran de más de diez días, por lo que el letrado sostiene que ante tales diferencias debe dársele a su defendido el beneficio de la duda.

Asimismo, sostuvo que no existe correspondencia entre la versión del develamiento que manifestara la denunciante con la brindada por la propia menor, quien afirmó habérselo contado a su tío R. M. ("T.") y éste a su vez, a la denunciante, cuando es el propio testigo "T." quien manifestó que se anotició del hecho por su tía G. I. y no por la menor.

Señaló que corrobora la parcialidad que adjudica a los sentenciantes, la valoración que los mismos efectuaron de los allanamientos, inspecciones oculares, fotografías, filmaciones y croquis, para dar sustento a lo declarado por la menor G. Y. M., cuando de la propia prueba surge que la menor falta a la verdad, dado que

no se halló el rebenque ni las pastillas que supuestamente su padre le hacía ingerir.

A modo de conclusión respecto de la autoría adjudicada a su asistido, manifiesta que lo único que existe como prueba de cargo es una declaración en Cámara Gessel con una pericia médica que está en contradicción con otra hecha diez días antes. Que las contradicciones señaladas resulta ser indicios de mendacidad de la testigo denunciante, no existiendo ningún indicio que demuestre realmente que su defendido es el autor, por lo que corresponde su absolución.

En forma subsidiaria y para el supuesto de confirmarse la sentencia, solicita se le imponga a J. O. M. el mínimo legal del tipo penal escogido, 8 años, atento que de los fundamentos dados por los jueces surge que han valorado para la determinación de la pena, la extensión del daño causado, el que se encuentra ya contenido en el tipo. Asimismo destacó la ausencia de antecedentes penales de su defendido, el escaso nivel educativo y la situación familiar desde su infancia.

Por su parte, el Fiscal destacó que el imputado en todo momento intentó demostrar que no vivió en el lugar de los hechos, lo que se vio contradicho por el video que muestra seis casas precarias donde vivía todo el grupo familiar, el imputado junto a su pareja F. B. y las menores víctimas en cercanías y dentro del mismo lote, destacando los testimonios de R. M. y F. C. quienes declararon que efectivamente el imputado vivía en el lugar de los hechos y siendo que el propio imputado manifestó no haber residido en el lugar desde el año 2002 al 2008, destaca que por los hechos imputados, el período de tiempo por el que fue acusado es desde el año 2003 al 2010, es decir, que por lo

menos estuvo tres años viviendo en el lugar y cometer los abusos.

En cuanto a la valoración parcializada de la prueba que la Defensa adjudica a los jueces del debate, afirma que el Tribunal meritúo con todo rigor las pruebas ofrecidas por ambas partes conforme a los dictados de la lógica, la experiencia y el sentido común, concluyendo en un veredicto justo y fundado.

Respecto del examen médico concretado por el Dr. M., señaló que fue éste quien manifestó no haber hecho un estudio profundo por entender que las menores no podían ser revictimizadas, por lo que correspondía la intervención del Cuerpo Médico Forense.

En relación a la pena que se cuestiona, sostuvo que la misma es justa y equitativa, considerando para ello el examen psicológico y las testimoniales de las Licienciadas F. y C., quienes determinaron que las menores se encontraban afectadas luego de los hechos, temor hacia las personas mayores y necesidad de tratamiento psicológico, no sólo respecto de los hechos de abuso sino también en razón de los malos tratos recibidos durante muchos años y que determinaron que las menores actualmente se encuentra dadas en guarda y bajo tratamiento psicológico, siendo todo ello, el motivo del elevado monto que se le aplicó. Por todo, ello solicitó que se rechace la impugnación, confirmándose íntegramente la sentencia.

El Defensor aclaró en orden al período de temporal adjudicado por la Fiscalía (2003/2010), que el efectivamente considerado resultó ser el abarcado hasta el año 2008, atento que la propia menor G. Y. declaró que los abusos ocurrieron desde los cinco años de edad hasta los diez, por cuanto la denuncia se realizó en el transcurso del año 2010, cuando la nombrada contaba con doce años de edad; y que el período establecido

coincide con la ausencia de su asistido en el domicilio que se le adjudica.

Efectuada la reseña del caso y previo a adentrarme específicamente en cada uno de los ataques formulados por el representante técnico, aclararé al profesional actuante que el fallo en crisis fue dictado por un Tribunal con asiento en la ciudad de Trelew, ello con el objeto de ubicarnos con precisión en el ámbito en que este pronunciamiento se originara. Hecha esta salvedad, también cabe otra en cuanto a que no se observa en el escrito impugnativo una prelación que determine con claridad la línea argumental de los reclamos pretendidos y además es innecesariamente repetitivo. No obstante ello, principiaré el tratamiento de lo que considero ha sido la pretensión del representante técnico, tratando de merituar las quejas conforme a los antecedentes más arriba enunciados.

En ese sentido, entonces, respecto de la nulidad del alegato de apertura por no haber sido establecida la calificación jurídica de los hechos enrostrados al imputado, debo adelantar que dicha pretensión no tendrá acogida favorable por no corresponder este remedio peticionado.

A tal efecto, invocaré el criterio que adoptara sobre esta temática en la sentencia nro.02/12, del 16/02/12 de este Tribunal, en la carpeta caratulada "A., C. D. s/denuncia en rep. hija menor abuso sexual-Trelew".

La acusación fue presentada en tiempo y forma, de acuerdo a lo previsto en el art. 291 del C.P.P., describiéndose allí la conducta atribuida al imputado. Esta fue tratada y admitida en la audiencia preliminar, autorizándose el debate. Se presentó el caso al inicio

del juicio de acuerdo a lo establecido por el art. 320 4to,. párr. del C.P.P.- Conforme las constancias existentes en el pronunciamiento puesto en crisis, ello importó no solo una narración histórica, sino una herramienta metodológica para construir, recolectar y exponer una posición estratégica frente a los hechos materia de proceso. En la acusación se fijó la base fáctica, jurídica y probatoria que permitió a la contraparte el conocimiento acabado del hecho atribuido y de los medios de prueba, para la debida información del imputado. En la presentación del caso, la fiscalía concreta una somera descripción de los hechos y la conducta adjudicada al quejoso.

Como surge de la propia acusación allí se han establecido tanto los parámetros fácticos como los jurídicos en los que se incluyera el accionar reprochado al condenado, cuestión ésta que surge a través de todo el proceso investigativo, es decir desde el inicio mismo de la causa, adquiriendo adecuado conocimiento el afectado. Atento a ello, debe excluirse de cuajo el factor sorpresa en el que se habría encontrado su representado. Cabe adunar que la expresión de la plataforma fáctica hecha por la fiscalía al momento de iniciarse el debate ha sido correcta y la no introducción de la calificación jurídica no resulta conculcatoria de las garantías de la defensa en juicio, como lo sostiene el impugnante, pues esta exposición, va de suyo, que se complementa, siendo una síntesis de la acusación formalmente introducida a la causa.

Según lo expresado anteriormente, cabe rechazar el planteo nulificante interpuesto por el Sr. Defensor, pasando inmediatamente a la evaluación de la segunda de las cuestiones que ataca la decisión jurisdiccional.

El imputado niega cualquier tipo de participación en el hecho enrostrado, haciendo una narración que

resalta la conflictividad familiar de la misma. El declarante manifiesta ciertas cuestiones en cuanto a la crianza de los niños y que a raíz de ello habrían surgido algunos resentimientos por parte de la denunciante, es decir, su hermana I. G. M. Que la mencionada en último término, siempre en relación a la presunta causa de la problemática, le habría pedido al deponente que sacara a las hijas del cuidado de su abuela A., no haciendo caso el dicente. Según criterio del imputado debido a esta cuestión es que su hermana I. G. les hizo decir cosas a sus hijas. En el curso de la audiencia agrega que todo es falso y que estas dificultades se suscitaron porque su madre A. L. no quería visitar a la denunciante en Puerto Madryn. Amén de ello, aduna que sus hijas involucradas en la causa no convivían con él en las fechas comprendidas en la investigación.

En síntesis, la defensa material esgrimida por el acusado consiste en adjudicar a su hermana I. G. un encono en razón de que su madre biológica –A. L.- no iba a visitarla, por encontrarse abocada a la crianza de las hijas del condenado y que, en razón de ello, la denunciante habría encaminado y alentado a las menores para que dijeran cosas en contra de él.

Teniendo en cuenta el descargo realizado por el condenado, es dable observar que este argumento tiene muy poco recorrido, pues la prueba que fuera escogida y valorada ya por los magistrados de mérito demuestran fehacientemente todo lo contrario. Primero cabe mencionar, como lo sostienen la mayoría de los especialistas en estos temas, en los que menores resultan víctimas de abusos sexuales, entre ellos la Dra. Hilda Marchiori ("Victimología", Cuaderno 13, Centro de Asistencia a la Victima del Delito-Córdoba-

Año 1995-pág.29 y ss.), los ejecutores de este tipo de actos lascivos, argumentan generalmente que todo esto es parte de un complot, de fabulación, de preparación de la víctima en contra de ellos. La prueba acumulada se encarga de desvirtuar en forma contundente la pretendida línea defensiva utilizada por el imputado.

En primer lugar debo recurrir a la declaración testimonial de I. G. M., hermana del encartado, quien en un amplio interrogatorio al que fuera sometida en la audiencia, pese a haberse apartado en algunos tramos sobre cuestiones propias al hecho investigado, entiendo que brinda una satisfactoria explicación del modo y circunstancias en que la deponente toma conocimiento de lo que sus sobrinas, tanto M. I. como G. Y., estaban viviendo.

La testigo sostuvo que estando conversando en su domicilio con F. C., concubina de su sobrino R. M., alias "T." y encontrándose presente su sobrina M. I., sobre problemas de pareja, ésta posiblemente haya pensado que estaban hablando de ella, razón por la cual se puso a llorar, tratando la dicente de conocer los motivos que la llevaron a ese estado, siendo allí cuando se anoticia que el papá abusaba de la menor y de su hermana G. Y. Por ese motivo la deponente viaja a Gaiman, habla con el papá de la menor y le exige que le entregue a Y., logrando su cometido, previo acordar que no haría la denuncia. Que ante el temor de que se llevaran las nenas, realiza la denuncia, y decide hacerlas ver con un médico y poder verificar si les había sucedido algo. Que ella siempre las acompañó.

En una amplia declaración que incluso excede el marco de la investigación, la testigo informa al Tribunal las graves vicisitudes en las que se desenvolvía la vida y relación familiar involucrando a algunos de los integrantes en abusos sexuales respecto a otros miembros de la familia. Dice que el imputado

abusó de ella, cuando contaba con alrededor de cinco años, refiriéndose también a otras situaciones similares con otras personas del núcleo familiar, y por ello es que, decidida a evitar la repetición de este tipo de acontecimientos, es que ella interviene tratando de llevar a cabo su objetivo.

Destaca la conversación mantenida con su sobrina I., sin poder brindar demasiadas precisiones temporales, tal como exigía la Defensa, si hizo antes la denuncia o después de que fueran revisadas por el pediatra Dr. M. de Puerto Madryn. Pero si se constató que debido al relato realizado por I., su padre las llevaba, tanto a ella como a su hermana Y. a la cama y las ponía adelante o atrás con las dos colas, lastimándolas. Que ante ello y debido a toda esa experiencia triste que ella misma había vivido, no quiere seguir indagando, surgiendo luego la intervención en primer término de un médico pediatra y luego la de un médico forense y la cámara Gesell.

Esta narración de la testigo guarda cierto correlato con la declaración prestada por F. C. Apontoca la reunión que mantuviera en Puerto Madryn por problemas con su pareja en la casa de I. G. M. Confirma que en esa visita, que surgió como necesidad de la declarante para ser escuchada y recibir un consejo, estaba presente la menor M. I., sobrina de la dueña de casa, que retorcía un muñeco. Que ella había concurrido a esa casa para contar su problema a I. Que mientras ella se desahogaba, la nena se larga a llorar. Que como M. I. estaba llorando, entonces G. se va con la niña, pudiendo luego ver la cara de pánico de la menor, que estaba muy mal. Recuerda que esa noche, antes de dormirse estuvo llorando y pudo escuchar que la menor también lloraba en la habitación.

La versión de la testigo C. no hace más que confirmar su visita a G. M. y que en el lugar se encontraba la menor M. I., la que al escuchar el relato de la problemática de pareja por la que transitaba la dicente, se puso a llorar. Acto seguido, G. M., tratando de averiguar las razones por las que la menor llorara, se percata del drama que estaba viviendo tanto ella como su hermana Y., es decir, que de esa conversación surgió que el imputado había cometido actos lascivos en contra de sus hijas biológicas. Este anoticiamiento lleva posteriormente a que G. M. vaya a Gaiman al día siguiente y se llevara a Y. con ella, de lo que también brinda testimonio F. C., cerrando entonces el círculo de coincidencias respecto a la declaración de ambas testigos.

Llevada por los acontecimientos que surgen a través de los relatos de las menores, G. M. consulta a un pediatra, en este caso el Dr. M., para que las revise. Sobre este tópico, si la denuncia, como consta, se hizo antes, la testigo explica que fue así para evitar que los parientes de Gaiman fueran a sacarle a las menores. Hay algunas imprecisiones al respecto, tales como si llevó o no a la consulta con el médico a las menores porque le sangraba la nariz, cuestión ésta que fuera observada por la Defensa. Estas vacilaciones de modo alguno colocan la conducta de la testigo G. M. en una situación de inverosimilitud de sus dichos, pues ella, habiendo tomado conocimiento, procura establecer si los hechos ocurrieron y en qué estado se encontraban sus sobrinas. En esa inquietud, tratando de evitar que los parientes las retiraran de su domicilio, trató de que sean revisadas por el médico y así poder establecer qué correspondencia había entre esos dichos y la realidad.

Otro punto que opone la Defensa es que el develamiento de los hechos no se condice con la denuncia. Tampoco esto surge como cuestión esencial,

porque si bien no hay exactitudes temporales, ello es una lógica consecuencia de la percepción de cada uno de los testigos, pero lo más importante es que el relato del acontecimiento y la actividad posterior llevada a cabo a fin de poder verificar o constatar su existencia, demostró que efectivamente se probó la concreción del sometimiento sexual de G. Y.

También el Defensor pone en tela de juicio la presunta actitud asumida por el médico pediatra Dr. M., acerca de que si G. M. tenía que hacer o no la denuncia, ni el tiempo transcurrido para hacer la misma. Entiendo que estas cuestiones ya fueron explicadas anteriormente por la testigo, y receptadas por el suscripto, en cuanto a la falta de precisión y el tiempo que, luego del anoticiamiento de los hechos, transcurriera para realizar la presentación. Esta última surge como consecuencia de la decisión de que los parientes intentaron llevarse las menores de nuevo a Gaiman.

En cuanto al modo de suceder los hechos que afectaron a la menor G. Y., necesariamente debemos recurrir en primer término a la declaración que realizara en la cámara Gesell. Allí surge en forma clara y descarnada, el accionar del imputado. Delimita las acciones ejecutadas en su humanidad, las veces que ocurrieron y el tiempo en que éstas acaecieron. En cuanto al número de intervenciones sexuales adjudicadas a su padre, habla de tres oportunidades y que éstas se materializaron entre los cinco y los diez años de edad, indicando que el imputado penetró con su miembro sexual su cola de adelante. He de aclarar que la menor también involucra en sus dichos a su primo F., alias el C., quien le habría introducido el "pito en el culo", "por donde ella hacía caca" y que esto pasó una sola vez.

Así también la menor desecha toda intervención de otros sujetos en ese tipo de actividades. Considero suficientemente claras las manifestaciones de Y. en cuanto designa con precisión a cada uno de los sujetos que cometieron los execrables actos impúdicos en su humanidad, señalando el accionar que le cupo a cada uno de ellos, indicando que por la zona anal fue F. quien introdujo su pene y por la zona vaginal, con la misma mecánica, su padre biológico, haciéndolo este último en tres oportunidades distintas, cuando ella contaba entre los cinco y diez años de edad. Esta situación es inconmovible, la que se ve consolidada, a los efectos de su credibilidad, por la actividad desplegada por la Dra. S. M. M., quien fuera designada perito médico, que examinara a la víctima mediante la utilización de colposcopio en posición supina y genupectoral, observando un himen anular con desgarro cicatrizado que llega hasta la base en hora siete. Así también esfínter anal tónico, con pérdida de pliegues en hora 12. De por sí, este cuadro lesivo comprobado por la experta no hace más que confirmar la narración efectuada por la víctima, en cuanto a la introducción que dijo haber sido objeto en cada una de las cavidades mencionadas que se compatibiliza con la penetración con órgano sexual masculino.

Estimo menester realizar algunas apreciaciones respecto a la prueba pericial y la función que cumple el experto, que no es otra que auxiliar al magistrado en razón del conocimiento que posee en la materia a estudiar, debido a su profesión, arte u oficio, con el objeto de ofrecer un panorama que ilustre al magistrado sobre los temas que le fueran requeridos.

El perito no es un testigo propiamente dicho, no forma parte del hecho investigado y su apreciación es sobre cuestiones externas e interviene en el caso debido a una designación realizada por el juez. Los

testigos, en cambio, surgen debido a circunstancias fortuitas como, por ejemplo, haber presenciado un hecho determinado. El testigo relata lo que dice haber percibido a través de sus sentidos, en cambio el perito analiza –conforme su entrenamiento- hechos que conoce a raíz del proceso. Los magistrados debemos valorar la actividad pericial de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Si bien los dictámenes periciales de modo alguno son vinculantes, no por ello, dada la especialidad de quien vierte la opinión requerida, debe subestimarse esta información, ni dejarla de lado sin tener los fundamentos académicos para rebatirla, pues de lo contrario entraríamos en un campo de apreciación arbitraria y antojadiza de la prueba.

Hechas estas consideraciones en cuanto a la relevancia del rol que cumple un perito que, como en este caso, lo encuentro debidamente fundado conforme lo prevé el art. 201 del C.P.P., entiendo que de ningún modo este resultado contradice las manifestaciones expresadas por el Dr. M., quien, en una amplia declaración prestada ante el Tribunal de juicio, reconoce haber examinado a las menores M. I. y G. Y., en su calidad de médico pediatra, admitiendo que no era experto en cuestiones de abuso y que pertenecía a la generación de profesionales que ha tenido que aprender esto. Que no observó en los genitales de la menor G. Y. excoriaciones o lesiones a simple vista. Que el himen se presenta complaciente, con bordes rugosos y exudado blanquecino. Tampoco se ha establecido que para realizar estas comprobaciones el profesional utilizara algún tipo de instrumento que lo haya auxiliado para profundizar las mismas. Esta circunstancia hace que determine la validez inconmovible de la pericia practicada por la Dra. M., quien demostrara que llevó a

cabo el estudio en forma apropiada, brindando las razones de sus conclusiones.

Otro elemento a tener en cuenta es el psicodiagnóstico sobre la menor víctima, llevado a cabo por la Lic. P. F., explicando que G. Y. M., quien al tiempo de la experticia contaba con 12 años de edad, poseía un relato coherente, ubicándose en tiempo y espacio, siendo compatible desde el punto de vista clínico para ser evaluado como creíble. No encontró la profesional signos patológicos de mentira en sus dichos y que ésta ostenta un juicio de realidad conservado. La víctima presenta indicadores psicológicos de orden traumático que impactaron de manera desadaptativa en el desarrollo de su personalidad. Que registra un alto temor a la mayor parte de los adultos de su entorno, sensación de desprotección permanente, mostrando huellas de abuso en el contexto de una serie de conductas agresivas de las que fuera víctima desde temprana edad.

A mayor abundamiento, es menester tener en cuenta la pretendida eximición de responsabilidad que persigue el acusado cuando introduce como argumento que su hija G. Y. no convivía con el dicente al tiempo en que fueran ubicadas las tres situaciones de abuso, esto es entre los cinco y los diez años de edad de la menor. Al respecto, si bien se ha probado que el condenado ha vivido en distintos lugares y con distintas personas, tal el caso hasta los cinco años de edad de Y., con H. S., madre biológica y posteriormente con F. B. Debo recordar que Y. referenció que cuando ocurrió el primero de los hechos investigados, fue cuando su madre (H. S.) se había ido de la casa. Así también señaló la menor que los hechos posteriores se cometieron cuando se había ido F. B., cuando ella estaba sola con su hermanita.

Esta situación de la ubicación del domicilio que tenía el imputado cuando convivía con la B., de modo alguno modifica la plataforma fáctica de la imputación, pues es indudable la permanente concurrencia a la casa de su madre, donde se encontraban sus hijas biológicas, más aún cuando ya en el 2008 adquiere la vivienda perteneciente a su hermano H., predio que se encuentra ubicado a escasos metros de la vivienda de su madre A. L.

Esta defensa es endeble y no resiste mínimamente un análisis serio de credibilidad, por lo que no será acogido a su favor.

Encuentro, conforme las pruebas evaluadas por los jueces de mérito, que esta actividad se cumplimentó dentro de los parámetros estatuidos por el art. 25 del Código Procesal Penal, y que las conclusiones arribadas no fueron fruto de autoritarismo, ni tampoco antojadizas, sino que por el contrario la decisión de los magistrados fue fundada, razonada y lógica.

Que conforme a lo vertido anteriormente, cabe rechazar la impugnación sostenida por la Defensa y, en consecuencia, confirmar esta parte del pronunciamiento en crisis, es decir, las conclusiones que adjudican a J. O. M. la autoría material y responsable del delito de Abuso Sexual con acceso carnal agravado por el vínculo en la modalidad del delito continuado en perjuicio de su hija G. Y. M. (arts. 119 párrafos 3° y 4°, inc. "b" y 55 *contrario sensu* del Código Penal).

Acto seguido me avocaré respecto de la última de las cuestiones planteadas por el Defensor, en referencia a la pena impuesta -esto de manera subsidiaria, en caso de no hacerse lugar a la absolución-. Destaco que sobre este punto el Defensor sostiene que se ha hecho una doble valoración de los elementos que componen el tipo,

tal como la extensión del daño causado, para fijar una pena notoriamente excesiva, requiriendo, en consecuencia, se aplique el mínimo en razón de que su representado no posee antecedentes delictuales.

He sostenido en otros pronunciamientos respecto a esta temática, que el abuso sexual es una forma de maltrato, constituyéndose en uno de los más repudiados hechos por el cual una persona adulta libera su carga sexual en contra de un infante, quien no está preparado para ello, provocando una huella seguramente imborrable para el resto de su vida. Es un hecho violento que conmueve para siempre el espíritu del niño.

Ese daño producido a raíz de la conducta del condenado fue debidamente merituado por los jueces del pronunciamiento atacado, y también comprobado por la psicóloga P. F. Esta merituación no incurrió en la prohibición de doble valoración de circunstancias agravantes, pues surge que al analizarse las pautas fijadas en los arts. 40 y 41 del Código Penal, para la ponderación de la pena, se tuvo en cuenta el entorno del cual se aprovechara el encartado para llevar a cabo su designio.

"Respecto de la prohibición de la doble valoración, cuadra destacar que no debe confundirse duplicar la misma circunstancia ponderada ya por el legislador, con la consideración de la modalidad comisiva en el caso concreto. En esa dirección, el recurrente rechaza que se pondere la forma abusiva de comisión... valiéndose de la indefensión de la menor, tal circunstancia no lesiona la prohibición de doble valoración pues si bien la figura prevista por el legislador contempla el ataque a menores de trece años de edad, dentro de la escala penal prevista legalmente, es razonable valorar paralelamente la escasa edad de la víctima... que evidencia la excesiva vulnerabilidad de la niña y su nula madurez física y psíquica para una vida sexual

normal. Si bien el legislador ha considerado dentro de la estructura del tipo penal la duración o circunstancias de realización del abuso de una menor, en el caso bajo examen la escasa edad de la nena constituye un dato que no puede dejar de merituarse, pues trasluce la magnitud del injusto cometido y la mayor peligrosidad del autor, frente a una víctima extremadamente indefensa y desamparada" (Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, *in re* "Mazzieri, Omar p.s.a. abuso sexual agravado-recurso de casación", Expte. "M" nro.37/2006, sentencia de fecha 10/11/08, voto de la Ministra Aída Tarditti).

No obstante lo asentado precedentemente y, teniendo en cuenta el planteo de la Defensa en referencia al *quantum* punitivo de catorce años que le impusieran al condenado, entiendo, atento los antecedentes del caso, que el mismo es excesivo, por lo que corresponde hacer lugar parcialmente al requerimiento del representante técnico. Si bien he de hacer lugar a la modificación del monto, cabe dejar asentado que tampoco corresponde aplicar el mínimo previsto en el tipo, como lo requiere el Defensor, pues para ello se han analizado y evaluado el daño y el perjuicio ocasionados a la menor, por lo que va de suyo entonces que encuentro debidamente justificado y procedente, imponer una pena de diez años de prisión.

Por todo lo expuesto, cabe hacer lugar parcialmente a la impugnación en cuanto a la modificación de la pena impuesta, por lo que en consideración a ello resta fijar los honorarios de la Defensa, teniendo en consideración la labor desarrollada, en la suma de veinticuatro (24) JUS, con cargo al imputado (5,6 *bis*, 7, 13 y 44 Ley XIII-4, antes Decreto Ley 2200).

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. Sintetizados los antecedentes del caso en el voto que lidera el acuerdo, he de analizar los fundamentos del recurso deducido contra la sentencia de condena.

2. Comienza su crítica el recurrente reeditando un planteo de nulidad que fuera propuesto a los Jueces del Tribunal A-quo. El vicio se habría configurado –explica- a partir de la omisión de la Fiscalía de calificar jurídicamente los hechos en el alegato de apertura o presentación del caso, al comienzo del debate.

Reitera en el recurso que ese defecto le ha impedido a su parte conocer, durante todo el debate, cuál era el encuadramiento legal que daba a los hechos el MPF, situación que ha afectado el derecho de defensa en juicio del imputado en el proceso.

Asimismo, el impugnante cuestiona los argumentos dados por los Jueces para rechazar el planteo de nulidad, indicando que si bien su parte tuvo posibilidad de conocer, al tiempo de formularse la acusación, el significado jurídico que la parte acusadora había dado a los hechos en la acusación, tal calificación legal es pasible de ser modificada por la Fiscalía al momento de comenzar el debate.

La crítica ensayada nuevamente en esta instancia, según entiendo, no hace mella en los sólidos argumentos dados por los Sentenciantes al fundamentar el rechazo del planteo nulificante.

Con precisión el primer votante de la sentencia en crisis –Dr. Monti-, acierta en señalar que si bien existió la omisión denunciada, en modo alguno puede afirmarse que produzca la consecuencia que pretende la Defensa.

En primer término porque el propio texto de la ley (art. 320 *in fine* CPP) establece que al comienzo del debate los acusadores deben explicar sus pretensiones y

señalar con precisión *el o los hechos por los que acusan.* Esta intervención –que reemplaza la lectura de la acusación prevista en el código anterior- está dirigida, básicamente, a hacer pública la plataforma fáctica que será materia de debate, es decir, el "hecho de la vida" que ha de juzgarse.

Es verdad que resulta de buena práctica brindar la justificación legal de las pretensiones en ese relato inicial, pero no menos cierto es que en los casos en que la Fiscalía no modifique (art. 322 CPP) las conclusiones fácticas o jurídicas contenidas en la acusación, esta última pieza procesal es la que fija el *objeto* del juicio y cumple, justamente, la función de hacer conocer al imputado –y a su defensa técnica- todo aquello que incumbe a sus posibilidades de defensa en el juicio.

Es verdad que resulta muy difícil definir los *hechos* de una imputación penal si se prescinde de la valoración jurídica que se les da, pero no menos cierto es que en el caso la Fiscalía persiste al comenzar el debate en relatar hechos idénticos a los descriptos en la acusación. Por ello entiendo correcto el argumento de considerar implícita, al formular igual relato fáctico, la referencia a la calificación legal contenida en aquella pieza procesal.

Si bien en autos dicha base se vio constreñida al comenzar el debate pues, como explica el Fiscal en el inicio, la situación procesal de uno de los coimputados fue resuelta en un juicio abreviado, la parte acusadora mantiene la imputación formulada contra el acusado J. O. M., haciendo un relato de los mismos hechos a él atribuidos en la pieza acusatoria.

Entiendo pues, en sintonía con lo decidido en el fallo recurrido, que la Defensa ha tenido la

posibilidad cierta de contradecir la acusación, tanto en su aspecto material como legal, habiendo estado a su alcance resistir o refutar todos los elementos que integran la ponderación fáctica y jurídica de la imputación fiscal.

Siendo ello así el planteo debe rechazarse, toda vez que la irregularidad denunciada no ha afectado el derecho de defensa en juicio del acusado y, por ende, no existe perjuicio alguno a reparar (art. 161 CPP *a contrario*).

3. Cabe ingresar, pues, al planteo de fondo. Se agravia la Defensa al señalar que la sentencia parte de una premisa falsa, cual es la de considerar que durante la época en que se ubican las tres situaciones de abuso la niña Y. G. convivía con el acusado. Sin embargo, afirma, en el debate se demostró que en ese período, esto es, entre los cinco y diez años de vida de la niña, ésta no vivía con el padre.

No obstante la vastedad temporal de ubicación de los hechos atribuidos a M. (años 2003 a 2009), considero que los argumentos que brinda el acusado en el punto no resultan consistentes. Por un lado la niña Y., y también su hermana M. I., han dado cuenta de una situación peculiar y muy variable en cuanto a las condiciones familiares de convivencia; de hecho en ocasiones la niña habla de la casa de él –por el acusado- y a renglón seguido menciona la de su abuela, como si fuera la misma casa. Ello se corresponde con la proximidad de las viviendas, como bien puede apreciarse en las fotografías incorporadas como prueba.

Pero, además, la referida inestabilidad respecto de los lugares de convivencia familiar también surge, de uno u otro modo, de los restantes testimonios brindados en el debate.

La niña G. Y. refiere que el primer episodio de abuso ocurre cuando se va su mamá (H. S.) de la casa en

que vivían, ubicada en el mismo terreno de la vivienda de su abuela, A. L. Indica la niña que con posterioridad el acusado hace pareja con F. B. En ese contexto, si bien no se ha determinado con precisión el lugar de ocurrencia de las otras dos situaciones abusivas, si ha quedado claro, según entiendo, que éstas se producen en circunstancias en que M. se hallaba "separado" de su concubina.

Textualmente la niña refiere un primer abuso, al decir "cuando se fue mi mamá, me hizo una vez", agregando "después cuando se fue la F., y después cuando estaba yo sola, con la C., mi hermanita".

Por su parte el testigo R. ("T.") M. dijo vivir en el mismo terreno que el acusado, primero a unos cuatro metros y luego a unos 15 metros. Y si bien afirma que M. y F. B. estuvieron "mucho tiempo viviendo juntos... estaban todo el tiempo separándose, denuncia tras denuncia, pues F. lo denunciaba, según lo que se decía ahí, por maltrato".

El hecho de que el acusado haya vivido con B. en el barrio ** v*, casa N° **, de Gaiman, no implica descartar los testimonios que dan cuenta de sus intermitentes idas y venidas de ese domicilio, discontinuidad que cesa en el 2008, época en la que M. vuelve a vivir en el predio en el que se domicilia su madre.

Lo anterior me persuade de la endebles que presenta el descargo que ha hecho el acusado, particularmente cuando se lo confronta con la restante prueba incriminatoria valorada en la sentencia en crisis, básicamente con el coincidente relato de sus dos hijas menores, G. Y. y M. I., como analizaré, e independientemente de la suerte corrida respecto de la

imputación contra esta última, desestimada por otros motivos que en nada empañan su testimonio-.

4. El segundo agravio del impugnante está dirigido a cuestionar la fiabilidad del testimonio de la denunciante, G. I. M., tía de la menor G. Y.

Sin embargo, también en este aspecto he de coincidir con la valoración que hace el Tribunal del mérito respecto de la credibilidad del testimonio de la nombrada. Es cierto, como lo señala el impugnante, que en el curso de su declaración la testigo –hermana del acusado- incurre en ciertas confusiones y, en algún punto, hasta puede parecer contradictoria. Pero considero que sólo un análisis superficial de esos defectos permiten interpretarlos como producto de una malintencionada mendacidad. Al analizar detenidamente sus dichos se advierte, más bien, que la confusión en la que incurre se debe, por un lado, a una inadecuada técnica de interrogatorio, en particular en el contraexamen, con reiteración de preguntas sobre aspectos que la testigo ya había contestado o interrogantes que parecen desconocer situaciones ya aclaradas por ella. Pero, además, cabe tener en cuenta el delicado estado emocional que padecía la declarante, referido no sólo por la propia testigo sino también por la psicóloga forense, Lic. P. F., en su declaración en el debate.

No obstante, más allá de la mínima incidencia probatoria que han tenido sus dichos en la solución del caso –como bien lo hace notar el Juez Barrios en su voto-, no encuentro en la testigo ningún indicador objetivo de mendacidad, como tampoco ningún indicador que denote la intencionalidad de atribuir falsamente responsabilidad penal al imputado. La circunstancia de que refiera haber sido abusada por su hermano -el acusado- cuando éste tenía aproximadamente unos once años –y la denunciante cinco o seis- no implica *per se*

la configuración de un móvil espurio en su decisión de denunciar los hechos investigados. Antes bien, aparece como comprensible que quien ha padecido situaciones de abuso sexual infantil, al llegar a la adultez tenga una actitud más proactiva que otras personas frente a situaciones semejantes. Máxime cuando tales episodios actuales involucran a niñas de la propia familia.

Considero, contrariamente a lo afirmado por el recurrente, que los dichos de la denunciante guardan coherencia interna, más allá de los defectos apuntados. Se trata de un relato inestructurado, que va y viene en las referencias a un sinnúmero de detalles, tanto específicos como inespecíficos o periféricos. Más allá de incardinar las acciones que narra ubicándolas en tiempo y espacio, ciertas disgresiones temporales sirven, en mi opinión, para apuntalar su credibilidad.

Es sabido que las diferencias menores, o la falta de coincidencia absoluta en las declaraciones de los testigos, no son circunstancias que debiliten *per se* la fiabilidad de los testimonios; pueden, por el contrario, reforzar la idea de sinceridad en la confianza de que no existió acuerdo previo en la versión que brindan.

Asimismo encuentro coherencia externa en el relato de la denunciante. Así, aporta a su credibilidad, lo narrado respecto al momento del develamiento de la niña M. I., la testigo F. C. La nombrada es coincidente en cuanto a las circunstancias que rodearon ese episodio, pues si bien no escuchó a la menor, pudo observar que mientras ella hablaba con G. I. sobre un problema que había tenido con su marido –R. ("T." M.)–, la nena "la mira y se larga a llorar". Luego ve a la menor con cara de angustia y de pánico, y la vuelve a ver llorando a la noche. Agrega que al día siguiente se entera que la

niña le había contado a la denunciante que “el padre la manoseaba o no sé qué”.

Reafirma esos dichos el testigo R. M. El nombrado, sobrino de G. I. y c. de F. C., dice haber tomado conocimiento de que su mujer viajó a Madryn y allí, en el marco de una conversación entre las mujeres, la menor escucha hablar sobre un “abuso” y cree que están hablando de ella. Textualmente refiere el testigo que la niña “confunde como que están hablando de ella y ahí es cuando ella mal entiende las cosas, se larga a llorar, no quiere volver a Gaiman y fue cuando empezó todo”.

5. Los Magistrados del mérito han coincidido en afirmar, en lo que considero uno de los aspectos medulares de la decisión, la credibilidad del testimonio de la menor G. Y. M., prestado bajo la modalidad de cámara gesell.

La atribución contra el acusado se funda, básicamente, en ese relato, a pesar de no ser la niña quien produce el develamiento, sino su hermana menor M. I. Esta última –como vimos- le refiere a la denunciante que el acusado abusaba de ella y que “a su hermana (G. Y.) le hacía lo mismo”.

Considero que las consideraciones que contiene el fallo de condena en este punto resultan correctas. El relato de la menor resulta un elemento probatorio sustancial en el caso.

En este sentido la doctrina enseña que la validez del testimonio y su credibilidad están condicionados a la ausencia de razones objetivas que pongan en duda o permitan invalidar sus afirmaciones. En el caso, la verosimilitud viene dada por la coherencia interna y externa del relato, así como por su corroboración por datos periféricos de carácter objetivo, como analizaré.

Es sabido que en este tipo de ilícitos frecuentemente los dichos de la presunta víctima

configuran la única prueba directa de los hechos. En tales supuestos debe reconstruirse la verdad de lo ocurrido, si acaso ello fuera posible, a partir de la dilucidación del "relato original" de la persona damnificada. Una vez obtenidos esos dichos y valorados a través de los métodos más confiables para analizar su credibilidad, cabe cotejarlo con la prueba objetiva, la evidencia científica y las demás constancias probatorias de la causa. Este es el mecanismo que se ha verificado en autos, en que el relato de la niña, pese a la ausencia de abundantes detalles y a ciertas imprecisiones temporales, correlacionado con las conclusiones de la pericia médica, resultan dirimentes de la atribución de responsabilidad penal al acusado.

Como los jueces del mérito, no advierto signos de mendacidad ni de inducción en el relato de la niña G. Y. Estas notas tipificantes configuran un marco en la tarea de valoración de la prueba, frente a las que sólo subsiste, al decir de Gorphe, un consejo de prudencia cuando es la única prueba de cargo directa contra el acusado.

El análisis del testimonio de la menor muestra una narración inestructurada, no esquemática, con disgresiones temporales y falta de precisión mnésica (de su memoria). El relato brinda numerosos detalles periféricos, a pesar de que no es minucioso en la narración de las experiencias intrusivas, aunque –justo es señalarlo- no fue inquirida más profundamente al respecto.

La reproducción textual que contiene el fallo, que he cotejado exhaustivamente, dan cuenta de que la niña ubica los hechos de abuso dentro de un engranaje contextual en el que se ubican referencias témporo

espaciales también narradas por su hermana, M. I., y corroboradas por los restantes testimonios.

En ese marco, considero de alta relevancia el dato que de modo espontáneo brinda Y. en su declaración, al decir que en esas ocasiones el acusado estaba "borracho" y le decía "F.". La mención de este detalle, tanto por ser un pormenor inusual o peculiar como por referirse a un estado particular del autor, debe ponderarse como un doble indicador de credibilidad y, además, vinculado directamente a una situación de abuso sexual.

También incluye su relato, como otro indicador de credibilidad, la reproducción de conversaciones y la réplica textual de su interlocutor, como cuando afirma "le dije a la abuela que mi papá me tocaba, porque lo otro no me animaba y dijo que era *atrevido* y que lo deje nomás, y le contó a la tía". La referencia de la niña a esa palabra, que he resaltado en cursiva, muy difícilmente pueda haber sido imaginada o fantaseada; primero por ser un término que no parece propio del discurso infantil pero, además, porque a pesar de su alta significación en el contexto narrado, es introducida de manera espontánea por la niña.

6. Para el análisis de los dichos de la niña G. Y. los Magistrados han dado relevancia, también, a las explicaciones brindadas por la Psicóloga Forense, Lic. P. F., en el debate. Considero acertado hacerlo, pues en el caso, como ocurre en la mayoría de los delitos de índole sexual, la reconstrucción de lo ocurrido depende –casi exclusivamente- de los dichos de quien aparece como víctima. Por esa razón el análisis de las características objetivas que presente la declaración debe ser objeto del más exhaustivo escrutinio y, en esa tarea, el conocimiento experto en psicología del testimonio constituye una excelente guía; fundamentalmente cuando, como en el caso, se cuenta con

una opinión profesional destacable en cuanto a su rigurosidad científica.

No se trata, aclaro, de reemplazar con el informe profesional la valoración del testimonio, pues ésta última es una tarea más vasta y compleja, que se halla –inexcusablemente- en cabeza de los jueces. Son ellos quienes deben cotejar esos dichos, rigurosamente analizados, con el restante material probatorio a fin de determinar si encuentran o no anclaje objetivo en dicho marco.

Se trata, en cambio, de analizar el relato de mayor potencia incriminatoria en la causa a partir de los métodos más avanzados en materia de psicología del testimonio y que emplean la noción de "indicadores" de credibilidad (el SVA -Evaluación de Validez de las Declaraciones-, o el CBCA -Análisis del contenido de la declaración basado en criterios-). Cabe observar, además, que la profesional ha examinado las características de personalidad de la testigo mediante la aplicación de numerosas pruebas diagnósticas, propias de la Psicología.

Coincido con la valoración que en el punto ha efectuado la psicóloga forense, Lic. F., en cuanto a que se trata de un relato que contiene –como he señalado más arriba- indicadores suficientes como para tenerlo por verosímil. La profesional sostiene en el debate que el "relato" de la niña es un síntoma específico del abuso sexual infantil y que, desde el punto de vista de su estructura formal, puede ser considerado clínicamente creíble. Sostiene que si bien entendió necesario analizar la capacidad cognitiva de la niña, los estudios demostraron que se halla dentro de parámetros de normalidad, habiendo descartado,

además, la existencia de alteraciones sensoperceptivas u otras patologías psiquiátricas.

Relevante resulta, entiendo, la conclusión que agrega la Lic. F. al decir que las niñas no discriminaban entre situaciones de abuso y de maltrato, sino que referían al primero como una forma más de los maltratos sufridos, lo cual agrega una cuota aún mayor, si cabe, de confiabilidad en sus relatos. Por último, también es importante destacar que, habiendo mantenido entrevistas también con la denunciante, espontáneamente refiere en el debate que, en su opinión, "el relato no estuvo influenciado por esta tía".

7. Asimismo, el fallo pondera que alrededor de los dichos de la niña G. Y. orbitan las declaraciones, también correctamente valoradas por los Sentenciantes, de G. I. M., F. C. y R. ("T.") M. Y dije "orbitan" pues si bien ninguno de ellos aporta datos o referencias autónomas acerca de los hechos, en tanto no presenciaron las conductas atribuidas, sus dichos –aún los atinentes a circunstancias periféricas- sirven fundamentalmente para valorar –más allá de la propia credibilidad de sus testimonios- la fiabilidad que cabe atribuir al relato de la menor.

8. Hasta aquí el análisis de los "dichos" relevantes que obran en la causa. Sin embargo, a pesar de que nuestro sistema de valoración probatoria no exige un determinado modo de probar y, menos aún, un número determinado de pruebas para tener por acreditado un hecho, considero que muy difícilmente pudiera arribarse a un grado aceptable de certeza sólo a partir de un único testimonio de cargo. Digo así pues, en el caso, si bien ha habido numerosas testimoniales las mismas son "de referencia", por tanto su valor probatorio se vincula, necesariamente, al único testimonio directo –el de la niña- respecto de las conductas ilícitas denunciadas.

La doctrina es clara al respecto al recordar que "…incluso en hechos sumamente truculentos, especialmente en hechos de sangre que conmueven la identidad de la estructura social tanto o más aun que el *tabú del incesto*, no es dable tener por acreditada la "materialidad del hecho" por meros dichos de personas, así fuesen *más* de una. Del *hecho en sí* se exige una "prueba" que vaya más allá de las palabras" (Marcelo Sancinetti, en su trabajo "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas: *Testimonium unius non valet y Nemo testis in propia causa"*).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa existe un elemento probatorio que aparece como independiente, autónomo de los meros relatos. Así, la conclusión del examen pericial ginecológico realizado a la niña, explicada en la audiencia de debate por la profesional del Cuerpo Médico Forense que intervino, constituye una evidencia objetiva periférica, que refuerza la verosimilitud de los dichos de la niña G. Y. M. y permite, ahora sí, darles plena virtualidad incriminatoria.

La Dra. S. M. M., quien revisa a la menor en fecha 2 de setiembre del año 2010, afirma que la misma presenta en el himen "un desgarro antiguo cicatrizado que llega hasta su base, en hora 7". Para arribar a tal conclusión manifiesta haber visualizado la zona a través de un colposcopio –microscopio especial, que aumenta entre 15 y 40 veces el objeto, según la experta- que, obviamente, permite visualizar lesiones imperceptibles a simple vista.

Se agravia la Defensa en este punto, señalando que los Jueces han conferido mayor valor probatorio a este

peritaje, dejando de lado las conclusiones del médico pediatra, Dr. H. D. M., quien habiendo también revisado a la niña dijo no haber encontrado lesiones compatibles con abuso sexual.

Cierto es que el nombrado profesional, quien depuso en la audiencia de juicio, dijo haber examinado a la niña G. Y. en fecha 19 de agosto de 2010. Sin embargo, a pesar de señalar que no visualizó "roturas" en el himen de la menor, también aclaró que el examen fue realizado a partir de la simple visualización directa, sin ningún tipo de aparatología que permitiera una perspectiva ampliada de la zona.

En tal sentido no puedo menos que coincidir con las razones dadas por los Magistrados del mérito, en cuanto resuelven, sin desechar los dichos de M., conferir mayor valor probatorio al informe brindado por la perito Dra. M. Las razones que han dado los Jueces me resultan convincentes: por un lado por la mayor especialización y experiencia de la perito para poder detectar este tipo de lesiones; pero, además, por la superior rigurosidad del examen, a partir del empleo de un colposcopio, instrumento que devela lesiones que no suelen percibirse a simple vista.

La existencia de un "desgarro" en la membrana permite desechar, desde el punto de vista médico, que se haya tratado de un himen "complaciente", como sostuviera el Dr. M. El hallazgo de una lesión, por mínima que sea, descarta necesariamente ese diagnóstico (*"El enfoque medicolegal en el diagnóstico del himen elástico",* por Marcela Criado y Enrique Banti, Cuadernos de Medicina Forense, Año 2, N° 1, pág. 27-32, Mayo 2003).

Por otra parte, cabe tener en cuenta que la niña refiere haber sentido "dolor", así como haber visto "sangre" en una oportunidad. Además, la lesión constatada por la profesional se compadece, en cuanto a

sus características –una sola rotura hasta la base y en hora 7-, con el cuadro lesional que se observa con mayor frecuencia en los casos de abuso sexual infantil.

La jurisprudencia, en el sentido indicado, señala que "Resulta pertinente recordar aquí que la jurisprudencia, por su parte, ha puesto especial énfasis en requerir suma cautela –so pena de arbitrariedad-, al magistrado que pretende apartarse del dictamen pericial. En esta línea, la Corte Suprema ha entendido que la circunstancia de que sus conclusiones no sean vinculantes no significa que los magistrados puedan apartarse arbitrariamente de las mismas, concluyendo de propia autoría y conocimiento conceptos o evaluaciones médicas que el dictamen médico no contiene, porque la desestimación de sus conclusiones debe ser razonable y científicamente fundado" (TS Córdoba, Sala Penal, 19/5/07, "Risso Patón s/ recurso de casación", *Lexis,* n° 70046460).

9. Todo lo expuesto me lleva a idéntica conclusión que la sentada en el fallo por el Tribunal del mérito, lo cual implica afirmar su corrección y la suficiencia del razonamiento seguido en la fijación de los hechos y en la determinación de la autoría del recurrente. La reconstrucción fáctica aparece, en mi opinión, como el fruto de un correcto razonamiento a partir de los distintos elementos probatorios examinados, prolijamente enunciados y valorados en el pronunciamiento recurrido.

Por todo ello entiendo razonable que el Tribunal a-quo haya considerado que la crítica de la Defensa, exhaustivamente analizada, no alcanza a erosionar el cuadro probatorio cargoso acumulado en autos, *suficiente* como para destruir el estado de inocencia que ampara a la persona sometida a proceso, por lo que

coincido en la solución propuesta al acuerdo, esto es, confirmar el fallo recurrido en cuanto a la declaración de autoría responsable del acusado J. O. M. respecto del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, en la modalidad de delito continuado, en perjuicio de su hija menor G. Y. M. (art. 45 y 119, tercer y cuarto párrafo, inc. b), del Código Penal). Así voto.

10. Se agravia, por último, el impugnante –en forma subsidiaria- por la cuantificación punitiva, en tanto la sentencia impone una pena de catorce años de prisión, por los hechos que fueran calificados del modo en que ha quedado expuesto más arriba. Considera excesivo el monto de la pena y solicita que el Tribunal, haciendo aplicación estricta de las pautas de los art. 40 y 41 CP disminuya la sanción al mínimo que prevé el ordenamiento sustantivo.

He sostenido en anteriores pronunciamientos que la determinación de la pena exige una motivación que va más allá de la genérica exigencia legal y constitucional de fundamentación, porque es el punto de la decisión que más intensamente afecta los derechos de la persona sometida a proceso. Por ello, el juez debe construir la decisión, dentro del marco de los lacónicos parámetros legales, teniendo en consideración la gravedad del hecho (en tanto refleje la culpabilidad del acusado como punto de partida fundamental) y decidiendo la cuestión con arreglo, básicamente, a los principios de legalidad, taxatividad legal e interpretativa o interpretación restrictiva, ley penal más benigna, proporcionalidad mínima, trascendencia mínima, humanidad y prohibición de doble punición.

La difícil tarea aconseja establecer parámetros lo más objetivos posibles para permitir el control del razonamiento seguido en la valoración, teniendo en cuenta que la libertad que ha dado el código penal a

los jueces en tan trascendente decisión no puede traducir un mero arbitrio, sino el razonado análisis de circunstancias -objetivas y subjetivas- que distingan el hecho a juzgar dentro de la constelación de hechos atrapados por el mismo tipo penal.

Ingresando a la crítica formulada por el recurrente advierto que los Magistrados, de modo coincidente, han considerado como circunstancias agravantes a) la reiteración y extensión temporal de las conductas abusivas, b) el mayor grado de indefensión de la víctima por su corta edad, c)la extensión del daño psicológico causado, d) la edad y nivel de instrucción del acusado, extremos ambos demostrativos de un adecuado ámbito de autodeterminación.

Anticipo que, en mi opinión, asiste razón al recurrente en cuanto considera que el fallo ha sobredimensionado los aspectos negativos derivados de la conducta atribuida, en particular, las consecuencias que el hecho ha ocasionado en la víctima, minimizando, como contrapartida, las circunstancias beneficiantes a la situación del acusado en relación a la pena impuesta.

Sabido es que en el proceso de determinación de la pena es preciso valorar el objeto que se reprocha en cuanto resulte indicativo de un mayor grado de culpabilidad en el agente. Y cierto es, también, que tal ponderación debe hacerse tomando en consideración el daño efectivamente ocasionado o el peligro corrido por el bien jurídico afectado.

Particular relevancia agravante han dado los Jueces A-quo al importante daño psicológico sufrido por la menor víctima. No obstante, si bien cabe tenerlo en cuenta, es preciso centrar el análisis en la culpabilidad más que en las consecuencias del obrar

ilícito, pues su magnitud no siempre, ni necesariamente, guarda relación directa con aquella y tal es la situación que advierto en autos.

Es que, aún teniendo por cierto que en el caso la extensión y grado de los daños ocasionados a la víctima en el aspecto psicológico fueron importantes, no dejo de advertir que los indicadores de esa índole que presenta la menor –como bien lo indicó la psicóloga forense en el debate-, en su mayor parte son síntomas de una situación de maltrato crónico, en la que el abuso sexual se suma a diversas otras formas de maltrato infantil. En ese sentido, el relato de la niña describe un rosario de situaciones violentas, mortificantes o de abandono afectivo, llevadas a cabo no sólo por el acusado, sino también por otras personas del entorno familiar –abuela, primos, concubina del padre, etc.-.

Discrepo, asimismo, con la noción de que el acusado actuó dentro de un ámbito de autodeterminación pleno. En este aspecto no puedo dejar de considerar que la propia menor manifestó de modo espontáneo, tal como lo pusiera de resalto más arriba, que en el momento de llevar a cabo las conductas intrusivas su padre estaba "borracho" y que la llamaba "F." (nombre de la concubina).

Es sabido que el grado de autodeterminación resulta más o menos amplio en la medida en que la vivencia del agente haya estado más lejana o más próxima, respectivamente, de una causa de exculpación. En el caso fue menor, pues la ebriedad o el error, aunque no alcancen para eliminar el dolo o la culpabilidad, necesariamente deben reflejarse en una morigeración de la respuesta represiva.

Considero, contrariamente a lo decidido, que las características de personalidad del acusado han atentado contra una más ajustada comprensión de las

conductas atribuidas. Así, sin ánimo de incurrir en censura moral, ámbito ajeno al de las facultades propias de la magistratura judicial, no puedo dejar de tomar en cuenta la abundante información introducida al proceso tendiente a demostrar que el *tabú del incesto*, norma de socialización primaria en nuestra cultura, no ha sido trasmitido eficazmente en el núcleo familiar del acusado. Y esto no es un tema menor, puesto que el grado de culpabilidad por un injusto penal está íntimamente vinculado a las posibilidades ciertas y concretas que tuvo el individuo para internalizar patrones de conducta que muestren como inequívocamente prohibido determinado comportamiento.

Los relatos de las niñas, G. Y. y M. I., resultan contundentes en ese aspecto acerca de las conductas sexuales asumidas desde pequeños por algunos de los integrantes varones de la familia. También se pronunció en el debate la denunciante, G. I. M., al narrar una historia familiar plagada de situaciones de abuso sexual, desde las cometidas en su perjuicio y que atribuye a su hermano –el acusado- cuando éste tendría alrededor de once años, hasta la sospecha de que su propio padre habría asumido conductas de tal naturaleza, cuando menos con una de sus hijas. De hecho, el detonante del develamiento fue la conversación mantenida con F., en la que ésta le cuenta que su esposo ("T." M.) habría sido abusado sexualmente cuando era niño. Si bien en juicio tanto F. como "T." omiten referir esa circunstancia, del contexto de sus declaraciones tal omisión aparece, según entiendo, como un comprensible deseo de no divulgar un aspecto tan íntimo de la vida del joven.

El fuerte contenido morigerante de los parámetros mencionados, cuya consideración se ha omitido en el

fallo en crisis, determinan la necesidad de reestructurar la respuesta punitiva.

En tal sentido, cabe tener presente que la subsunción legal del hecho prevé una escala penal que reconoce un mínimo de ocho años de prisión y un límite máximo configurado –según el criterio que entiendo correcto, fijado por la minoría de la Corte Suprema de Justicia *in re* "Amodio" (L.L. del 8-8-2007, p.8)-, por la pena que en concreto solicitara la parte acusadora al finalizar el debate, esto es, de quince años de prisión.

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, debo decir que los parámetros ciertos que han quedado probados en el caso sólo justifican, en mi opinión, un leve apartamiento respecto del mínimo legal, basado en la reiteración de hechos atribuida. En virtud de ello entiendo justo disminuir la pena impuesta a J. O. M., tal como lo solicitara el impugnante, y fijarla, en definitiva, en la de ocho años y seis meses de prisión (art. 45, 55, 119 tercer y cuarto párrafo, inc. b), 40 y 41 del Código Penal).

11. Manteniendo la imposición de costas resuelta en el fallo, corresponde regular los honorarios del profesional interviniente, por su labor en esta etapa, en la suma de veinticuatro (24)JUS, de conformidad a lo establecido por los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-4, antes decreto ley 2.200).

El Juez Minatta Omar Florencio dijo: Reseñados que fueron los antecedentes del caso por el vocal que lidera el acuerdo, corresponder que tratemos por separado, las razones invocadas por la Defensa.

1.Nulidad de la acusación: En primer lugar, reedita el planteo de nulidad de la acusación, fundado en que el fiscal, al inicio del debate en oportunidad de presentar su caso- conforme al artículo 320 del C.P.P.-

, no calificó legalmente los hechos imputados a su defendido, situación que a su juicio afectó el derecho de defensa en juicio, ya que el ejercicio de este derecho consiste en la posibilidad de refutar no solo los hechos , sino también la calificación legal. En este sentido lleva parte de razón la queja, en cuanto a que no es un argumento para el rechazo haber dejado pasar la oportunidad de plantearla en el inicio del debate- y la consiguiente prohibición de hacerlo en los alegatos-, puesto que si se alega una violación de un principio constitucional, la misma puede plantearse en cualquier instancia y grado del proceso e inclusive es un deber de los jueces tratar de oficio la cuestión.

Sentado ello, hay que dar la razón a los acusadores en cuanto a que debe rechazarse el planteo, tal como lo hizo la sentencia, pero ello procede por varios fundamentos complementarios. Así, en primer lugar sabemos que para comprobar la violación efectiva del principio de defensa, es necesaria la afectación de una forma establecida como garantía de tal principio. En esta senda, no se observa que se haya incumplida ninguna forma, ya que la exigencia de calificación legal no está exigida en forma expresa por el art. 320, pues este dispone que, una vez abierto el debate , el juez que lo preside pedirá a los acusadores que expliquen sus pretensiones y señalen con precisión los hechos por los que acusan. Esta interpretación un tanto literal para rechazar el planteo, podría cuestionarse si se argumenta que la explicación de una pretensión acusatoria lleva implícita su calificación legal- interpretación no descabellada habida cuenta de la manda de interpretación restrictiva-, por lo que agregaremos otros fundamentos, basados en una interpretación sistemática del código, que explican

acerca de la falta de exigencia expresa de la calificación jurídica de los hechos imputados al inicio del debate. En este camino, corresponde analizar los actos procesales que fijan el objeto del juicio y que limitan no solo a la sentencia, sino también a la misma acusación y que constituyen la base central de la refutación de la defensa; nos referimos concretamente a la acusación y al auto de apertura del juicio oral, cuyos requisitos vienen establecidos, en su parte nuclear, por los artículos 291 y 298, respectivamente, del rito citado.

La acusación, como acto central del proceso, consiste en un pedido o requerimiento de que se juzgue a una persona, es decir, una petición de provocar el ejercicio de funciones jurisdiccionales para decidir sobre la aplicación de la ley. Este acto representa, cuando es admitida, la piedra fundamental de ese juicio, su base de sustentación, pues describe el hecho punible que va a ser juzgado y así lo fija como el objeto del procedimiento y de la decisión final, sin que el tribunal pueda apartarse de él (ne procedat iudex ex officio, iura novit curia), e individualiza a los imputados. Como ella establece el límite de la sentencia y el limite de la misma persecución penal, es por ello razonable que se exija una descripción detallada del hecho punible que se atribuye, tanto en sentido fáctico como en sentido jurídico. Ahora bien, no basta con la sola presentación de la acusación para que una persona sea llevada a juicio, sino que ella debe controlada, es decir, debe permitirse al defensor oponerse para refutarla mediante un debate preliminar, lo que se lleva a cabo mediante una audiencia preliminar al juicio, cuya finalidad esencial el control de la acusación a los efectos de que se filtren allí las cuestiones que hacen a una acusación defectuosa desde el punto de vista formal, o bien a una

acusación sin fundamentos suficientes en cuanto al hecho y la participación de los imputados. Si se dan estos presupuestos con probabilidad, el juez admite o acepta total o parcialmente los hechos de la acusación y su calificación jurídica, mediante el acto que se llama auto de apertura del juicio oral, inclusive hasta puede aceptarse que cambie la calificación legal dada por el fiscal, o bien los rechaza total o parcialmente dictando el sobreseimiento por todos o algunos de los hechos de la acusación. En suma, se trata de una decisión judicial que ordena el juicio admitiendo la acusación, es decir, la decisión judicial está inexorablemente ligada a la acusación, a tal punto que nuestro código procesal estipula como uno de sus requisitos- art. 298 inciso 2- la descripción de los hechos de la acusación por los cuales se autoriza la apertura del juicio y su calificación jurídica. En este sentido, el auto de apertura del juicio oral determina, como acto jurisdiccional de aceptación de todo o parte de la acusación, el objeto del juicio y por ello se exige la descripción de los hechos de la acusación aceptados y admitidos, y su calificación jurídica. Después de producida esta decisión que pone fin a la etapa intermedia, la única posibilidad de cambiar la calificación legal de los hechos imputados- que es lo único que aquí se discute- por parte del acusador, sólo es posible utilizando el instituto de la ampliación de la acusación, cuando estima que durante el debate surgieron elementos que lo llevan a interpretar que tales hechos encuadran en un precepto penal distinto. En tal caso, para garantizar la defensa en juicio, se diseñó un procedimiento que garantiza la defensa en juicio ante esta nueva calificación, otorgando inclusive la posibilidad de suspender el

debate para preparar la refutación sobre esta nueva cuestión traída por él acusador. Adviértase que el acusador puede hacer uso de tal instrumento inclusive en los alegatos, caso en el cual se aplicará el procedimiento narrado. La otra posibilidad de cambio de calificación legal permitida- fuera de las peticiones defensistas que aquí no se discuten- , la tiene el propio tribunal de juicio, el que si bien no puede apartarse en la sentencia de condena de los hechos imputados descriptos por la acusación y en el auto de apertura del juicio oral o, en su caso, en la ampliación de la acusación, les puede dar una calificación jurídica distinta, siempre con la salvedad de haberle hecho saber esa posibilidad al acusado para que pueda defenderse proponiendo el procedimiento del citado artículo 322, IV párrafo. Adviértase que el cambio de la calificación legal peticionada por el fiscal- y aún la propiciada por el tribunal- siempre desata la posibilidad de un procedimiento inmediato que trata de garantizar a la defensa su eficaz y oportuno rechazo, y es por ello que el código lo establece en aquellos momentos en que los acusadores o el mismo tribunal expresan su voluntad expresa en tal sentido, por lo que es razonable interpretar que si nada manifiestan al respecto es porque siguen manteniendo la calificación que se venía debatiendo desde la acusación admitida en el auto de apertura del juicio oral, el cual, recuérdese, es irrecurrible. En conclusión, no existe posibilidad alguna de que el acusador cambie, al inicio del debate, la calificación jurídica que ya trae la acusación admitida o aceptada como objeto del juicio y, si lo quiere hacer, esto no está prohibido, sólo que deberá hacerlo después, durante el debate, peticionando en forma expresa, caso en el cual se le da al acusado la posibilidad de contradecirlo por las vías que citamos.

Con este marco teórico creemos que debe decidirse la cuestión traída por la defensa, en cuanto pretende anular la acusación por una causal sobreviviente que no solo no se exige en el artículo 320 forma literal, sino que la interpretación sistemática de él con los artículos pertinentes de la acusación y del auto de apertura del juicio oral y las finalidades y límites que ellos aparejan, prohíben al acusador cambiar la calificación al inicio del debate.

Para terminar, cabe agregar que el fundamento de la presentación del caso al inicio del debate no tiene por finalidad fijar el objeto del juicio- esto lo hace la acusación admitida en el auto de apertura -, sino tan la de que el tribunal de juicio- y el público- conozca cuáles son los hechos que el acusador promete probar durante el debate, ya que a tal momento los jueces del debate, como el público, tienen un total desconocimiento de los hechos, por lo que necesitan ser ilustrados sintéticamente acerca de ellos, para mínimamente orientarse sobre el objeto que se va a debatir y que los acusadores prometer probar. En este último sentido, no se advierte la necesariedad de la calificación legal por parte de los acusadores a los efectos de garantizar la defensa, puesto que el acusado ya la conoce por la notificación anterior del auto de apertura.

En suma, entendemos que no hubo violación alguna del principio de defensa en juicio al haber omitido el fiscal la calificación legal al inicio del debate, puesto que tal exigencia no es literal, ni sistemática, ni teleológicamente exigida por nuestro sistema procesal en esa oportunidad, al no afectarse el principio de defensa en juicio, por lo que deberá rechazarse el planteo impetrado.

2.Agravios de fondo:

a) En este aspecto la defensa comienza por impugnar la valoración que lleva a establecer con certeza una de las premisas del fallo, cual es tener por cierto que a la época de los hechos su defendido conviviera con la víctima. En este sentido, es cierto que no puede establecerse con certeza rayana en la exactitud los lugares donde se llevaron a cabo las acciones, pero ello es en el caso más que razonable si estamos a los testimonios de las niñas Y. y M. I., que mencionan a la casa del acusado y a la de su abuela como si fueran la misma casa, dando cuenta las menores de desorden en la convivencia, producto de la peculiar distribución de las viviendas en cuanto a su proximidad, tal como claramente surge de las imágenes fotográficas. En este aspecto, cabe traer a colación lo narrado por R. M., residente a pocos metros de la vivienda del acusado, quien refiere que el acusado iba y venía, se juntaba y se separaba de su concubina F., por lo que no es sostenible considerar que siempre vivieron juntos al momento de los hechos, tal como pretende la defensa para descartar que su defendido haya estado solo con la víctima.

b) También cuestiona la credibilidad que cabe darle al testimonio de la denunciante G. I. M., esencialmente, porque de la confrontación de sus deposiciones surgen confusiones. En este sentido, no resultando una prueba decisiva como elemento de cargo tal testimonio, como lo expresa la misma sentencia, nos exime de tratarla en detalle. Sí hay que agregar al respecto que tales confusiones pueden deberse al propio estado emocional confesado por la declarante y ratificado por la psicóloga forense P. F., amén de que no aparecen motivos irrazonables de la imputación hacia su hermano, puesto que la circunstancia de haber sido abusado por él cuando contaba con solo seis años no es móvil

cierto, ya que es razonable que aquella que ha sufrido un abuso sexual infantil sea mas proclive a denunciar, especialmente cuando también se encontraban como víctimas otras niñas de la misma familia, en este caso sus propias sobrinas..

c) Sentado lo anterior, cabe adelantar que en el caso existen elementos de cargo suficientes como para sostener la certeza de la sentencia condenatoria. En este sentido deben ponderarse el testimonio de la víctima como central y sus concordancias con los demás elementos de cargo objetivos. Así la niña al declarar da detalles sobre aspectos que, si bien no se refieren en forma exhaustiva al núcleo de la acción imputada- conviene recordar en este punto que no fue inquirida en profundidad al respecto, tal como lo señala agudamente la vocal Rodríguez- , sirven como indicadores de su credibilidad. En efecto, de su testimonio surgen indicaciones concordantes, como contexto del abuso sexual, que son conformes en términos espacio-temporales con los de su hermanita M. I., como asimismo un relato con falta de estructura que, con tal marco, debe tomarse como falta de acuerdo y preparación previa para la imputación.

A ello agregamos la opinión técnica de la psicóloga forense, basada en pruebas diagnósticas, en el sentido de que hay indicadores suficientes en orden a la verosimilitud de la niña, a lo que hay que agregar, adicionalmente, que esta profesional también mantuvo entrevistas con la denunciante, afirmando al respecto que la versión de la niña no estuvo influida por ésta última.

d) Con este cuadro probatorio, calza otro elemento de cargo objetivo, consituído por la pericia ginecológica llevada a cabo por la licenciada M., de las que

claramente surge el rastro del acceso carnal imputado, especialmente la presencia del desgarro del himen en hora siete.. En este punto cabe desechar la queja de la defensa en orden a que tal rastro no aparecía cuando anteriormente la había examinado el pediatra M., ya que , como él mismo lo dijo, no es un especialista ni tiene los instrumentos técnicos ni experiencia como para contrarrestar con seriedad un exámen técnico específico.

En conclusión, tales elementos sostenidos como bases cargosas en la sentencia, son más que suficientes como para confirmar la certeza en cuanto a la existencia del hecho y la autoría en cabeza del condenado. Así lo voto.

e) Por último, en forma subsidiaria, postula la defensa la imposición del mínimo legal de prisión estipulado en el tipo penal por el que fuera condenado, cuestionando el monto de la pena como excesivo.

Cabe en este punto dar razón a la defensa, pues como ella misma lo afirma, se ha sobredimensionado la consecuencia del hecho y desvalorizado las atenuantes. En verdad, el método que corresponde seguir es determinar, como base para la individualización, el grado de autodeterminación que el sujeto tuvo en el momento de los hechos, pues tal ámbito de decisión es el que influye de manera decisiva en el reproche y no el grado de injusto. Esto significa que la magnitud del injusto es el objeto a reprochar, pero la medida del reproche es la base del monto punitivo, pues así lo impone el respeto irrestricto al principio de culpabilidad.

En este orden, tal como lo señala la doctrina y jurisprudencia, la estrechez o amplitud del ámbito de decisión por el injusto es directamente proporcional al acercamiento o alejamiento de una causa de exculpación, lo que está, además, receptado expresamente en nuestro

código por varias figuras- ejemplo paradigmático es el estado de emoción violenta que reduce la culpabilidad-, extremos que se verifican en el caso en base a los siguientes elementos. En primer lugar, tal como lo he señalado y analizado en detalle en anteriores pronunciamientos, es casi unánime la opinión de los especialistas- sobre todo en los casos de abuso sexual infantil- en el sentido de que en estos hechos la decisión para evitar el injusto es muy problemática, a tal punto de que algunos opinan que el esfuerzo por evitarlo es casi sobrehumano. Este elemento lo estimo como decisivo para el moto de la pena, puesto que de otra forma sólo estaríamos penando por razones de prevención general, tomando a la persona como medio para conseguir que otros- los miembros de la sociedad- se asusten o se convenzan o disuadan de cometer el mismo delito- cuestión hoy no verificada por ningún estudio serio-, cometidos que no se corresponden con un derecho penal de acto en el que se juzga al sujeto por lo que hizo y, dentro de tal parámetro, por lo que él pudo hacer , para así determinar la exigibilidad del caso. Respecto de la verficación empírica del ámbito de autodeterminación en este caso concreto, no es menor el argumento basado en los indicios que señalan que el condenado no habría estado lúcido al momento de los hechos, tal como se desprende de la misma declaración de la menor en cuanto a que su padre estaba " borracho" y que la llamaba " F.", nombre de su concubina.

También debe apreciarse como determinante, para la culpabilidad como medida de la pena, la personalidad del autor, sobre todo la estructurada a través de su experiencia vital y enseñanzas que recibió en orden al valor que se trata de preservar en estos delitos. En este sentido, cabe traer a colación la personalidad del

acusado, sobre todo su educación en cuanto elemento determinante de la introyección de valores para comprender la criminalidad, la que, si bien existe, su captación, conforme testimonios e informes profesionales, no se presenta en forma regular y ordinaria. En efecto, surge de tales elementos que en el caso campea una suerte de promiscuidad y relajamiento en los controles normales que actúan de contención en la generalidad de los casos, situación que es repetición de un pasado vivido por el autor, según refiere su propia hermana, denunciante en auto. Este contexto, determina sobremanera también el ámbito de decisión y el esfuerzo para evitar el injusto, puesto que tal acto el autor no lo desvalora en la misma intensidad que podría hacerlo una persona educada en base a los parámetros regulares y ordinarios.

Los anteriores parámetros reducen en forma seria él ámbito de decisión, por lo que la imposición de una pena de catorce años- esto es un año menos del máximo establecido para el caso por los acusadores, quince años y del cual no puede el tribunal sobrepasarse- aparece como excesivo, debiendo el monto punitivo acercase más al mínimo de ocho años. Si partimos de éste monto, la pena deberá elevarse en el caso, por la reiteración que implica la problemática del delito continuado, en que hay un mayor injusto por la reiteración de los hechos, y también por el aprovechamiento de la mayor indefensión y desprotección del bien jurídico, todo lo cual aconseja alejarse del mínimo en unos dos años y estimar justo y razonable un monto de diez años de prisión. Así lo voto.

3. Costas:

V.- Por último, comparto los términos propuestos por los colegas que me preceden, en cuanto a la

imposición de costas al condenado y a la regulación de honorarios profesionales.

De conformidad con los votos precedentes y con la disidencia parcial de la Dra. Mónica Rodríguez, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1)Confirmar la sentencia Nro. 3216/11 OJ Tw dictada en fecha 04/11/11, en cuanto a la autoría de los hechos cometidos entre los años 2003 y 2008 en la localidad de Gaiman en perjuicio de G. Y. M., atribuida al acusado J. O. M. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), así como a su calificación legal;

2)Hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por el imputado contra dicha sentencia, modificando la pena impuesta y fijándola en definitiva en diez años de prisión (arts. 119, 3er y 4to., párrafo inc. b y 55 contrario sensu del C.P.);

3)Imponer las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), y regular los honorarios profesionales del letrado C. G. D. M., en la suma de veinticuatro (24) JUS, de acuerdo a la labor llevada a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-4, antes decreto ley 2.200); y

4)Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Rubén Portela **Omar Florencio Minatta**

La presente es firmada por dos vocales por impedimento ulterior al acuerdo de la Dra. Mónica Rodríguez. **Registrada con el Nro. 03/2012 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.**