En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 27 días del mes de junio del año dos mil doce, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Mónica Rodríguez, Omar Florencio Minatta y Guillermo Alberto Müller, con la presidencia de la nombrada en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"Q., M. s/dcia. Abuso sexual r/víctima hija menor - Tw" (Carpeta 3286 OJ Tw – Legajo 29884 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Particular G. F. L. T. contra la sentencia Nro. 856/12 OJ Tw dictada en fecha 30/03/12.

En la audiencia de impugnación (Art. 385 CPP) celebrada el día 11/05/12 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado J. O. G. S. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron el Dr. Fabián Gabalachis como su Defensor técnico y el Dr. Arnaldo Ramón Maza en representación del Ministerio Público Fiscal.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Mónica Rodríguez, Omar Florencio Minatta y Guillermo Alberto Müller.

**La Jueza Mónica Rodríguez dijo:**

1. A modo de prólogo, efectuaré una síntesis de los antecedentes del caso y de los agravios expresados por el Defensor en su escrito de impugnación, luego ratificados y ampliados durante la audiencia prevista en el Art. 385 del CPP.

2. Mediante sentencia Nro. 856/12 de fecha 30/03/12, el Tribunal colegiado integrado por los Dres. Darío Arguiano, Fabio Monti y Patricia Reyes, condenó al imputado J. O. G. S. como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante en la modalidad del delito continuado (arts. 45, 54, 55 a contrario sensu y 119, 2do. párrafo del Código Penal, a la pena de cinco años de prisión, por los hechos acaecidos en la ciudad de Trelew

entre el 15 de noviembre del año 2010 y el 23 de febrero de 2011, en perjuicio de la menor K. A. P..

3. El Dr. L. T. señala suscintamente las razones esgrimidas por los Jueces de la mayoría en el fallo cuestionado, Dres. Monti y Reyes, a partir de las cuales concluyen en que la conducta de su asistido -introducir su pene en la boca de la menor-, importa un abuso sexual gravemente ultrajante. Afirma el defensor que al resolver de esa manera los Jueces han prescindido de los elementos de la tipicidad agravada, como son las "circunstancias de realización" o de "duración" de los hechos, extremos exigidos por la figura escogida. Así, entiende, han aplicado un "baremo ético" para determinar el alcance del Art. 119, segundo párrafo, del C. Penal, dada la vaguedad de sus términos, con grave resentimiento del principio de legalidad. Cita doctrina.

Resume la Defensa, también, la opinión disidente del Dr. Arguiano, quien entendió que las acciones atribuidas se corresponden con el primer párrafo de la referida norma –abuso sexual simple-, por no existir prueba suficiente acerca de las circunstancias especiales que, como elementos normativos del tipo, exige la figura agravada. Afirma el recurrente que tal es la postura que resulta apegada a la ley, pues su vigencia no puede quedar sujeta a los criterios personales de los que tienen la función de aplicarla.

Indica, asimismo, el impugnante que los jueces de la mayoría escogieron el tipo agravado del segundo párrafo del Art. 119 del C. P. sin dar razones de por qué la conducta atribuida resulta ser gravemente ultrajante; únicamente señalan que contiene un plus de humillación para el sujeto pasivo. Sin embargo, afirma, dicho plus de humillación y consecuente degradación se da, justamente, por la duración del acto o por las circunstancias en que se cometió, cuestiones sobre las que nada se dijo. Agrega, en relación al elemento "duración", que en modo alguno puede confundírselo con el carácter de delito continuado, pues esta última noción refiere exclusivamente a la reiteración de hechos en el tiempo. Con tal criterio los tocamientos en

la cola repetidos durante un mes no constituirían un abuso simple en la modalidad de delito continuado, sino uno gravemente ultrajante.

En relación al restante elemento normativo –las circunstancias de su realización-, afirma el defensor que en el voto de la mayoría nada se dijo, más allá de afirmar la Dra. Reyes que se hallaba configurado en el caso. Destacó que el "doblegar" la voluntad de la víctima, sea mediante amenaza o cierta violencia, concurre en todo abuso sexual simple, no surgiendo del hecho tenido por probado que las acciones excedieran las contenidas en el tipo básico.

Señala que el fallo "R.", citado por el Dr. Monti, no resulta aplicable pues dicho decisorio coloca el acento en la prolongación y variedad de hechos de contenido sexual a que fue sometida la víctima, circunstancias que no se han configurado en el presente caso.

Destaca el letrado que la dosis de humillación, que determina la elección del tipo agravado, no puede concluir en la ética del juzgador o en su particular concepción de la entidad de un acto sexual pues, de ser así, se ingresa en un subjetivismo inadmisible. Lo gravemente ultrajante, concluye, resulta ser el "cómo" se realiza la práctica sexual y/o su "duración en la ejecución", situaciones en que a la víctima no sólo se la somete, sino que se la humilla, se la cosifica, denigrándola en su condición humana. Niega que concurran dichos extremos en el hecho que se tuvo por acreditado, incorrectamente subsumido por los Sentenciantes en el encuadramiento legal que ataca.

4. En la audiencia realizada a tenor del Art. 385 CPP la Defensa técnica del acusado, representada por el Dr. Fabián Gabalachis, introduce un nuevo agravio vinculado a la valoración probatoria que sirve de base al pronunciamiento de condena. Sintéticamente el defensor señala que los Magistrados de la mayoría no han contextualizado adecuadamente las particularidades del presente caso, la

situación de vulnerabilidad en la que fue colocada la menor por el entorno adulto familiar, así como los déficits investigativos del caso. Cuestiona, en este último aspecto, la defectuosa entrevista realizada para tomar el testimonio de la menor en cámara gessel, indicando que la crítica fue asumida por dos de los Magistrados del mérito, quienes hacen referencia a su prolongada duración, al empleo de un interrogatorio sugestivo e inductivo y a la utilización de un lenguaje ajeno a los usos locales. Afirma que si bien tales defectos no determinan su nulidad, exigen sí un análisis muy cauto y prudencial. Concretamente indica que luego de reiteradas arremetidas por parte de la psicóloga, la menor dice "me hacía chupar las partes íntimas, esto pasó como cinco o seis veces"; con idéntica modalidad logra que la menor mencione la palabra "pene".

Destaca el defensor que no puede afirmarse que el testimonio de la menor haya sido "espontáneo y coherente", como lo afirma la Dra. Reyes. Por el contrario, el relato se obtuvo a través de una multiplicidad de intentos que terminan haciéndole decir cosas que quizás no sintió la necesidad de decir. Por ello, entiende, no debería introducirse al proceso la información así obtenida.

En cuanto al agravio vinculado a la calificación legal, el letrado reitera los conceptos ya vertidos en el recurso. Así, luego de reseñar los antecedentes que derivaron en la reforma operada por la ley 25.087, señala que si bien el espíritu del legislador fue el de incorporar la *fellatio in ore* en el segundo párrafo del Art. 119, lo cierto es que, tanto desde el punto de vista dogmático como constitucional, no lo hizo; sí, en cambio, ha creado un tipo penal abierto, de dudosa constitucionalidad, porque es el juez quien debe cerrar el tipo a través de una interpretación personal.

Destaca, en orden a la concurrencia en el caso de los elementos normativos del tipo, que la Dra. Reyes los refiere pero no los funda concretamente. Para el Dr. Monti el acceso por vía bucal resulta ser gravemente ultrajante, pero no por la existencia de los elementos que requiere el tipo para su configuración, sino porque la conducta constituye un plus

sobre tipo básico del Art. 119 CP. Sin embargo, advierte, no es eso lo que dice la ley.

Agrega la Defensa que la "duración" que exige la norma importa una prolongación temporal del abuso, circunstancia no acreditada en el caso. En cuanto a las circunstancias de su realización, entiende que aún cuando puedan configurar un abuso gravemente ultrajante, deben serlo para la víctima, no para el juez.

Concluye solicitando que se revoque el fallo, adecuándose la calificación a la de abuso sexual simple, y se reenvíen los autos a la instancia de origen a fin de que se realice una nueva cesura de la pena.

El fiscal, Dr. Maza, comienza su intervención, indicando que no corresponde admitir el nuevo agravio introducido por la Defensa en esta instancia, conforme la expresa prohibición que en tal sentido contiene la ley.

Responde, a todo evento, el cuestionamiento del impugnante sobre el interrogatorio de la menor en cámara gessel, destacando que a pesar de los reparos que señalaron los Jueces del debate, concluyeron en señalar que el relato había sido espontáneo y no advirtieron una co-construcción en el mismo.

En orden al encuadramiento legal de la conducta del imputado sostiene que los tocamientos sobre el cuerpo de la menor, como así también la introducción del pene en la boca, son reiterados en el tiempo, dentro de un período comprendido entre el 15/11/10 y el 23/02/11, fecha esta última en que la madre de la menor encuentra a G. S. tomando a la menor de los pechos. Dicho lapso demuestra, en su opinión, el extremo de "duración" que requiere el tipo agravado, importando la conducta atribuida una degradación, una violación a la integridad de la niña que va mucho más allá de simples tocamientos.

En relación al otro elemento normativo de la figura agravada –las circunstancias de su realización-, sostiene

que debe considerarse para ello que la *fellatio in ore* constituye un sometimiento gravemente ultrajante por el acto en sí y no un simple tocamiento, conforme doctrina que cita. Concluye señalando que, tal como lo sostuvieran fundadamente los Dres. Monti y Reyes en sus votos, concurren en el caso los elementos normativos de duración y de circunstancias de realización que exige el segundo párrafo del Art. 119 del C. P., por lo que solicita se rechace la impugnación incoada y se confirme la sentencia.

5. Resumidos los antecedentes del caso, entro a analizar los argumentos de la impugnación. En la audiencia celebrada de conformidad a lo dispuesto por el Art. 385 CPP el recurrente amplía la crítica que fuera plasmada en el escrito de interposición. Así, en el momento de desarrollar oralmente los fundamentos del recurso el Defensor introduce un somero cuestionamiento a la valoración probatoria que contiene el fallo. La Fiscalía se opone a dicha ampliación, por entender que resulta contraria a la expresa previsión legal.

En cuanto al alcance que cabe atribuir a la disposición contenida en el Art. 385, tercer párrafo, CPP., acerca de la posibilidad de introducir agravios en esta instancia, he dicho con anterioridad que "si bien ... el texto de la citada norma procesal, tomado en su literalidad, impediría ingresar al análisis de la cuestión –como pretende la Fiscalía-, en tanto establece que en la mencionada audiencia las partes podrán ampliar los fundamentos o desistir de algunos motivos pero "no podrán introducir otros nuevos", considero que una interpretación sistemática de las normas legales y constitucionales en juego exige al Tribunal ingresar en el tratamiento de la cuestión tardíamente introducida. Entiendo que una aplicación estricta de la citada norma colisiona con el principio general que, en materia del recurso ordinario contra la condena, fija el Art. 374, cuarto párrafo, del CPP, en tanto instituye: "No podrán aducirse motivos formales para rechazar el mismo. En caso de duda, se presume que el imputado ha ejercido el derecho de impugnar la sentencia". Si tal amplitud rige

respecto del recurso en su integridad, no se advierte el fundamento que permita sustentar la restricción regulada, respecto de aquello originariamente omitido en el acto de interposición del recurso".

"A lo anterior se suma el principio de interpretación legal restrictiva, consagrado en el Art. 31 CPP, respecto de toda norma que limite el ejercicio de los derechos del imputado, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema que, en una clara tendencia a dispensar el incumplimiento de cargas formales cuando se halla en juego el derecho de defensa en juicio (doctrina que incluye la referida al "exceso ritual manifiesto, Fallos 300:148; 301:1149; 313:215 y otros), ha ampliado recientemente la posibilidad de subsanar el requisito de temporaneidad en el mantenimiento de un recurso (CSJN, caso "Keiler, del 30/06/10)" (autos: "M., R. y otro p.s.a. robo agravado a A. B. - Trelew" Carpeta 1986 OJ Tw – Legajo 19796 OUMPF Tw).

Por lo expuesto, entiendo que constituiría un ritualismo indebido impedir el ingreso de una nueva crítica en esta instancia. Ello, en la medida en que se haya dado a la parte acusadora la posibilidad cierta de contradecirla, tal como ha ocurrido en el caso de autos.

6. En su alegación en esta instancia la Defensa indica que, si bien su parte no ha objetado la materialidad ni la autoría del delito de abuso sexual simple, no se ha valorado adecuadamente -por parte de la mayoría del tribunal A-quo- la particular situación en que se dieron los hechos, así como el contexto familiar en el que vivía la niña. El defensor habla de una actitud desaprensiva de la madre, quien habría usado a la hija como señuelo, dejándola en situación de total vulnerabilidad y con antecedentes de haber sido accedida carnalmente por otro vecino cuando tenía 10 años. Entiende que tales circunstancias deben ser evaluadas al juzgar la conducta de su defendido.

Asimismo, la Defensa cuestiona los vicios que observa en el irregular procedimiento seguido para obtener el testimonio de la menor -entrevista en cámara gesell-, defecto que adquiere relevancia por ser la niña la única testigo directa de la mayoría de los hechos atribuidos al acusado. Indica que tal déficit fue materia de expresa mención en la sentencia por parte de los jueces Arguiano y Monti, quienes advirtieron, particularmente el primero, que el interrogatorio tuvo una extensión inusual y estuvo plagado de preguntas sugestivas y de intervenciones desaconsejadas.

Dice el defensor que, por lo general, se parte de la premisa de que el niño no miente; sin embargo, es sabido que a veces sus alegaciones son falsas o bien que, aún sin ser mentirosas, pueden no ajustarse a la realidad a partir de una deficiente técnica de interrogatorio. La entrevista en cámara gesell debe ser tomada por un profesional altamente especializado en la materia pues, afirma, se corre el riesgo de incurrir en subjetividades. Advierte en el presente caso una falta total de objetividad en la entrevistadora, pues es claro que ha influido en la declaración en procura obtener determinadas respuestas.

7. La crítica que en tal sentido desarrolla el recurrente fue contestada en el fallo, particularmente en los sufragios de los jueces Arguiano y Monti. El primero advierte sobre las múltiples irregularidades en la recepción del testimonio, señalando su excesiva duración, la reiteración de preguntas así como el empleo de otras sugestivas, el uso de un lenguaje ajeno a los modismos usuales en la zona y una clara inducción en el modo de interrogar. También el juez Monti refiere que la cámara gesell tuvo una duración desmedida, que la niña fue interrogada varias veces sobre un mismo punto, habiendo la menor expresado su fastidio, inclusive, ante la reiteración de preguntas ya formuladas.

No obstante las severas críticas que formulan, los Jueces rescatan aquellas porciones del relato de la niña que aparecen como manifestaciones espontáneas o inestructuradas.

Asimismo aplican criterios de credibilidad del testimonio, tales como la cantidad de detalles que brinda, la alusión a complicaciones inesperadas –como cuando alude la menor al episodio del ladrido del perro ante la llegada de la hermana-, o bien la descripción de acciones puntuales –dice que el acusado le "chuponeaba" el cuello-, o la reproducción de conversaciones –"rajá de acá", refiere la menor que le decía el imputado-. Por último, se hace referencia a una complicación inesperada (otro indicador de credibilidad), cuando alude la niña a que en la última situación de abuso son sorprendidos por la denunciante.

Coincido con el criterio del los Magistrados del juicio, tanto en lo referido a las dificultades probatorias del caso -surgidas a partir del inadecuado interrogatorio al que fuera sometida la niña-, como en el análisis de las notas de credibilidad de ciertos pasajes del relato de la menor, concretamente referidos a los incidentes sexuales padecidos.

Respecto de la primera cuestión debo decir que en forma reiterada he sentado posición acerca de los recaudos que hay que tomar en la recepción del testimonio de un menor, particularmente cuando no va a reproducirse en el juicio. Al respecto he señalado recientemente, que se "debe evaluar ... si la entrevista ha sido llevada correctamente, es decir, si no han mediado preguntas sugestivas, sutiles aprobaciones o desaprobaciones, o cualquier otro defecto en el interrogatorio que pudiera contaminar el relato del niño" ("B., H. s/denuncia" (Carpeta 2598 OJ, Legajo 20658 MPF Tw).

Se ha dicho, también, que "debe tenderse al perfeccionamiento de las técnicas de evaluación existentes y al desarrollo de herramientas válidas y confiables, que nos acerquen al sujeto testimoniante de manera empática, no simpática ni antipática, tampoco arbitraria, pero con toda la objetividad de la exigencia científica" (Iris Ayala, *"Abuso sexual infantil. Credibilidad o veracidad"*, (http://psicologiajuridica.org./archives/892)

Se ha explicado, asimismo, que "las entrevistas deben responder a la técnica del recuerdo libre, vertebrado en torno a una batería de peguntas abiertas y no directivas, lo que supone evitar las preguntas cerradas de naturaleza sugestiva o inductora. Se debe eludir tanto la entrevista tipo interrogatorio como la entrevista excesivamente paternalista" (Enrique Echeburúa e Ignacio José Subijana, Sistema de Información Científica, Red de revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, *"Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente"* http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=33712016008).

Más allá de reiterar mi opinión acerca de la necesidad apremiante de que se reconozcan y superen estos déficit investigativos, coincido con el Dr. Gabalachis en cuanto a que los vicios advertidos no determinan la nulidad del acto, aunque sí deben tomarse muy en cuenta, a modo de alerta, al valorar una información tan defectuosamente introducida.
Por ello, en el caso no diría que el relato de la niña surge "diáfano", pero coincido con los Sentenciantes en que se ha podido reconstruir válidamente a partir de aquél una serie de situaciones abusivas de claro contenido sexual, que fueron llevadas a cabo por el acusado en perjuicio de la menor.

8. Si bien lo anterior, sumado al reconocimiento por parte del imputado acerca de una porción de las conductas atribuidas, eximiría de profundizar el análisis de la declaración de la niña pues, además, las partes han coincidido -en líneas generales- en conferirle verosimilitud, considero necesario formular algunas precisiones al respecto.

Los Jueces han descartado, a mi juicio correctamente, una posible mendacidad en los dichos de la menor; también, la circunstancia de que la versión que brinda haya sido producto de la fabulación o sugerida por personas que pudieran querer perjudicar al imputado.

La verosimilitud en el relato se ha visto decididamente reforzada por el testimonio directo de la madre, quien presenció una de las situaciones de abuso (la última). A su vez aquella versión ha sido corroborada, también, por la testigo M. A., a quien la menor le cuenta con cierto detalle las conductas sexuales intrusivas padecidas, relato que por su inmediatez –se produce al día siguiente del último episodio-, cobra mayor peso probatorio.

La acusación describe los hechos como ocurridos entre el 15 de noviembre de 2010 y el 23 de febrero de 2011, en el domicilio de la menor y en un taller de propiedad del imputado –ubicado en frente de la vivienda de aquella-; atribuye a éste haber abusado sexualmente de la niña –de 12 años- en reiteradas oportunidades, doblegando su resistencia mediante el uso de amenazas, accediéndola carnalmente por vía anal e introduciendo su pene en la boca de la menor, a fin de que le practicase sexo oral.

Los Sentenciantes, en mi opinión, han ampliado la plataforma fáctica al atribuir al acusado hechos no detallados en la acusación, tales como tomar a la menor desde atrás, manosearla, levantarle la remera y bajarle el pantalón y apoyarle algo en la cola mientras ella estaba de espaldas (sic). También han expandido la imputación en cuanto al modo comisivo de los ilícitos, dando por acreditado el empleo de "fuerza o violencia" para doblegar la voluntad de la niña, al haberle pegado con la mano en el rostro y sujetado, extremos no descriptos en la pieza acusatoria.

Bien podría decirse que no se ha afectado la congruencia en el caso pues, a pesar de la atribución de conductas que no fueron específicamente detalladas en la acusación, tratándose de afectaciones progresivas ello resultaría admisible. Así, descartado el acceso carnal originariamente atribuido, el remanente de necesaria –o casi segura- afectación a la integridad sexual de la víctima puede

considerarse implícitamente atribuido, máxime si no ha mediado controversia alguna al respecto.

En cambio, no ocurre lo mismo con la ampliación de la plataforma fáctica respecto del medio comisivo para lograr la intromisión sexual, esto es, el uso de la "fuerza" o la "violencia". En efecto, la acusación habla exclusivamente de "amenazas" respecto de la totalidad de los hechos imputados, y ambos modos comisitos no son equivalentes. Convalidar la ampliación en este punto permitiría agravar indebidamente el contenido de injusto de las conductas reprochadas, pudiendo incidir en la pena a imponer.

Pero, además del referido óbice formal para la atribución del uso de violencia por parte del acusado, me permito señalar que no he encontrado en la prueba sustanciada ningún elemento de peso que permita afirmar tal extremo. Es que partiendo de los dichos de la única testigo directa de los hechos -a excepción del último que, como viéramos, fue presenciado por la denunciante pero que claramente no fue perpetrado con violencia-, las alusiones que hace en su declaración en modo alguno permiten inferir la configuración de esa circunstancia particularmente agravante.

Concretamente, ante la pregunta en cámara gesell a la niña sobre si suele tener pesadillas, contesta que a veces sueña "que él a mí me pegaba" (en relación al acusado), agregando "yo sentía que me pegaba de nuevo". Interrogada sobre cuándo le pegaba, contesta textualmente "cuando él me decía rajá y yo no quería irme". Preguntada para que diga cómo le pegaba, dice "acá me pegaba, así" y hace un gesto como de palmearse las mejillas. Es claro, en mi opinión, que palmear las mejillas para que la niña se fuera del taller (circunstancia esta última que es repetida más de una vez por la menor) no puede asimilarse, en modo alguno, al empleo de fuerza o violencia como medio para consumar la intromisión sexual indebida.

Por ello, más allá de tener por cierta la *vis compulsiva*, ya que la niña habla en varios pasajes de su relato de las reiteradas amenazas padecidas, entiendo que no

puede considerarse acreditado el uso de fuerza o violencia por parte del acusado al momento de graduarse la penalidad a imponer.

9. Cabe, ahora, tratar el agravio originariamente planteado por la Defensa al deducir la impugnación, vinculado al encuadramiento legal que sienta el fallo de condena. Al momento de calificar jurídicamente los distintos episodios de abuso sexual que entendieron acreditados, los Sentenciantes centraron su análisis en los referidos al contacto bucal-genital entre la niña y el acusado (*fellatio in ore*). Al respecto la sentencia cuenta con una disidencia, ya que para los jueces de la mayoría –Dres. Reyes y Monti- tales hechos encuadran en la figura del abuso sexual gravemente ultrajante, en cambio para el juez Arguiano, configuran abusos sexuales del primer párrafo del Art. 119 CP.

Mucho se ha escrito acerca de los reparos de índole constitucional que ha merecido la introducción del segundo párrafo del Art. 119 CP, en cuanto contempla, como agravantes del abuso sexual, determinadas condiciones vinculadas a una especialmente grave intensidad de afectación. Recordemos que la norma establece: "La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso, por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima".

Es sabido que la función de los tipos penales es la de servir de garantía ciudadana, a fin de que los destinatarios de la norma puedan conocer de antemano cuáles son las acciones u omisiones consideradas penalmente relevantes y, a su vez, las consecuencias punitivas que su realización acarrea.

Justamente, la imprecisión normativa impide el conocimiento tanto de las conductas prohibidas, como del nivel de gravedad de sus consecuencias. Ello ocurre, sin

duda, cuando el mandato prohibitivo contiene elementos eminentemente valorativos, pues entonces su determinación queda librada a la particular subjetividad del presunto afectado o de quien –peor- está encargado de juzgar la tipicidad de la conducta.

La vaguedad en la redacción de la norma que nos ocupa –119, 2° párrafo, del CP- ha llevado a un importante sector de la doctrina a sostener que esta figura agravada atenta, lisa y llanamente, contra los principios de legalidad, de tipicidad y, particularmente, de máxima taxatividad legal. Es que, sin demasiado esfuerzo, se advierte que el oscuro texto pone en crisis, cuando menos, un principio básico del derecho penal expresado en el adagio latino *nullum crimen sine lege* (Art. 18 CN), interpelando, como recuerda la Defensa, las nociones de *lex praevia*, cierta, escrita y estricta.

La incerteza exige que el juzgador tenga muy presente, no sólo las reglas que rigen la recta interpretación de la ley penal, sino también la prohibición de la analogía, principio rector que impide toda posibilidad de añadir prohibiciones al catálogo penal a partir de las propias convicciones u opiniones de quien debe aplicarlo.

Cierto es, como se dijo más arriba, que ciertas acciones, particularmente cuando implican grados diferentes de afectación al bien jurídico, resultan de muy dificultosa determinación. Podría incurrir en un casuismo inadmisible el legislador que pretendiera contemplar en todos sus detalles las diversas posibilidades de lesión al bien jurídico.

Sin embargo, la conducta prohibida debe poder ser comprendida y definida con claridad por sus destinatarios, por lo cual es exigible al legislador el empleo de un lenguaje concreto, sencillo y accesible, que no deje librado al intérprete cuáles casos quedarán atrapados por el mandato prohibitivo –en el caso por la figura agravada- y cuáles no.

Además, a la dificultad general derivada de la textura abierta del lenguaje se suma la cuestionable técnica de introducir nociones de valor (ultrajante) y, peor, pues se alude a conductas vinculadas con la vida sexual de las

personas, cuestiones que suelen involucrar aspectos de índole moral, cultural, religioso, etc..

Es preciso, pues, ser muy riguroso en el análisis. En el caso no hay duda de que los episodios a juzgar encuadran en la figura básica del Art. 119 CP, pero habrá que ver si están dadas las condiciones que la ley exige para aplicar la agravante. La mayor severidad punitiva de esta última es enorme, en tanto el mínimo de la escala coincide con el máximo legal del tipo básico (cuatro años de prisión).

Un sector de la doctrina ha conceptualizado el sometimiento "gravemente ultrajante" como un tipo penal abierto. Sabemos, por otra parte, que se trata de una fórmula que no reconoce antecedentes en la legislación punitiva argentina. Esto ha motivado que no se haya podido arribar a un consenso importante respecto de su alcance interpretativo; idéntico fenómeno se advierte a nivel jurisprudencial.

La cuestión exige una toma de posición por parte del intérprete: si se considera que el defecto en la redacción de la norma resulta insuperable, el juez debe declarar su inconstitucionalidad; en caso contrario, esto es, en el supuesto de entender que la incompatibilidad con el principio de legalidad no es absoluto, debe tratar de neutralizar todo lo posible el defecto, reduciendo al máximo su aplicación en los casos concretos.

Así lo ha expuesto el juez Mario Juliano al señalar que " … no obstante el esfuerzo del legislador por circunscribir el supuesto típico -por "su duración" o por "las circunstancias de su realización"- considero que queda abierto un margen de discrecionalidad interpretativa que debe ser reducido a sus mínimas expresiones para no vulnerar los aludidos principios de legalidad, tipicidad y taxatividad"(Tribunal en lo Criminal N ° 1 de Necochea, "R. J. s/ abuso sexual calificado por el vínculo"- Sentencia del 01/12/03).

10. Esta última ha sido, interpreto, la posición que ha asumido el juez Arguiano y, en verdad, encuentro impecable el camino lógico que ha recorrido para decidir la subsunción legal que más ajustadamente se corresponde con los hechos probados en la causa. El Magistrado, con plena conciencia de que la inconstitucionalidad es la *ultima ratio* para el intérprete, pero con total apego a los principios de máxima taxatividad legal e interpretativa de la ley penal, ha reducido los supuestos de aplicación de la figura agravada a aquellos en que los elementos normativos típicos exigidos para el agravamiento, esto es, las circunstancias de realización o la duración, estén acreditados con certeza. Esto, que podría parecer obvio, no lo es tanto, si nos atenemos a las diametralmente opuestas interpretaciones jurídicas que, sobre la cuestión, consagran los jueces frente a idénticas situaciones de hecho.

Al profundizar su análisis el Magistrado va desbrozando las características o condiciones que, sumadas al tipo básico, permitirían la aplicación de la agravante, siempre que en el caso concreto –insisto- puedan constatarse de modo fehaciente (como todos los demás elementos del tipo penal). De ese modo, sin fulminar el alcance de la norma de una manera absoluta, restringe con sólidos fundamentos su ámbito de aplicación.

Así, puede leerse en el voto que cito, que no es dado a los jueces "completar" las inconsistencias de la ley con criterios propios de quien juzga. Y a modo de conclusión, el Magistrado afirma que "desde la plataforma normativa que contiene la figura del abuso sexual descrito en el Art. 119, párrafo 2do del C. P., la condición agravada que demanda la calificación 'gravemente ultrajante' requiere para su configuración, por mandato legislativo y como elemento normativo del tipo, el cumplimiento de la condición de temporaneidad o de las circunstancias de realización, que la norma señala y respecto de la cual, desde mi óptica, no ha habido prueba suficiente. Que dado ello, la sujeción al Principio de Legalidad impide sostener que un suceso, por aberrante que cada uno en su fuero interno lo considere,

pueda ser tenido por tal y, pretorianamente, incluirlo dentro del Digesto Penal".

En absoluta sintonía con la doctrina que sienta el Magistrado, entiendo que las posiciones que consideran que la *fellatio in ore* debe ser automáticamente subsumida en la figura agravada del Art. 119, 2° párrafo, del Código Penal, exhiben una amplitud interpretativa expresamente prohibida al juzgador.

Insisto, la mínima discrecionalidad, inevitable en caso de admitir la constitucionalidad de la norma, puede neutralizarse reduciendo su aplicación a casos excepcionalísimos, en los que el sometimiento gravemente ultrajante para la víctima aparezca nítido, más allá de todo margen de duda o subjetivismo.

11. Acerca de la modalidad de los hechos concretos que han determinado la calificación agravada, sólo se cuenta con el relato de la niña. Así, tal como dice la Defensa, en la última parte de la extensa entrevista la menor hace una lacónica referencia, sin otro detalle o precisión, a dichos actos. En ese contexto, la niña dice haber vivido una situación abusiva anterior, cuando tenía 10 años, por parte de un vecino al que le decían "el violador". Seguidamente expresa que esa persona le hacía "lo mismo" que el acusado. Interrogada al respecto manifiesta que O. –el acusado– "decía que le agarre algo y yo no quería". A continuación, la pregunta: ¿Ese algo qué era, su parte íntima?, respondiendo la testigo: "Sí, y también me la hacía chupar"; seguidamente la entrevistadora pregunta: ¿Y qué le chupabas? Y la niña responde con los mismos términos sugeridos en la pregunta: "sus partes íntimas".

¿Puede afirmarse con certeza, a partir de esos dichos cuya credibilidad no se discute, que se trató de una conducta denigrante, intrínsecamente escandalosa, o de alto contenido vejatorio, como se afirma en los votos mayoritarios del fallo impugnado?

Según entiendo, la falta de alusión por parte de la víctima de cualquier otra circunstancia que haya agravado la situación –de por sí abusiva- y que permita inferir una modalidad con alguna otra particularidad que la distinga, tanto en su intensidad como en su duración, impide considerar la conducta como "gravemente ultrajante", justamente por falta de acreditación de sus requisitos típicos.

En el caso, por ejemplo, no se ha demostrado ningún detalle que muestre una situación denigrante o bochornosa; no se describe que una posible eyaculación de parte del agresor se vincule a este tipo de práctica; no hay un vínculo de parentesco ni de particular afecto entre el acusado y la víctima; se trata de una menor que durante la mayor parte de los episodios atribuidos contaba ya con 13 años de edad; las concretas intrusiones no incluyen ninguna connotación –he descartado la violencia- que fuera más allá de la propia entidad intrusiva del hecho en sí.

Un paréntesis. Se ha dejado entrever una situación de desprotección, desamparo y vulnerabilidad de la pequeña en su entorno familiar. La niña, en el período señalado en la acusación, concurría asiduamente al taller del acusado, como lo reconociera la madre. La Defensa ha sugerido –también los Jueces en el fallo- un supuesto conocimiento por parte de la progenitora de la situación padecida por la hija, ante lo cual permanecía impasible, hasta que las cosas ocurrieron delante de ella. No dejan de mencionar, incluso, que aún en esa oportunidad, y pese a haber presenciado una situación de abuso, la denunciante dijo no haber hecho nada ese día "porque tenía visitas en su casa". Todo esto se vincula, a su vez, con una situación abusiva padecida cuando la niña tenía 10 años, por parte de un vecino.

Pero, más allá del preocupante contexto de situación, creo adecuado reiterar la opinión de que si bien el contacto bucal-genital, el marco de una agresión sexual, tiene un nivel de afectación del bien jurídico mayor, no se trata de un acto que determine *per se* la aplicación de la figura agravada del Art. 119, segundo párrafo, del código penal.

Será cuestión de determinar en cada caso si las particulares circunstancias del episodio permiten, más allá de toda duda, aplicar la cuestionada norma. El grado de afectación, indiscutiblemente mayor que el de un tocamiento, deberá ponderarse en la individualización punitiva.

En cuanto a la reiteración de episodios de similar naturaleza debo decir, contrariamente a lo sostenido por los jueces de la mayoría, que según entiendo no es esa la circunstancia tenida como agravante por la norma. La alusión a "la duración" se refiere a la extensión en el tiempo de la acción intrusiva en sí misma, ya que una excepcional prolongación del acto ilícito denota, objetivamente, un grado de sometimiento que aumenta especialmente la mortificación. De aceptarse ese criterio, concluiríamos en que la mera reiteración de hechos de menor afectación se convertiría, por la sola circunstancia de su repetición, en gravemente ultrajante. Se trata, entiendo, de una cuestión que deberá ser mensurada, también, en forma prudencial al momento de graduar la pena.

12. Por todo lo expuesto, concluyo en que los hechos acreditados en la causa no ameritan el agravamiento previsto por el 2° párrafo del Art. 119 del C. P. y son enteramente subsumibles en el 1° párrafo de la norma, tal como lo peticiona el recurrente. Así voto.

13. Cabe, finalmente, analizar las consecuencias jurídicas de la decisión que antecede. En punto a la pena impuesta considero que corresponde su anulación, en tanto no está habilitado el Tribunal para fijarla. Ello así, toda vez que el cambio del encuadramiento legal, determina no sólo la aplicación de una nueva escala penal sino, también, la consideración de circunstancias de hecho diversas a las debatidas con anterioridad. Lo dicho amerita un nuevo debate y una nueva decisión que tendrá, a todo evento, la posibilidad de contar con la impugnación ordinaria que prevé el estatuto procesal en su Art. 374. Fijarla este Tribunal

implicaría violar el principio de contradicción en relación a la pena y privar de una eventual instancia ordinaria al acusado, lo que resulta improcedente.

14. Corresponde imponer las costas al acusado (Art. 241 CPP), regulando los honorarios de los profesionales intervinientes en el 35 % de los regulados en la instancia de origen, de conformidad a lo establecido por los Art. 5, 7 y 13 de la ley XIII N ° 4 –antes decreto ley 2200-.

**El Juez Omar Florencio Minatta dijo:**

**1.**Se queja la defensa por la calificación legal que la sentencia efectúa sobre la situación fáctica comprobada, efectuando una serie de consideraciones que este vocal comparte, especialmente por la unánime queja de doctrina y jurisprudencia especializada en el tema respecto de la vaguedad e imprecisión del tipo penal agravado que se le aplicó al condenado.

**2.**En efecto, frente a la utilización por parte del legislador de conceptos abiertos e imprecisos que llevan a más de una interpretación, los jueces deben -por expreso mandato constitucional- seleccionar necesariamente la interpretación más restrictiva de todas. Esto último es lo que se denomina principio de máxima taxatividad interpretativa y es señalado como el último y mas refinado fruto de la evolución del principio de legalidad, en virtud del cual los jueces, frente a una interpretación semántica de las palabras que lleven a una interpretación amplia y otra más restringida, debe optar por ésta última por exigencia expresa de la naturaleza excepcional de la ley penal. Estos lineamientos han sido claramente establecidos por nuestro máximo tribunal de justicia del país, el que en un reciente caso delineó los principios fundamentales a los que debe someterse la ley penal. Por la importancia jurisprudencial, académica y síntesis que tal fallo posee, transcribimos textualmente su parte pertinente.” 6°) Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se

le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (Art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal." (Fallo: "Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Alejandro Esteban Acosta en la causa Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción Art. 14, 1° párrafo ley 23.737 Causa N ° 28/05" (CSJN – 23/04/08).

**3.**Traído lo anterior al caso a decidir, pasamos a analizar si los hechos que los jueces tuvieron por probados pueden subsumirse en el abuso sexual agravado o quedar, como lo pretende la defensa, en el tipo básico del artículo 119. En esta senda, adelantamos que los hechos no alcanzan como para declarar con certeza que ellos han sido gravemente ultrajantes para la menor, tal como lo exige el tipo penal puesto en crisis por la defensa, por las siguientes razones que ya expusiéramos en anteriores casos.

En primer lugar, hay que traer a colación la enorme dificultad para el intérprete que implica la expresión " gravemente ultrajante para la víctima" que utiliza el tipo

penal, dificultad que deriva directamente del enorme error del legislador de implantar como elemento típico una expresión que es altamente valorativa y, por lo tanto, difícil de verificar o refutar probatoriamente como hecho concreto que lleve a afirmar su verdad o falsedad, característica de todo juicio de valor. En esto reside la dificultad de la semántica empleada por el legislador, resintiendo el principio de máxima determinación de los hechos que se deriva del principio de legalidad como garantía de los ciudadanos, al dejar librada prácticamente a la libre valoración del juzgador las palabras de la ley, permitiendo, así, la arbitrariedad en la apreciación de los hechos pero, sobretodo, la dificultad para refutar mediante hechos empíricos la afirmación en tal sentido de la acusación, menguando, a su vez, el derecho de defensa en juicio. En definitiva, las expresiones típicas que venimos criticando permitirían prácticamente fallar en base a las valoraciones morales del propio juzgador, lo que decididamente se da de bruces con un Estado Constitucional de Derecho que busque regir las interacciones en una sociedad pluralista en que un mismo hecho puede ser gravemente reprochable para la moral de algunos y reprochable normalmente para otros. Si se comparten las anteriores reflexiones, debemos acordar en una interpretación lo más restrictiva posible al poder punitivo respecto de las palabras de la ley, so pena de declarar la inconstitucionalidad si así no pudiere hacerse. Es decir, en este caso concreto, una interpretación restrictiva permite subsumir los hechos como abusos sexuales que no son gravemente ultrajantes, puesto que no se observa de las declaraciones de la víctima o de sus secuelas, que las acciones del condenado la hayan incapacitado o dificultado en demasía su vida sexual normal en el futuro, situación que, si se quiere, bien podría razonablemente encajar en lo gravemente ultrajante para la víctima. Así la cuestión, corresponde efectuar un nuevo debate sobre la pena sobre la base de la calificación legal de abuso sexual simple en la modalidad del delito continuado, tarea que, para garantizar

el doble conforme, no corresponde hacerlo a este tribunal. Así lo voto.

**4. Costas:** Por último, comparto los términos propuestos por la vocal preopinante, en cuanto a la imposición de costas al condenado y a la regulación de honorarios profesionales.

**El Juez Guillermo Alberto Müller dijo:**

I.-Luego de la reseña que han efectuado mis pares preopinantes solo cabe mencionar sintéticamente que el Sr. Defensor de Confianza del condenado, Dr. Fabián Gabalachis, impugnó la sentencia recaída en autos invocando como motivo la errónea aplicación de la ley penal (Art. 372 inc. 2 del C.P.P.), pretendiendo que la conducta que se le endilga a su asistido se la ubique en la figura del Abuso Sexual Simple del Art. 119 1er. Párrafo del Código Penal y se ordene el reenvío para un nuevo juicio de cesura a los fines del monto de pena que corresponda aplicar.-

El caso ha sido resuelto por mayoría que concluyó por la adecuación de la conducta a la figura del Abuso Sexual Gravemente Ultrajante (Art. 119 2do. Párrafo C. P.), imponiendo la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, con la disidencia del Dr. Darío Arguiano quien se ha inclinado por la aplicación de la figura básica del abuso sexual.-

Pasando al análisis de la sentencia no ha sido cuestionada la plataforma fáctica, los jueces del tribunal de juicio tienen por probado los hechos acontecidos a partir del 15 de noviembre de 2010 y hasta el día 23 de febrero de 2011 cuando en reiteradas oportunidades la menor K. A. P. fue víctima de abuso sexual por parte del imputado J. O. G. S., quien la tomaba de atrás, le levantaba la remera, la manoseaba, le bajaba el pantalón y la ropa interior y le apoyaba algo en la cola mientras ella se encontraba de espaldas, parada y sujeta por el imputado, quien a su vez le tapaba la boca, obligándola en forma reiterada a que le

chupara el pene, doblegando la voluntad de la niña no solo ejerciendo fuerza y violencia, sujetándola y pegándole con la mano en el rostro sino también amenazándola diciéndole que si no accedía a lo que él estaba pretendiendo la iba a matar a ella, a su madre y a su hermana.-

Sobre esta base los Dres. Monti y Reyes deciden la aplicación del segundo párrafo del Art. 119 del código sustantivo, poniendo acento en la penetración del pene en la boca de la víctima y también en la reiteración de hechos a través del tiempo, es decir que dan por establecidas las dos condiciones agravantes de la figura básica del abuso sexual, la prolongación en el tiempo –duración- y las circunstancias de su realización; por el contrario el Dr. Arguiano entiende que no se dan en el caso y engloba el accionar en la figura del primer párrafo de la mencionada norma.-

No puede escapar a éste análisis que la edad de la víctima no fue acreditada en el juicio, así lo sostienen los tres Magistrados y se corrobora fácilmente con el acta y registros de la audiencia respectiva, aunque tienen por cierto como modalidad del abuso el uso de violencia y de amenazas lo que no ha sido materia de agravio.

En definitiva la Defensa brega por la aplicación de la figura básica del abuso por cuanto entiende que la practica sexual establecida y la reiteración de hechos por sí solos no resultan determinantes para considerar la conducta como gravemente ultrajante, criticando en la audiencia celebrada a tenor del Art. 385 del C.P.P. como se había desarrollado el testimonio de la menor en cámara Gesell, la que no fue correctamente abordada por la tratante puesto que la entrevista tuvo una excesiva duración, un interrogatorio reiterativo y hasta sugestivo, y que sobre el final menciona la práctica sexual ya aludida, lo que imponía extremar cuidados y prudencia a los fines de su debida ponderación, aunque expresamente aclara que no resulta inválida la prueba, lo que fue cuestionado por el Sr. Fiscal por cuanto el planteo no fue materia de agravio en el recurso presentado por la defensa.-

Queda claro que el recurrente no cuestiona la valoración probatoria que realizaron los jueces para tener por acreditada la modalidad de la practica sexual a la que era sometida la víctima, no obstante entiendo pertinente señalar ante la observación del Fiscal respecto a la crítica de la Defensa en torno a la declaración de la menor que, consolidada en nuestro ordenamiento legal la garantía del doble conforme (arts. 8.2 C. A. D. H. y 14.5 del P. I. D. C. P.) y a partir del precedente "Casal" se habilita una revisión amplia de la sentencia conforme a las posibilidades y constancias de cada caso por parte de los jueces del tribunal de casación (C. S. J. N. fallos 328:3399), "…en consecuencia, el papel asignado a los tribunales superiores –en especial aquellos encargados de asegurar el doble conforme- también se vincula al control de la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta que la apreciación de la prueba de cargo disponible no se aparte de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos, y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea." (T.C.P. de Bs. As. Sala III 31/05/2011 "F. D. J. s/ recurso de casación" Revista de Derecho Penal y Criminología –Año I – Dic.2011).-

Sobre el particular se extrae de la sentencia que los jueces han tenido en cuenta esta observación y sin embargo pese a las falencias y dificultades marcadas otorgan credibilidad a las manifestaciones de la víctima cotejándola con la totalidad del material probatorio, es decir que es producto de una valoración integral y adecuada.-

Vale reiterar en esta oportunidad que queda fijada la queja del recurrente en que los jueces Monti y Reyes hayan considerado en el caso puntual la denominada "fellatio in ore" como una práctica gravemente ultrajante, admitiendo incluso que las mismas se extendieron durante un lapso de

tiempo que superó los tres meses, proponiendo, en consecuencia, que se aplique la figura del Abuso sexual simple, con lo que no estoy de acuerdo y disiento así con mis pares preopinantes, porque la practica en sí misma abastece las exigencias de la agravante en cuestión.-

El abuso sexual gravemente ultrajante del segundo párrafo del Art. 119 posee una estructura similar a la del abuso sexual simple. En ambos supuestos debe darse un sometimiento ultrajante, pero en el caso del segundo apartado la modalidad de la agresión debe ser cualitativamente más grave que el común de las circunstancias que quedan abarcadas por la figura básica.-

Es cierto que la formulación del segundo párrafo del artículo 119 es evidentemente imprecisa, como casi todos los comentaristas de la ley lo afirman, pero aun así no quedan dudas a mi criterio de que la agravante nuclea aquellos casos extremos en los que la agresión sexual implica la penetración sexual de un instrumento u otra parte del cuerpo que no sea el órgano sexual masculino, o éste último en la boca. Este es el elemento que permite distinguir a la violación de otras formas de abuso sexual, apenas menos graves, que se caracterizan por el grado de ultraje que representa la penetración de la lengua, los dedos u otros objetos similares en la vagina o el ano del sujeto pasivo, (Gavier, Enrique A. “Delitos contra la integridad sexual”, 2° edición, Editor Córdoba, Córdoba, 2000, pp. 31 y ss., y Figari, Rubén E. “Delitos de índole sexual”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, pp. 111 y ss.).-

Estos casos extremos de abuso sexual que implican penetración, pero que no llegan a configurar una violación, se distinguen claramente de aquellos supuestos muchos menos lesivos en los que el abuso sexual consisten en un mero tocamiento furtivo de alguna zona pudenda de la víctima, pero como dije siempre se debe verificar un sometimiento.-

El sometimiento se relaciona con la idea de dominio. Creus indica, en este sentido, que hay sometimiento “cuando se pone a otra persona generalmente por la fuerza o la violencia bajo la autoridad o el dominio de otra…” (Creus,

Carlos: "Derecho Penal. Parte Especial", tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007).-

Se alcanza el grado de sometimiento cuando el autor tiene la intención de poner a la víctima bajo su control como mero objeto de placer, noción que posee un componente objetivo y otro subjetivo: por un lado, el uso de violencia y amenazas, por el otro, el ánimo particular de someter a la víctima como objeto sexual. De esta manera, la duración del abuso o la circunstancia de su ejecución son condiciones necesarias pero no suficientes para dar realidad al sometimiento: éste requiere, a su vez, que el autor tome a la víctima como simple objeto de sus necesidades sexuales, pues aquí es precisamente donde se consuma la degradación de la persona, cuando ella es tratada como objeto, como medio para un fin, destacando los magistrados que los hechos de abuso se reiteraron en múltiples ocasiones en el lapso temporal establecido.-

Sentada las anteriores atestaciones del fallo recurrido, se ha concretado lo que la mayoría de los doctrinarios consideran respecto a que determinadas figuras introducen por la ley 25.087 requieren el análisis judicial es cada caso concreto dada la vaguedad de ciertos términos utilizados. Esto es lo que se ha hecho precisamente y por ende, dando por cierto los hechos tal cual como se expusieran, es adecuada la calificación legal efectuada por el Tribunal de juicio.-

II.- Sin perjuicio de mi disidencia y en virtud de la decisión que se adopta por mayoría se impone la realización de un nuevo juicio de cesura a fin de establecer la dosis de pena que corresponda en base a la escala penal de la figura del Art. 119, 1er. párrafo del C. P.; asimismo adhiero a la regulación de honorarios propuesta por los colegas preopinantes.-

De conformidad con los votos precedentes, por mayoría, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

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

1) **Hacer lugar** a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado J. O. G. S., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) **Modificar** la calificación legal impuesta en la sentencia recurrida, quedando subsumidos los hechos atribuidos al inculpado en el delito de abuso sexual del primer párrafo del Art. 119 del C. P., en la modalidad delito continuado (arts. 54 y 55 *contrario sensu* del CP);

3) **Declarar la nulidad** del debate sobre la pena, disponiendo el reenvío del caso para que el tribunal que corresponda decida la sanción a aplicar de conformidad con lo dispuesto en la presente (Art. 387 CPP);

4) **Imponer** las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), y regular los honorarios de los profesionales intervinientes en un 35% del monto fijado en la sentencia de mérito, por la labor desarrollada en la presente instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2.200); y

5) **Regístrese, protocolícese y notifíquese.**

**Mónica Rodríguez**

El Dr. Omar Florencio Minatta no firma materialmente la presente por impedimento ulterior al acuerdo (Art. 331, último párrafo del C.P.P.) y el Dr. Guillermo Alberto Müller remitió su voto a esta sede vía correo electrónico. Registrada con el Nro. 06/2012 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.