En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 3 días del mes de Septiembre del año dos mil doce, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, Presidida por Alejandro Javier Panizzi; integrado con los señores Ministros Jorge Pfleger y Fernando S.L Royer, para dictar sentencia en la causa caratulada **"R., D. E. s/ dcia. Abuso sexual s/impugnación"** (Expediente 22.408 -58-Año 2011).

El orden para la emisión de los votos que resultó del sorteo es el siguiente: Pfleger, Panizzi y Royer.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Introducción. Breve reseña del caso.

a. La sentencia de la Cámara Penal de Puerto Madryn que esta registrada bajo el número 11 del año de 2011, ha venido a conocimiento de la Sala por medio de dos vías procesales.

Una es consecuencia del recurso extraordinario deducido por la defensa particular de V. H. I. (ver las hojas 158 a 160), agraviado en tanto que la recurrida confirmó parcialmente la decisión del Tribunal Penal, pues ratificó la condena pero readecuó la pena que estableció en doce años de prisión, accesorias legales y costas. La otra es producto de la aplicación del instituto de la

///

Consulta en virtud del monto de la sanción impuesta (arts. 179 ap. 2° de la Constitución Provincial y 377 del C.P.P.Ch.)

Como se adelantó, el Tribunal del doble conforme homologó la decisión que declaró al atribuido autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la condición de ascendiente del autor en la modalidad del delito continuado (art. 119, cuarto párrafo, inciso b. del Código Penal) en relación con los hechos acaecidos en la ciudad de Puerto Madryn, entre el mes de Diciembre de 2008 y junio de 2009, en perjuicio de su hijo menor F. I. (Ver al respecto las sentencias de las hojas 140 a 156 y su par registrada al folio 19 del año 2011, hojas 64 a 91 del legajo).

b.- En lo que atañe, la sentencia del Tribunal Penal de Puerto Madryn , ratificada en parte conforme se ha dicho antes, aceptó la proposición fiscal que había postulado que "… a partir de los meses Noviembre/Diciembre del año 2008 hasta junio del año 2009, V. H. I. en el domicilio sito en B. P. II, manzana *** lote ** de esta ciudad- por Puerto Madryn-, donde vivía con sus padres y hermano, realizaba tocamientos a su hijo menor F. I. de aproximadamente 4 años

///

de edad. El niño era tocado en sus genitales con la mano y el pene del imputado, obligándolo a que le chupara el pene y haciéndole lo mismo a él, introduciéndole en el ano los dedos y un objeto duro palo o fierro, lo que provocó que el niño presentara el ano infundibuliforme, con dilatación de larga data. Estos tocamientos eran realizados durante las visitas que mantenía el niño con su padre, en forma reiterada, siendo retado por su padre al no querer que le realizara esos tocamientos…".

c. El abogado particular que ejerció la defensa durante el proceso, dedujo el recurso extraordinario en el escrito adosado entre las hojas 158 a 160, pieza en la que fundó y motivó las causas de su queja.

En el devenir de su discurso, el doctor del Mármol sostuvo que los sentenciadores del doble conforme habían incurrido en un error evidente en la determinación de la autoría, arguyendo que se encontraba legitimado para recurrir en virtud del art. 375 inc. 3° del C.P.P.

Al respecto puso la mira en el testimonio de la víctima, que consideró debía analizarse con sumo rigor.

Citó jurisprudencia del Tribunal al respecto y señaló que lo dispuesto en causa "P.,

///

M.F. s/ abuso sexual reiterado- dos hechos- en concurso real" (Expte. 21.027-P-2007) del año 2008, significaba "… una aplicación correcta de los principios fundamentales que gobiernan el proceso penal otorgando al principio de inocencia el verdadero valor que este tiene el cual, para ser derribado por parte del acusador o el sentenciante debe poseer pruebas contundentes que acrediten la autoría y materialidad del hecho, y no sólo meras afirmaciones de personas interesadas, aunado esto a datos objetivos que permitan verificar los dichos de los mismos…".

Renglón seguido, puso en vilo la existencia de lesiones compatibles con el abuso sexual e indicó que se habían valorado los dichos de los expertos, mas no "… lo establecido por todos y cada uno de los libros de medicina…" que enseñan que el ano infundibuliforme ya no se considera una secuela de abuso sexual, y por ende se ha descartado una hipótesis distinta como causa de la lesión que padeció la víctima.

Realizó al respecto un "racconto" de lo que había expuesto la doctora Sánchez, y criticó que los Jueces decidieron sin que se evaluara el hecho que el niño padecía de constipación crónica, ello con menoscabo del estado de

///

inocencia de su pupilo al escogerse la postura menos beneficiosa. Sobre el particular se extendió.

En segundo término consideró que se había incurrido en un error trascendental "… que lleva a modificar y tergiversar los principios del derecho procesal penal…", pues se dijo que no había testigos de los abusos, pero sí los hubo, aunque la Cámara no estimó citarlos. Ellos fueron L. M. I. y P. A. I. quienes, a su juicio, debieron ser convocados por el Ministerio Público y no por la defensa, y en farragosos párrafos repicó acerca del valor que ellos habrían poseído para el develamiento fuera de toda duda razonable.

Finalmente postuló que la pena era excesiva y debía reducirse pues se habían violado circunstancias que integran el tipo penal de la condena.

II. Algunas reflexiones pertinentes.

a. Sinceramente, si acaso este asunto no fuera de examen obligatorio por imperio de la Consulta, me inclinaría por declarar inaceptable el remedio que se intenta.

Así lo digo pues tratándose la instancia de un peldaño no ordinario en el desarrollo del proceso penal, una vez materializado el doble

///

conforme, los motivos de la impugnación han de ser descriptos con toda precisión, pues lejos está este momento de ser un nuevo foro de discusión sobre el valor que los Jueces asignaron a la prueba legalmente incorporada.

Me expreso de esta manera, pues el letrado de la defensa -cuya honestidad intelectual no pongo en duda- ha reiterado los argumentos que dio no sólo ante la Cámara en lo Penal, sino que adujo al tiempo de los alegatos en el juicio.

Y eso es inaceptable para llegar aquí, aún en el marco de lo que es norma: la posibilidad de argüir un error evidente en la apreciación de la prueba, determinante a la condena.

Es que considero que cuando el ataque se centra sobre el modo en que los Jueces fijaron los hechos y lo calificaron jurídicamente, ha de exponerse el "error evidente" en la construcción del discurso de justificación de la recurrida.

Y lo "evidente" se asocia con la percepción clara y precisa de los vicios que surjan del mero confronte entre el argumento del recurso y el texto impugnado.

Por ello exorbita la capacidad del remedio extraordinario cuando sólo se pone en juego revisar el valor que los Magistrados asignaron a la prueba. He señalado que un buen punto para

///

observar la evidencia del error lo constituye el estándar aplicable a la arbitrariedad.

Así habrá error evidente cuando los Jueces no hayan dado fundamento alguno a sus asertos, o acaso éstos sean ilegales, ilógicos o contradictorios,o aún se hubiera omitido la consideración de una prueba relevante al tema.

Por eso es que están lejos de la geografía del recurso los agravios enderezados a procurar el control de la aplicación de las reglas de la sana crítica racional en la determinación del valor conviccional de la prueba ("mutatis mutandi" STJCBA.Penal Sent. 38, MEZA, DR. 17/03/2008) o, como se pretende, la revaloración de la misma.

Pero la Consulta impone los deberes de escrutar estrictamente ambas sentencias para que se haga efectiva la garantía adicional que implica. A eso voy.

b. Se me ocurre inevitable señalar, al dar inicio al trazado del perfil de este decisorio, la especial protección de las leyes en relación con el testigo niño, cuando se arguye que es víctima del delito.

El niño es un testigo "especial", ya lo he expuesto en numerosas ocasiones; no es novedad. Pero "especial" en tanto merece protección "especial"; pero no porque sea un testigo calificado, un "testigo" que a priori vale más que otros; no.

///

Es especial porque sus expresiones han de ser obtenidas mediante procedimientos especiales (para su protección) y sometidas a sistemas de interpretación diferentes que – en interacción- son analizados por los jueces en el marco en que se ha expuesto.

Pero, y es tautológico, son éstos- los Magistrados- y no otros los que otorgan peso a las expresiones del testigo, menor o mayor, y en esa tarea valorativa no son suplidos por otros órganos cuya experticia también es objeto de tamiz.

Me refiero con esto a lo que, quizás impropiamente, llamamos "validación" del testimonio del menor, pero que, llámense como se llamen, solamente importan técnicas de abordaje a ese órgano de prueba que, como "especial", merece atención en los términos dados.

No ha de olvidarse que en un proceso que los posee como protagonistas ha de atenderse al "interés superior del niño" a que alude el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, principio que apunta a dos finalidades básicas: a) constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño y b) ser un parámetro objetivo que

permite resolver los conflictos del niño con los adultos.

Cuando como en este caso parecen colisionar dos derechos: el del imputado, a que su estado de inocencia sea enervado por pruebas ciertas, y el del niño, cuyo valor hemos indicado, es menester armonizarlos, porque ninguno puede prevalecer sobre otro tal si – en un instante- uno de los derechos que aparente pugna dejara de existir.

Una vez más recurro a una cita de autoridad. Aida Kemelmajer de Carlucci ha opinado que "...los conflictos planteados y sus dificultades muestran qué importante es tener una Magistratura sensible, especialmente preparada para responder a los nuevos requerimientos de los tiempos. El legislador debe dictar normas claras y eficaces, pero la interpretación y la aplicación de la ley, fundamentalmente en este tipo de materia no puede desentenderse de las especiales circunstancias de la causa y de las consecuencias futuras de la decisión. Por eso, el equilibrio sólo puede marcarlo el juez; pero para que la decisión cumpla con el famoso recaudo de la proporcionalidad, no solo se requiere sentido común, sino razonabilidad y eficiencia, elementos afanosamente buscados por los destinatarios del sistema de justicia..." (epílogo del artículo de

///

la autora citada titulado “El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa en juicio” en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal n° 9, editorial “Ad hoc”, pág. 215 a 235).

No puedo terminar estas consideraciones sin echar mano de la predica tantas veces aludida en el sentido que la certeza se construye sobre la base de confrontación de hipótesis probables en torno al hecho de que se trata y se afirma, en un sentido u otro, cuando prima la más consistente, sin dejar de lado que en toda especulación siempre hay una última anfibología que indefectiblemente se plantea y que debe revisarse para asegurar que la lógica aplicada es la prevaleciente.

La prueba debe apreciarse como un todo, pues cuando se parcializa o fragmenta su observación es factible que los datos mengüen en su valor, que será otro si se la aprecia en conjunto.

Los Jueces pueden evaluar toda demostración que sea legalmente incorporada al proceso, brindándole valor; lo importante está, en que las operaciones intelectuales no sean trasgresoras de las reglas de la sana crítica que es el método que han de aplicar en el examen de aquello que las partes aporten al debate.

Vale al respecto la regla epistemológica según la cual la combinación de varios elementos

///

de prueba tiene mayor valor que la confirmación que cada elemento de prueba singular puede atribuir a la conclusión, de modo que la unión de diversos elementos de prueba, cada uno de los cuales atribuya a la conclusión un grado de confirmación débil, puede sin embargo, producir un grado de confirmación conjunto bastante fuerte. Esta posibilidad depende de varios factores, como la intensidad con que cada elemento de prueba individual confirma la conclusión, la fiabilidad de cada elemento de prueba considerado en sí mismo y la cantidad de elementos de prueba disponibles…" (Ver Taruffo, en su "Simplemente la verdad" nota 139).

III. El caso

a. La sentencia de la Cámara en lo Penal, analizó, para concluir como lo hizo las expresiones de los médicos R. y Sánchez, fustigadas por la Defensa. También se detuvo en el análisis del testimonio del niño dado en Cámara Gessell, asistido por la Licenciada Salazar, cuyo testimonio fue también evaluado.

En el primer voto, se exploró, críticamente, la ponencia del doctor Yangüela y se echó mano a la opinión de expertos sobre el tema.

///

El segundo sufragio, luego del gesto de citarme que agradezco, refirió a la opinión de la Jueza Pérez Bogado en lo que concierne a las lesiones presentadas por el menor y a su ponderación contextual, así como también a la testimonial de las licenciadas S. y V.

Seguidamente procedió de idéntica manera en relación con el sufragio del doctor Yangüela, que había mencionado el tema de las lesiones y la testimonial de los médicos.

A tono con su par del primer voto, desechó las objeciones en torno a la Cámara Gessell, cuya dimensión e importancia consigno y citó a Carlos Alberto Rozansky, particularmente a su obra “Abuso sexual infantil”.

Coincidió con la doctora Pérez Bogado en el análisis integral de la prueba y remarcó lo que la Magistrado había señalado en relación con las deposiciones verbales de la Licenciada K. S. quien actuó junto a un perito de parte, el Licenciado A. Luego, marcó –nuevamente- la opinión del doctor Yangüela al respecto.

El doctor Minatta, tercero en pronunciarse, explicó la actitud del niño en la testimonial, y evaluó su calidad teniendo presente su condición etaria y lo que expectable

///

en un impúber de cuatro o cinco años que sufrió una situación desagradable.

Con prolijidad analizó el tema y puso énfasis en el informe de la licenciada S., y explicitó la coincidencia con lo que habían declarado la madre del niño, D. G. S., y la licenciada V.

c. Comparto, y así principio este punto, el criterio adoptado por la Cámara Penal, al tiempo de pronunciarse al respecto.

Sin analizar la prueba, sino al Juez frente a la prueba, como corresponde a la instancia, creo que el Tribunal ha procedido con apego a las reglas.

Si la Consulta importa verificar las cuestiones dudosas, digo de mi coincidencia con los Camaristas. Los Jueces del Juicio construyeron el discurso justificante de la declaración sin salirse un ápice de los estándares que mencionamos arriba, materializando una completa y conexa articulación de la evidencia devenida en medio probatorio.

Debo señalar que la apreciación de las lesiones sobre el cuerpo del menor no ha sido la única evidencia tenida en cuenta por los sentenciadores de primera instancia para aseverar que el hecho existió en su objetiva materialidad.

///

En rigor de verdad, aquello no ha sido “el dato”, sino “un dato” (valga la repetición del vocablo) que se ha considerado.

Pero cualquier examen que se pretenda serio merece investigar al menos de manera mínima si acaso este concepto es denotativo de algo en la medicina legal y en su caso de qué se trata.

José Angel Patitó, en su “Medicina Legal”, página 325” señala como uno de los modos de diagnóstico medicolegal de la violación al examen físico. Cuando más adelante refiere a los casos de violencia perceptibles en la zona anal y perianal, refiere a que en casos de violencia “…se pueden ver 1) congestión, edema y rubicundez; 2) desgarros y hemorragias comúnmente en horas 6 a 12; 3) orificio anal doloroso; 4) estupor anal o sea dilatación atónica como consecuencia de una dilatación…” y advierte que: “…Debe diferenciarse esta situación del denominado “ano infundibuliforme” descripto en casos de accesos carnales repetidos en el tiempo compatibles con la pederastia pasiva crónica…”

En la página “medicinalegalaldía.blogspot.com.ar/2008/07gineco-sexologa-forense html” puede leerse, también, que en los casos de violación anal “… es importante determinar si hay signos de violencia

///

reciente o si la víctima tiene coito anal habitual. En caso de haber violencia, el ano presenta las siguientes características: -desgarro triangular-desgarro de algunos pliegues anales-desgarros rectoperineales-hemorragias en las paredes del ano y del perineo. Los signos del coito anal habitual son los siguientes: -borramiento de los pliegues radiados perineales-relajación del esfínter anal-ano infundibuliforme…"

En http://www.emagister.com/cursointroduccion-psicopatologia-tercera parte/sintomatología-particular2, al tratarse de la homosexualidad masculina habitual, pasiva, y su diagnótico médico legal puede leerse "…El diagnóstico indiscutible e irrefutable se apoya en dos situaciones de excepción: a) comprobación de visu de tal tendencia, por una persona, cuyo testimonio resulte inobjetable, y b) confesión espontánea de su perversión. Hay varios signos clínicos que se destacan, entre los que están: a) piel de la región perianal lisa y engrosada e intensamente pigmentada (Dalla Volta): es poco frecuente, suele acompañarse de fisuras rectales superficiales y numerosas; b) borramiento de los pliegues radiados perianales (Zacchia) ; c)

///

relajación del esfínter anal; d) ano en diafragma (se toma en cuenta en casos de violación de menores); e) rodete fibroso periorificial anal; f) Procidencia de la mucosa anal, cuyas partes laterales pueden presentar el aspecto de labios vulgares; g) ano infundibuliforme (éste rasgo por si no constituye una prueba de certeza, ya que muchos pederastas pasivos perfectamente identificados, no presentaban ninguna anormalidad anal); h) dilatación extrema del esfínter (Tardieu): orificio abierto, incontinente de la materia fecal, borramiento absoluto de pliegues, cicatrices retráctiles, bandoleras fibrosas queloideas, hiperpigmentación de la mucosa, llamados "SIGNO DE LA CLOACA"; i) equimosis submucosa retrovesical (de la pared posterior de la vejiga, a nivel de las vesículas seminales), con infiltración hemática de la pared posterior del recto; j) incontinencia de la materia fecal (Voisin-Tardieu); k) crestas y condilomas perianales, son poco frecuentes…".

De manera pues que, aún no tomándose como factor indefectible, tampoco es desdeñable el signo o síntoma en el contexto en que se ha presentado aquí.

Coherentes con una manera de ver la prueba (de la misma manera que los jueces) no es

///

arbitrario escuchar y poner en valor las expresiones de los médicos que revisaron al niño y del forense Naccarato para concluir del modo en que se hizo.

Insistir, como lo ha hecho el doctor del Mármol, en la tesitura que expuso se me ocurre una demasía, pues sólo ha limitado a censurar el acogimiento de una opción posible y soslayado otros medios estudiados críticamente por los Jueces en su labor.

Coincido con el doctor Luchelli en lo que atañe a la función que el interrogatorio en Cámara Gessell posee. Es el método que asegura que el niño no padezca sufrimientos a causa del proceso, que se sumarían a la aflicción provocada por el delito.

Y no puedo menos que adherir a las sabias palabras del Juez Minatta, cuando –irrefutablemente- explicó los recaudos a tomar y luego la manera de decodificar racionalmente o de leer adecuadamente (simbólicamente hablando) el lenguaje de un niño de la edad del vejado.

Las explicaciones científicas, desde luego, no son denotativas de la insensatez de la sentencia respecto del encuadramiento; no. En todo caso son compatibles con los modos en que la sexualidad se ejerció sobre el impúber.

///

No veo razón, y por ello no diré mucho sobre el particular, en desvalorar los testimonios de los médicos citados exhaustivamente en la sentencia posterior al juicio, porque- reitero- los han analizado con tino los Jueces de la Cámara.

Me impresiona, y han acertado todos los que sentenciaron, en lo inequívoco del examen de la Licenciada L. K. S. que, con control de un perito de parte, percibió y narró la inocente manera en que los juegos del niño eran una clara señal del abuso al que había sido sometido, por su denotación a los ojos de un adulto.

Por fin la deposición jurada de la Licenciada A. L. V., contribuye a definir un cuadro de cosas que, para mí, conducen a la certeza de que el caso presentado por la Fiscalía es la opción que más allá de toda razonable duda debe aceptarse como realidad pasada.

c. En lo que toca al tópico concerniente a la ausencia de testigos que pudieron haber presenciado el suceso endilgado, atribuida por la defensa a un proceder defectuoso del Ministerio Fiscal, indico que es éste quien administra la producción de prueba para sostener la hipótesis de imputación y, por consiguiente, clasifica y modera su introducción en el debate.

///

La que se ha ofrecido y luego producido en la instancia ha resultado satisfactoria para lograr el propósito que animó al titular de la acción penal. Si acaso consideró superabundante la comparencia de los menores que pudieron atestiguar, procedió acorde sus capacidades, inobjetables desde la jurisdicción, que ha visto satisfecho el nivel de verdad exigible para fundar la declaración de hechos base del encuadramiento y fuente directa de la sanción.

Por último, entiendo que la jurisprudencia citada por el recurrente no es aplicable al caso.

En aquél supuesto, se consideró que los dichos de la víctima eran débiles (febles) y que no habían sido sostenidos por ninguna evidencia palpable o verificable que justificara la fiabilidad del relato con esas cualidades.

Creo que cuanto se ha dicho a lo largo de este trabajo, es suficiente demostración del aserto.

IV. De la calificación legal.

La calificación legal es correcta y sería una redundancia trillar un sendero hábilmente recorrido por los que sentenciaron.

V. De la pena

La composición efectuada tomando en cuenta las escalas en juego, ha considerado acabadamente las circunstancias de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

///

Empeñados en la tarea de determinar la pena, los jueces evaluaron adecuadamente las condiciones personales de cada empapelado, las características del hecho y el comportamiento durante el proceso.

La Cámara readecuó la sanción, a mi juicio con todo tino, y explicó las causas por la que no incurría en el defecto de la doble- valoración.

Concuerdo con la justificación dada y, en ese sentido, estimo que la sentencia debe homologarse.

VI. Conclusión

Si se plantean estos interrogantes: a. ¿Son ambas sentencias una derivación razonada del derecho vigente atenida a las especiales circunstancias de la causa?, y b. ¿padecen de defectos que las descalifican como actos válidos de la jurisdicción?, la respuesta que se escoge es la afirmativa.

Se han respetado las reglas procesales, tanto en lo extrínseco cuanto en la manera en que se elaboró el discurso de justificación sobre lo fáctico y lo jurídico.

Los textos traducen una labor a conciencia en la que, de modo republicano, se expusieron las razones que acarrearon la condena del imputado.

Por todo anteriormente expuesto intereso a mis distinguidos pares para que acompañen esta ponencia inclinada a confirmar la sentencia de que se trata en toda su dimensión.

///

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El Ministro Pfleger, que lleva la voz en el Acuerdo, ha desarrollado acabadamente los antecedentes del caso, los puntos de agravio contenidos en la impugnación extraordinaria de la defensa particular del encartado (hojas 158/160). No los reiteraré para no agobiar al lector.

II. Previamente a emitir mi sufragio, haré una observación: la labor desplegada por los jueces del debate ya fue explorada y fiscalizada por el tribunal a quo en toda su dimensión.

Es decir, la Cámara en lo Penal satisfizo el derecho del incuso a obtener un doble conforme, esto es, la revisión de su condena por un tribunal superior al que se la impuso.

No obstante, la aplicación del artículo 179, inciso 2° de la Constitución de la Provincia del Chubut, exige un análisis exhaustivo de la condena de V. H. I.

III. Tanto en el pronunciamiento del tribunal de mérito, como en el fallo de la Cámara en lo Penal, los magistrados abordaron en detalle las cuestiones sometidas a su consideración. A partir de ellos, lograron acreditar la materialidad y autoría responsable de I. con relación a los hechos endilgados por el acusador

///

público, que fueron llevados a cabo, en forma reiterada, por el imputado contra F. A., su hijo menor.

IV. Los jueces escrutaron en primer término la versión brindada por el médico pediatra D. E. R. y por la señora D. G. S., progenitora de la víctima, quienes oportunamente radicaron la denuncia.

La madre del niño relató las conductas sexualizadas exteriorizadas por él que la motivaron a llevar a su hijo, F. A., a una consulta pediátrica. En tanto que el galeno depuso acerca de las lesiones constatadas en aquella oportunidad.

Luego, meritaron la declaración del chico bajo la modalidad de Cámara Gesell. Advirtieron que el pequeño se encontraba inquieto y exhibía cierta dificultad para verbalizar lo sucedido, pero de esas circunstancias no vislumbraron intención alguna de tergiversar la verdad. Pusieron de resalto, además, que su relato permaneció inmutable a lo largo de todas las entrevistas de psicodiagnóstico mantenidas con la Licenciada S., junto al perito de parte, R. D. A.

A fin de apuntalar la versión de la víctima, los sentenciadores echaron mano a las declaraciones de las Licenciadas en Psicología A.

///

L. V. y S. K. S. quienes aseveraron que el relato del niño no evidenciaba influencia de un adulto ni era fabulatorio. Manifestaron que existían en él indicadores de abuso sexual infantil.

A más de ello, los jueces inspeccionaron el examen médico practicado por los profesionales D. R., Leonardo Héctor Naccarato y María Sara Sánchez. Todos ellos, en forma concordante, observaron en el niño víctima lesiones de vieja data en su ano a hora 7:00; afirmaron que el esfínter anal de F. se encontraba dilatado y complaciente; explicaron que esa morfología y la coloración más oscura de la periferia del ano, obedecían a la introducción de elementos y dilataciones crónicas de vieja data. Descartaron, a su vez, la afirmación de la defensa en el sentido de que esos hallazgos fueran producto de una constipación crónica o se correspondieran con una práctica médica de extracción de un bolo fecal. Explicaron que un cuadro de constipación grave podía presentar lesiones en hora 6:00 ó 12:00, pero rara vez en 7:00 ú 8:00 y manifestaron que el procedimiento de extracción de un bolo no dejaba secuelas. Atribuyeron, por último, en forma indudable estas lesiones a la penetración crónica.

En conclusión, no es válido afirmar que el

///

único elemento sobre el que se sustentara la acusación fuera la declaración del nene en Cámara Gesell.

Ciertamente, los jueces consideraron su relato pero, a partir de esa revelación, mencionaron y detallaron cada uno de los elementos de cargo que acreditaban la veracidad de la denuncia, como el testimonio de su madre y hermanos, los informes pericial y psicológico.

Como se sabe, en los delitos de intimidad como el abuso sexual, cuando las víctimas son menores de edad, cobran relevancia como elementos de convicción sus dichos, aunados (como lo fueron) a la prueba indiciaria inferida de los demás elementos de persuasión, tales las pruebas periciales médicas y psicológicas, testimoniales y documental.

Así las cosas, concuerdo con el pronunciamiento del doctor Pfleger, y juzgo que el razonamiento desplegado por la Cámara en lo Penal es el acertado. Aquél abarcó cada una de las partes de la sentencia y respondió todos los agravios del recurrente.

V. En otro orden, considero correcto el encuadre jurídico de la conducta desplegada por V. H. I. en perjuicio de su pequeño hijo F.

Es que, la naturaleza de la acciones

///

desplegadas por el atribuido (tocamientos en las partes íntimas de la víctima, frotamiento del pene en los genitales del niño, práctica coactiva de "fellatio in ore", introducción de dedos y objetos en el ano del menor, bajo amenazas) y el tiempo en que se prolongaron las ofensas sexuales, provocaron en su hijo una grave lesión en el amor propio y dignidad, atentando severamente contra su candidez, decencia e inexperiencia sexual.

Los abusos sexuales tal como fueron cometidos (durante años y habitualmente) son asimilables, en gravedad, a los abusos que implican acceso carnal y, por su prolongación temporal y la violencia de las circunstancias de su realización, importaron un sometimiento sexual del tenor señalado en el segundo párrafo del artículo 119 del Código Penal.

En respaldo de ello, transcribo el siguiente sumario: "Lo gravemente ultrajante, para actuar como agravante del delito de abuso sexual, son los actos sexuales que objetivamente tienen una desproporción con el propio tipo básico y que producen, en la víctima, una humillación más allá de lo que normalmente se verifica en el abuso en sí, por lo que no se puede tomar en cuenta la sensibilidad extrema de la víctima y no puede

///

quedar al arbitrio del juez lo que para él es ultrajante, sino lo que para la normalidad excede el límite del desahogo sexual, agregándose un contenido más sádico del autor.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, 03/05/2005, Albrecht, Mario E. LA LEY 21/09/2005, 12, LA LEY 2005-E, 470, AR/JUR/2156/2005). Este criterio es aplicable al caso por razón de la índole del abuso sexual (al que referí antes), la edad de la víctima y su relación con el autor.

VI. Estimo adecuada la pena impuesta por la Cámara en lo Penal, que morigeró sensiblemente la aplicada por el tribunal de mérito.

La a quo consideró que algunas de las agravantes ponderadas por los jueces del debate, como por ejemplo la defraudación del rol paterno y la prolongación de la conducta en el tiempo, constituyeron una doble desvaloración a la luz de la calificación legal escogida.

La nueva medida de la pena seleccionada se ciñe a las pautas legales que regulan el instituto, por lo que no hay argumento para adulterarla.

VII. Por las razones expuestas, el fallo dictado por la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn es una

///

decisión jurisdiccional fundada, que aplica correctamente la ley sustantiva y justifica la gravedad de la pena impuesta.

En consecuencia corresponde rechazar la impugnación extraordinaria deducida a fs. 158/60, con costas.

Así voto.

El Juez **Fernando S. L. Royer** dijo:

I) El Ministro Pfleger, al componer el voto que da principio a esta sentencia, expuso con propiedad y precisión los antecedentes del caso y los argumentos que informan la impugnación de fojas 158/60. No los transcribiré para no fatigar al lector.

II) En cuanto a la solución del caso habré de coincidir con mis colegas preopinantes.

III) La impugnación extraordinaria reitera varios de los puntos indicados en el recurso ordinario, los cuales han sido debidamente analizados por la Cámara en lo Penal.

El defensor particular vuelve a criticar la forma en la que los jueces valoraron el material probatorio incorporado al debate.

De manera que el control requerido sería inadmisible en esta instancia de no ser por la pena finalmente aplicada al imputado, lo cual obliga a este Cuerpo a ingresar no sólo al análisis de la impugnación, sino también en la revisión de ambas sentencias –Constitución Provincial, art. 179, inc. 2°-.

IV) En primer término observo que la Cámara en lo Penal analizó debidamente todas las cuestiones relacionadas con la materialidad del hecho y la autoría y responsabilidad del imputado.

Así, logró despejar las dudas planteadas por la defensa en el recurso ordinario. Para ello volvió a evaluar los medios de prueba que tuvo en cuenta el tribunal de mérito para dictar la sentencia condenatoria.

El fallo consideró el relato del niño, al que calificó como creíble, utilizando para ello los demás

datos objetivos como las lesiones acreditadas en su cuerpo, los trastornos psíquicos verificados, y los testimonios de las personas que estuvieron con la víctima.

De esta manera se valoró la pericia médica de los doctores R., Naccarato y Sánchez, quienes pudieron observar las lesiones que encontraron, y determinaron que las mismas eran de vieja data y que el efinter anal se encontraba dilato y complaciente.

La declaración de la madre, quien formulara la denuncia, y la de sus hermanos, han sido contundentes, dando una misma versión del suceso.

También se consideró el informe efectuado por la Licenciada S., quién percibió en las entrevistas señales de abuso al que había sido sometido.

Otro de los informes ha sido el de la licenciada V., quien convocada a la audiencia oral y pública, manifestó las secuelas psicológicas halladas en el niño.

V) En cuanto a la autoría, tampoco existe duda alguna, F. I. desde el primer momento adjudicó el hecho a su padre.

Por último, existe coincidencia entre el testimonio de la víctima y las conclusiones de la pericia médica practicada, como así también con el testimonio de la madre, los hermanos y las psicólogas.

///

VI) La calificación jurídica la estimo correcta.

En la descripción del hecho se incluye tocamientos en sus genitales con la mano y el pene del imputado, obligando a que le chupara el pene y haciéndole lo mismo a él, introducción en el ano de los dedos y de un objeto duro como un palo o fierro, lo que provocó las lesiones registradas.

Según Donna *"gravemente ultrajante son los actos sexuales que objetivamente tienen desproporción con el tipo penal básico, y que producen en la víctima una humillación mas allá de lo que normalmente se verifica en el abuso en sí. Y continuando en esa línea, tal contenido de injusto debe haber sido querido por el sujeto activo, al nivel de un elemento subjetivo distinto del dolo demostrativo de un ánimus de someter a la víctima, degradarla, sin el cual se regresa al tipo básico"*.

De esta manera, y teniendo en cuenta los parámetros de duración en el tiempo y circunstancias en que se produce, cabe tener en cuenta que el menor no fue abusado mediante un tocamiento fugaz, sino que yació varias veces con él en la cama, circunstancia que además de ser

///

repetida, lo fue con la continuación en el tiempo que requiere el desfogue sexual.

La introducción de los dedos y de otros elementos en el ano de F. también representa para la víctima una situación degradante por su contenido vejatorio y mayor vulneración de la libertad sexual.

Por lo expuesto entiendo que el hecho descripto y comprobado en el fallo resulta constitutivo del delito de abuso sexual gravemente ultrajante para la víctima, en la modalidad de delito continuado, agravado por el vínculo.

VII) En cuanto a la sanción impuesta, estimo que la nueva pena aplicada por la Cámara en lo Penal, que disminuyó la pena a doce años de prisión, es correcta.

El análisis que hizo el a-quo respecto a la errónea valoración de las agravantes por parte del tribunal de mérito, morigerando así el monto de la pena, se ajusta cómodamente a los parámetros que estipula la ley sustantiva y su graduación es coherente con las pautas mensurativas previstas en los Arts. 40 y 41 del C. Penal.

VIII) Por lo expuesto voto por confirmar la sentencia y desechar la impugnación extraordinaria interpuesta, con costas.

Así voto.-

///

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Rechazar la impugnación de fojas 158/160, interpuesta por el Defensor Particular, con costas.

2°) Confirmar la sentencia protocolizada bajo el n° 11/2011, dictada por la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn.

3°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo. Alejandro Javier Panizzi- Jorge Pfleger- Fernando S.L.Royer. Ante mi: José A. Ferreyra Secretario

///