En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los dieciocho días del mes de septiembre del año dos mil doce, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Mónica Rodríguez, Guillermo Müller y Flavia Trincheri, con la presidencia de la nombrada en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"T., N. A. p.s.a. abuso sexual simple en concurso real con violación de domicilio – Año 2010 - Trelew" (Carpetas 2180 y 2334 OJ Tw – Legajos 28.010 y 21.899 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa Pública contra la sentencia Nro. 1.290/12 OJ Tw dictada en fecha 14/05/12.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 04/09/12 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado N. A. T. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron por la Defensa Pública, los Dres. Damián D'Antonio y Carolina Marín y, la Dra. María Tolomei en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Mónica Rodríguez, Guillermo Müller, y Flavia Trincheri.

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. Efectuaré, en primer lugar, una síntesis de los antecedentes de los caso sometidos a conocimiento y decisión de esta Cámara, así como de los agravios que sustentan las impugnaciones ordinarias deducidas y el responde a los mismos por parte del Ministerio Público Fiscal en el transcurso de la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P.

2. Mediante sentencia Nro. 1.290/12 de fecha 14/05/12, la juez penal Ivana González, resolvió condenar al Sr. N. A. T. a la pena de cuatro años de prisión, por la comisión en

calidad de autor del delito de abuso sexual simple –dos hechos- en concurso real con violación de domicilio, un hecho (arts. 119, 1er. Párrafo, 150, 55 y 45 del CP), por los sucesos ocurridos en la ciudad de Trelew los días 12/11/09 y 03/07/10, en perjuicio de F. M. T. y D. V. B., respectivamente.

3. La Defensa centró como agravio en ambos hechos la falta de certeza sobre su materialidad conforme a una errónea valoración de la prueba producida, lo cual torna nulo el pronunciamiento condenatorio por falta de fundamentación y por no aplicar el principio *in dubio pro reo*, postulando la absolución del Sr. N. A. T. Asimismo, cuestionó la pena impuesta por no encontrarse debidamente fundada, al haber omitido valorar la prueba ofrecida por su parte y producida en la audiencia de cesura.

Atento a que los sucesos que motivaran el pronunciamiento condenatorio que en esta sede se critica concurren materialmente e intervienen dos letrados de la Defensa Pública, iniciaré el tratamiento de los mismos con el hecho individualizado como N° 1 y su responde por parte de la Sra. Fiscal.

4. Así, el primer hecho fue oportunamente descripto como *"ocurrido en fecha 12 de noviembre de 2009 aproximadamente a las 9:00 horas, cuando el traído a proceso* ***N. A. T.****, sabiendo lo que hacía y queriendo el resultado propuesto, en momentos en que la menor F. M. T., de 15 años de edad, salió del establecimiento escolar donde concurre, Escuela 724, más precisamente de la clase de gimnasia, y se dirigía hacia la casa de su tía S. A. domiciliada en calle D. B. y T. de esta ciudad, la sigue desde atrás, y en el momento en que F. llega al portón de la vivienda, el indicado la sorprende desde atrás tomándola por el cuello, y usando su fuerza, apretándola fuertemente con sus manos, comienza a manosearla en distintas partes de su cuerpo, a la par que la besaba. Los gritos y pedidos de auxilio de la niña, y la presencia de un ocasional testigo, motivaron que el indicado abandonara tal accionar huyendo del lugar"*.

El Sr. Defensor, luego de ratificar el escrito presentado, reseñó los principios que impone el sistema acusatorio que hoy nos rige, señalando que un control estricto en tal sentido pesa sobre el juez conforme al hecho imputado, en el que cada porción del mismo debe ser acreditada, afirmando que en modo alguno se logró, pero que la Jueza lo sostuvo en iguales términos que los formulados en la acusación y que resulta ser el núcleo del agravio que invoca.

En tal dirección la Juez de Grado tuvo por acreditado que su asistido siguió a la menor T. hasta la casa de su tía, afirmando el Sr. Defensor que en modo alguno fue así, que lo efectivamente acreditado es que no la siguió. Ello conforme a los testimonios de la propia víctima, quien en su declaración bajo la modalidad de la cámara Gesell afirmó que "venía como desfilando, que iba muy tranquila", en momento alguno dijo haber sido seguida. Su prima A. C., en términos similares, afirmó haberla visto caminar hacia su casa sola y que observó a esta persona cuando su prima introduce las manos por la reja para anunciar su llegada, con lo cual, concluye sobre este tramo, nadie la siguió en el trayecto que realizara, no explicándose de qué forma la *a quo* lo tuvo por acreditado.

En relación con lo afirmado por la Jueza de grado, en cuanto a que su asistido "*...la sorprende desde atrás tomándola por el cuello y usando su fuerza, apretándola fuertemente con uno de sus brazos...*", señaló que a tal aserto se arriba con un análisis parcializado y tergiversado de los testimonios de la menor víctima, su prima A. C. y su tía S. A., quienes si bien señalaron que inicialmente la toma con un brazo, afirmaron también que seguidamente la tomó del cuello con las dos manos; la tía, además, dijo que la tuvo hasta suspendida del suelo. Ello, señaló el letrado, no permite tener por acreditado esta

porción del hecho o por lo menos en la forma en que lo ha interpretado la Sentenciante, destacando que no constituye un dato menor porque es determinante para las siguientes conductas que le son adjudicadas a su asistido.

Que la *a quo*, con relación a la porción anterior, afirmó que *"...comienza a manosearla en los pechos..."*. El Sr. Defensor señala que para la Sra. Jueza hay un manoseo, que con una mano la toma y con la otra le manosea los pechos, pero lo cierto es que la joven T., de 15 años en su deposición, sostuvo que la toma por el cuello como queriendo sacarle el buzo, siendo ése el momento que la toca o la roza en los pechos. Que es cierto que caben diversas interpretaciones pero para ello debe considerarse que el hecho duró entre 30 y 50 segundos y que no hubo palabra alguna por parte del agresor; que si bien es cierto que la testigo C. refirió dichos tocamientos, también señaló que los mismos se los refirió la víctima. Que el sentido común nos indica que si concurría un fin libidinoso o sexual en su defendido, hubiera continuado con los tocamientos en los pechos, la cola, la vagina, de apoyarla o darle un beso o decirle algo, pero ello no pasó. Es dable interpretar, afirmó, que dicho tocamiento fue accidental porque en forma inmediata la toma por el cuello con las dos manos, sobre lo cual ni la Juez ni la Fiscal brindaron una explicación razonable.

Por último, el letrado cuestiona que la Magistrada haya adjudicado a su asistido que mientras realizaba los tocamientos besaba a la menor T. en el cuello, señalando que no existe prueba alguna que autorice tal afirmación, porque ninguno de los tres testigos presenciales refirieron beso alguno. Tal afirmación se corresponde con lo denunciado por el Sr. T., quien no fue testigo presencial y sí su hija, la prima A. C. y su tía S. A., quienes –reitera- dicen que nadie la siguió, que nadie le dijo nada, y que tampoco la besó.

En orden a dicho iter, señaló que habiendo quedado desacreditado el seguimiento, el tomar con una mano y darle besos a la menor, únicamente quedaría el manoseo, pero éste

permite varios sentidos de interpretación. La acusación prometió probar esas circunstancias desde la apertura de la investigación y a lo largo de todo el proceso, y la Juez de grado las compartió. Pero se trata de circunstancias que denunciara el padre de la menor víctima, y que fueron desacreditadas en su totalidad por los únicos testigos presenciales: la propia menor, su prima A. C. y la tía S. A. En consecuencia, ante la falta absoluta de certeza, el recurrente postuló la absolución de su asistido.

Por su parte, la Sra. Fiscal destacó que la Defensa afirma que quizás lo único probado fue el manoseo en los pechos, pero éste es justamente el núcleo del hecho ilícito, del abuso por parte de T. hacia F. T., y que específicamente refirió la niña.

En relación con el seguimiento refutado por la Defensa, dijo que la propia víctima manifestó haberlo visto en la escuela desde la cual se dirigió a la casa de su tía y que una vez allí N. T. la manoseó, dado que fue detenido en las proximidades del lugar, y reconocido fehacientemente por la propia víctima y su prima A. quién llegó a ver el ataque.

En lo atinente al ataque, señaló que hubo tres testigos directos, a saber la propia víctima, su prima que cuenta como se produjo el ataque, y su tía S. A. que estaban en la casa esperándola. Afirmó que el ataque no duró más porque su prima y su tía salieron inmediatamente al ver lo que ocurría, determinando la huida del agresor.

Expresó que la menor fue víctima de un ataque sexual, ya que declaró que le pasó la mano por el pecho y le quiso sacar la campera. Este relato es coincidente absolutamente con el que efectuara su padre H. T. en su denuncia, y que fuera más amplio sobre cómo sucedieron los hechos, pero el núcleo siempre fue el mismo. Destacó que F. T. siempre mantuvo que el ataque había sido sexual, y tal aserto debe ser conjugado con su psicodiagnóstico, del cual surgió que

no tiene trastornos de personalidad de tipo fabulatorio, o una personalidad con propensión a inventar una historia de este tipo.

Respecto de las discordancias entre los testigos sobre cómo fue tomada F., destacó que ciertamente existieron pero no en lo sustancial: hubo un ataque y un manoseo. Lo que denotan sus diferencias es la verosimilitud del relato que hacen los testigos, que no son armados y que cada uno contó lo que presenció. Y la connotación de ese manoseo era sexual.

Concluyó sosteniendo que todos estos aspectos fueron valorados por la Juez de grado, quien dio explicaciones de cada uno de los elementos de prueba y de las razones que tuvo en cuenta para descartar las alegaciones defensistas. En virtud de ello, solicitó que se confirme la sentencia en orden a la declaración de autoría penalmente responsable en cabeza de N. A. T.

A modo de réplica, el Defensor manifestó que el núcleo resulta ser el beso y no el supuesto manoseo, y que éste es invocado por la Fiscalía porque el beso fue desacreditado. Asimismo, señaló que en momento alguno negó la existencia de un ataque, y que el mismo pudo ser con dolo de lesionar o de robar pero no con connotación sexual, dado que el beso -que es el que habilitaría así considerarlo- no se acreditó.

5. Seguidamente, la Dra. Marín expresó agravios en orden al hecho 2, a saber: *"...los hechos ocurridos el día 3 de julio del año 2010 aproximadamente a las 05:00 horas en circunstancias que la Señora D. V. B. se encontraba durmiendo en su domicilio junto a su hijo menor de cuatro años de edad, imprevistamente se despierta porque encienden la luz de la habitación. Cuando abre los ojos ve frente a ella una persona que vestía ropa oscura, tenía colocado en la cabeza un pasamontañas, tenía todo el rostro y cabeza cubierto, solo se le podían ver los ojos. El encartado se arroja sobre ella por lo que atina a cubrir con las mantas y abrazar a su hijo y correrse de la cama mientras le decía al imputado que no les hiciera nada.- En ese momento la toma del cabello con intenciones de arrastrarla nuevamente a la*

cama por lo que empiezan a forcejear, momento en el cual la victima aprovecha para sacar un gas pimienta que lo tenía en la mesa de luz y en el momento que ésta le pregunta "hijo de puta que me vas hacer"...el encartado comienza a decirle..."te voy a violar, te voy a violar".- Siguen forcejeando hasta que logra llegar a la puerta de ingreso a la habitación, pero el sujeto la tira al suelo y continúa diciendo que la va a violar, manoseándola dos veces en sus zonas íntimas, llegando a golpearle la cabeza contra la pared.- En ese momento logra levantarse del suelo y le arroja gas pimienta en el rostro, logrando llegar a la puerta principal y empezó a gritar pidiendo auxilio, golpeó la puerta de su vecina y llaman a la policía y le pide al marido de su vecina que vaya a buscar a su hijo que había quedado dentro de la casa.- Cuando llega la policía, ingresan a la casa y su hijo ya estaba sólo, por lo que el encartado se escapó por la parte de atrás de la casa porque la ventana de atrás había quedado abierta, momento en que toma a su hijo en sus brazos"; el que fuera tipificado como abuso sexual simple en concurso real con violación de domicilio (arts. 119, 1er. párrafo, 150 y 55 del C.P.).

La letrada criticó la falta de certeza para condenar a su asistido en virtud de las dudas sobre la materialidad del abuso sexual atribuido, por cuanto ingresó al domicilio de la víctima para procurarse algo de valor y no con ánimo de abusar sexualmente de la Sra. B.

Sostuvo que dicha falta de certeza para condenar se basa en cuatro pilares, a saber: **a)** valoración del relato de la presunta víctima; **b)** existencia de indicadores de abuso sexual; **c)** valoración de informe técnico – cuadro lesional y, **d)** Valoración del testimonio de la Lic. C.

En lo concerniente al acápite **a)**, la abogada señaló que si bien la víctima pareció contundente en su relato, existen ciertas incongruencias y contradicciones con lo declarado

por su vecina (Sra. D.). Ella sostuvo que la Sra. B. le refirió en dos oportunidades haber sido víctima de delitos contra la propiedad, mientras que ésta afirmó lo contrario. Además de ello, sobre la referencia de D. B. de que el acusado "...a robar no fue, de eso estoy segura...", expresó que estas conductas se condicen con lo explicado por la Lic. F., quien dijo observar una elevación reactiva, de escalas clínicas, vinculadas con ansiedad y sentimientos persecutorios. En suma, afirmó que en modo alguno basta sólo con un relato plasmado de dramatismo efectuado por una persona -que ha sido víctima efectivamente de una situación traumática-, para sin más condenar a una persona por abuso sexual simple, delito que básicamente resulta complejo en cuanto al análisis y posibilidad de defensa en virtud de las características del hecho.

En referencia al acápite **b)**, la letrada destacó que la Lic. F. no manifestó -tanto en su informe como en su exposición oral- que la Sra. B. haya sufrido una situación de abuso sexual simple. La experta encontró indicadores de *stress* post-traumático, propio de situaciones comunes, que podían derivar de cualquier situación que pusiera en riesgo su vida, su integridad física o la de otra persona (por ejemplo un robo o amenazas). Afirmó entonces que no concurre grado de certeza alguno para afirmar que el Sr. T. haya cometido un delito de abuso sexual, mientras que él mismo reconoció su intención de apoderarse de algún objeto de valor.

En cuanto a la valoración que efectúa la Juez en relación al informe técnico del cuadro lesional (punto **c)**), destaca que el mismo da cuenta que el único desorden es producto de una lucha entre la Sra. B. y el imputado T., afirmando la Jueza de mérito que quien lograr salir de la vivienda es B., no así el acusado, quien permaneció en el interior solo y aún así se retira sin llevarse objeto alguno. En este aspecto destacó que mal podía llevarse algún objeto habiendo sido atacado con gas pimienta en los ojos, aspecto este señalado por la propia víctima al decir que le tiró tanto gas pimienta que T. empezó a los manotazos sin

poder ver hacia donde se dirigía, por lo que no resulta lógico pensar que siguiera con su ánimo sustractor.

Respecto del último de los acápites enunciados –valoración del testimonio de la Lic. C.-, sostiene que agravia sustancialmente a su parte el alcance valorativo que la Jueza de grado le adjudicó- Afirma que la profesional pretendió presentar un perfil de abusador sexual de T. sin dar sustento científico alguno a sus conclusiones, por cuanto la profesional informó que para determinar dicho perfil se utilizan otras técnicas distintas a las que aplicara en el psicodiagnóstico de su representado.

Por todo ello, indicó que la Sentenciante construyó la realidad histórica de lo ciertamente acaecido sin considerar siquiera la declaración del acusado y las pruebas de descargo aportadas por su parte. En consecuencia, afirmó, no concurre en el caso la certeza requerida para un pronunciamiento condenatorio, imponiéndose el principio *in dubio pro reo*, que representa una garantía constitucional derivada del principio de inocencia, *status* que debe ser destruido completamente para poder fundar una sentencia de condena, por lo que solicita la absolución de su defendido.

Por su lado, la Sra. Fiscal señaló que la Juez de mérito no solamente explicó porqué motivo se probó la acusación, sino que también dio explicaciones suficientes de porqué motivos descartó las alegaciones de la Defensa.

Que es el propio imputado quien admitió haber ingresado a la casa de manera furtiva, como también que hubo una circunstancia de lucha y que se dirigió directamente al dormitorio de la Sra. B.

Agregó que se probó suficientemente que la intención de T. no era de robo sino de atacar sexualmente a D. B., quien desde un primer momento refirió que el atacante se le abalanzó en su dormitorio, tocándole la vagina, diciéndole a su vez que la iba a violar, tópico que resultó confirmado

por la vecina, Sra. D. quien afirmó que ello fue lo que le manifestó la víctima al lograr salir de su vivienda.

Que todas las pruebas producidas dan cuenta de la veracidad del relato de D. B., es decir, la coherencia no solamente interna sino también externa, en cuanto a que todas las pruebas presentadas y producidas verifican su relato. Asimismo, acreditan –sostuvo- tanto las fotografías como la inspección ocular que hizo la policía, surgiendo que no hay más desorden en la casa que el que se corresponde con el relato que hace B. sobre la lucha que tuvo en el interior de su cuarto; que siempre mantuvo el mismo relato de los hechos respecto de la intención procurada por su atacante, siendo conteste con ello la testigo G., numeraria de la Comisaría de la Mujer, quien refirió que la Sra. B. le manifestó haber sido víctima de un ataque sexual, que había sido manoseada, que su atacante le había dicho que la iba a violar.

Aseveró la Fiscal que resulta sustancial también la declaración de la Lic. F., quien señalara que la Sra. B. no presentaba trastornos de personalidad ni de tipo fabulatorio, con lo cual descarta una posible fabulación o una mala interpretación de los hechos, descartando a su vez patologías de base que pudieran dar lugar a una personalidad fabulatoria o de tipo psicopática, en cuanto pudiera inventar esto para perjudicar a alguna persona, advirtiendo sí que observó síntomas de stress post-traumático compatibles con el episodio que la víctima había referido haber padecido.

Afirmó la Sra. Fiscal que no resulta cierta la postulación de la Defensa en orden a que la Magistrada no atendió las alegaciones efectuadas, al contrario, explicó acertadamente que no advertía la confusión en cuanto a la intención de T. cuando dice que le tocó la vagina y escuchó cuando el nombrado le dijo “te voy a violar”; señalando la Sra. Fiscal que cada uno de los agravios que formula la Defensa han tenido un claro tratamiento en el pronunciamiento que se ataca.

Concluye que el cuadro cargoso es absolutamente contundente y que no existe ningún margen de dudas sobre la versión que brindó la víctima desde un primer momento, porque la interpretación de cada una de las pruebas producidas de manera coherente y armónica entre sí verifican la hipótesis fiscal. En consecuencia, solicita se rechace la impugnación, y se confirme la sentencia por los delitos de abuso sexual simple en concurso real con violación de domicilio.

6. Finalmente, en orden a la pena impuesta a N. A. T. -cuatro años de prisión-, la Defensa señaló que agravia a su parte dicho quantum punitivo por entender que no se encuentra debidamente fundado, habiéndose omitido merituar las pruebas que su parte ofreciera y produjera.

Así, destacó que la Magistrada consideró como único atenuante el carácter de autor primario, sin hacer mención alguna al relato sobre los antecedentes familiares y vitales del acusado efectuados por la Lic M., realizando la Sentenciante solamente un escueto análisis de las exposiciones de las partes, lo que torna arbitraria la pena impuesta.

Afirma que la Lic. M. explicó vastamente por qué -en base a las teorías de resocialización, readaptación y reinserción social- resultaba adecuada a las características del joven T. una pena en suspenso. Asimismo destacó el arrepentimiento de su asistido en relación a las situaciones que tuvieron que vivenciar las víctimas agregando que, de conformidad a la opinión de los forenses y certificados médicos policiales, se pudo constatar que su asistido se encontraba bajo los efectos del alcohol al momento de los hechos, lo que llevara a ese Ministerio a solicitar que se lo incluyera en un programa terapéutico a fin de superar cualquier tipo de adicción. Asimismo, se destacó el acompañamiento de la familia del acuasdo; se sostuvo,

también, que su asistido cuenta con trabajo estable y que los hechos por los que fuera sometido a proceso, resultan ser aislados en su historia vital. Sin perjuicio de todo ello, la Magistrada consideró solamente como atenuante la falta de antecedentes y su autoría primaria en este tipo de hechos.

Que, afirma el recurrente, los efectos en la persona de N. T. de una pena de efectivo cumplimiento no resulta propicio para trabajar el desarrollo potencial; que la interrelación (en prisión) es predominantemente de poder y que el acusado, por su personalidad, se encontraría en pleno estado de vulnerabilidad, en indefensión, porque no contaría con los recursos para poder defenderse, que sería negativo para él. También se manifestó que el joven T. tuvo un problema de salud de niño que derivó en una maduración no acorde a su edad, que es una persona de trabajo, muy apegada a su familia, con presencia social en la liga de fútbol barrial, destacando la citada profesional que es una persona sana e inofensiva y que si hubo un disparador, éste fue el alcohol.

Conforme a lo dispuesto por los arts. 40 y 41 del CP., art. 1 de la 24660, tratados internacionales sobre derechos humanos y arts. 2 y 9 de la Reglas de Tokio, entienden que se encuentran acreditados los extremos para que la pena a determinarse sea en suspenso, la cual postulan se fije en un año, con tratamientos psicológicos y terapéuticos, ya sea en Alcohólicos Anónimos o en alguna otra institución acorde al acompañamiento que se procura, con obligación de presentarse periódicamente.

Por su lado, la Sra. Fiscal señaló que están adecuadamente explicados en la sentencia cuáles fueron los elementos que consideró la Dra. González para la fijación de la pena, de acuerdo a la escala que va desde los 6 meses a los 10 años de prisión, conforme a las reglas del concurso real de delitos.

Destacó que no se desconoció, como afirma la Defensa, las características de T. expuestas por la Lic. M., pero que se trata de una persona adulta, con educación media, que

cuenta con trabajo y una familia, condiciones que aumentan el grado de reproche en relación a dos hechos de suma gravedad, dos ataques sexuales con allanamiento de morada habitada y en horas de la noche.

Que la incidencia que la Defensa adjudicó a la presencia de alcohol en T. como atenuante, no ha sido determinante de ninguna manera, no se probó que el alcohol haya sido incidido en la comisión de los hechos, agregó la Sra. Fiscal.

Que en relación al caso B. no debe considerarse que hayan sido hechos espontáneos, y que a mayor organización y mayor posibilidad de previsión debe aumentar el grado de reproche, y en los dos casos se advierte previsión; por ello, la afectación a los bienes jurídicos comprometidos, la extensión del daño causado, considera que es justa, razonable y proporcionada al grado de injusto la pena impuesta, por lo que solicito que se confirme también en este aspecto el fallo de condena.

7. Entrando al tratamiento de la impugnación deducida debo anticipar que, en mi opinión, no resulta atendible la crítica del recurrente, básicamente en lo que se refiere a la autoría y responsabilidad penal en los ilícitos atribuidos al acusado. Considero que el Tribunal de juicio, en ese aspecto, ha ponderado correctamente los elementos probatorios de cargo colectados en la causa.

Los puntos en crisis, vimos, se vinculan con el sentido y alcance jurídico penal que cabe atribuir a los hechos que se imputan al acusado. Y si bien la Defensa, con encomiable esfuerzo, ha pretendido persuadir acerca de que los ataques asumidos por su defendido en contra de ambas víctimas no tuvieron una connotación sexual, entiendo que la Magistrada del mérito ha dado razones suficientes que demuestran que las acciones enrostradas configuran sendos ilícitos contra la libertad sexual de las mujeres damnificadas.

8. Cabe analizar en primer término la situación producida en perjuicio de la niña F. M. T., de 15 años, que fuera individualizada como hecho N° 1.

Agravia a la Defensa que la Magistrada haya acogido la hipótesis fiscal a partir de los dichos de la víctima y de dos testigos, A. C. y S. A., siendo que –afirma- tales testimonios no permiten arribar a esa conclusión.

Cuestiona las conclusiones fácticas tenidas por ciertas en el fallo de condena, entendiendo que la prueba no las corrobora o, cuando menos, admite una connotación o sentido diferente.

En cuanto a dar por probado que el acusado haya seguido a la víctima desde la escuela hasta el lugar del hecho (a escasas cuadras), he de coincidir con la Fiscalía en cuanto señala que si bien la propia menor en cámara gesell indica no haber notado que alguien la siguiera en ese tramo, en modo alguno ello implica descartar la persecución. Cierto es, también, que la testigo C. refiere haber visto al agresor recién al momento de sorprender a la víctima en la puerta del domicilio, sin agregar precisión alguna sobre si venía detrás de ella o no. Sin embargo, coincido en que la cuestionada conclusión fáctica puede inferirse lógicamente de los dichos de la damnificada, ya que si vio al acusado al salir de la escuela y al llegar a lo de su tía éste la ataca, es obvio que la siguió y, por ende, es correcto afirmarlo de ese modo.

Tener por cierto tal extremo, independientemente del peso que pueda tener al evaluar el grado de culpabilidad del acusado, se refuerza con los dichos espontáneos de la menor cuando indica, de modo reiterado, que el agresor “estaba agitado, con la respiración agitada”, lo cual permite deducir que T. tomó un camino más largo que el de la víctima para alcanzarla y justifica, además, que la menor no haya percibido el seguimiento.

También sostiene la Defensa que si bien la Jueza afirma que la menor es tomada del cuello por el imputado con uno de sus brazos, manoseando a un tiempo los pechos de la niña con la otra mano, tanto la damnificada como su prima –la testigo

C.- dicen que el acusado toma a la víctima con los dos brazos.

No encuentro consistente la crítica, pues la niña resulta muy clara al dar cuenta de un primer episodio en el que el agresor la toma del cuello con un solo brazo, tirándola contra una pared. En tal circunstancia la damnificada refiere que "la da vuelta" y "con la mano me pasa ... por el pecho, por el pecho –repite- y me quiere sacar la campera, y con la otra me agarraba del cuello". Descartar que el atacante haya sujetado con un brazo a la menor mientras con su otra mano le manoseaba los pechos, implicaría desconocer arbitrariamente los categóricos dichos de la niña sin razón alguna que lo justifique.

En cuanto a la acción de "manosear" a la menor en sus pechos, que la sentencia tiene por acreditada, el recurrente añade que no necesariamente demuestra la intencionalidad de invadir la esfera de reserva sexual de la víctima, ya que pudo producirse de modo circunstancial, esto es, como producto del forcejeo o de la decisión de despojarla de la campera que portaba. Indica que el episodio duró escasos 30 a 50 segundos y que fue un único tocamiento, mientras que generalmente se trata de hechos que implican una afectación progresiva mayor.

Es cierto que la conducta intrusiva que se atribuye tuvo un escaso margen temporal, pues la acción concluye casi inmediatamente -cuando la menor le pega una patada en la zona de la entrepierna al acusado y éste huye corriendo del lugar-. Sin embargo, la mayor o menor extensión temporal de la intrusión sexual no consentida, sabemos, no afecta su tipicidad penal, ausente todo otro argumento que así lo justifique.

Señala, por otra parte, el recurrente que la Magistrada erróneamente consideró probada la acción de "besar en el cuello" el acusado a la víctima, a partir del relato

formulado por el progenitor de la menor, denunciante en el caso. Sin embargo –sostiene- la niña en su relato desmiente totalmente que eso haya ocurrido.

En este punto lleva razón la Defensa, pues en ningún momento la menor T. A. menciona haber sido besada en el cuello por su agresor, pese a que fue muy precisa y detallista en sus dichos. Por tanto, no es correcto tener por cierto un aspecto del relato del denunciante que no ha sido corroborado por la testigo directa del hecho, quien no hace siquiera una mínima referencia a una conducta semejante. Tal extremo deberá considerarse al momento de valorar el grado de afectación del bien jurídico lesionado, a los fines de la individualización punitiva.

Afirma, también, el impugnante que en el caso sólo podría hablarse de un ataque contra la integridad física, más no de uno contra la integridad sexual.

Sin embargo, la Jueza del mérito ha tenido por cierta la connotación sexual de la conducta, tal como lo propusiera la Fiscalía, a partir de los dichos de la propia menor víctima y los de su prima, A. C. En tal sentido la jueza González ha sido categórica al indicar que las niñas describieron "un ataque sexual, no meramente físico", agregando que "las partes del cuerpo dicen mucho respecto a la connotación claramente sexual del ataque".

La lacónica conclusión resulta contundente. Por un lado, en cuanto afirma que las jóvenes han relatado, sin hesitación alguna, que la agresión sufrida tuvo un claro contenido sexual, disquisición que no ofrece mayor dificultad si proviene, como en el caso, de dos adolescentes de más de quince años de edad. Por otro, al referir que la zona del cuerpo a la que el acusado dirigió sus tocamientos caracteriza y define, en la generalidad de los casos, su finalidad. A ello habría que agregar que la palabra "manoseo" ("con la otra mano la estaba manoseando", dijo C.), es gráficamente descriptiva respecto al propósito lascivo del tocamiento.

Por lo expuesto, respecto del primer hecho imputado, entiendo correctas las conclusiones que contiene el fallo de

condena, en tanto han sido construidas a partir de elementos de convicción plenamente concordantes entre sí y valorados adecuadamente sobre la base de la lógica, la psicología y la experiencia común, esto es, siguiendo las reglas de la sana crítica racional.

9. En relación al hecho cometido en perjuicio de D. V. B., agravia a la Defensa la valoración probatoria que contiene el fallo de condena, entendiendo insuficientes los elementos de convicción obtenidos en el debate para brindar certeza acerca de la comisión de un ilícito contra la integridad sexual de la víctima.

No discute el impugnante la materialidad descripta por la Fiscalía, particularmente en cuanto se refiere a la irrupción del acusado en el domicilio de la víctima. Tampoco ha controvertido las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurre el ingreso de T. a la vivienda. Ha quedado fuera de discusión que el acusado entra por una ventana –que se hallaba abierta-, se dirige directamente a un dormitorio, donde dormía la víctima con su pequeño hijo, y enciende la luz. La damnificada reacciona, se traba en lucha con el agresor y alcanza a arrojarle gas pimienta en los ojos, logrando salir de la casa y poner en fuga al imputado.

Para arribar a la decisión de condena la Sentenciante pondera, básicamente, la declaración de la damnificada, D. B. Tales dichos, entiende la jueza González, se ven corroborados por la declaración testimonial en juicio de la vecina F. D., quien es la persona a la que la víctima acude en busca de auxilio, así como las improntas físicas por las lesiones sufridas y el resultado del examen de ADN realizado.

En primer término anticipo que resulta correcta, a mi juicio, la valoración que efectúa la Sentenciante acerca de la declaración de la víctima. El relato de B. aparece desinteresado respecto del acusado en tanto no lo conocía

(jamás en su vida lo había visto, relata), lo cual nos aleja de sospechar falta de objetividad en sus manifestaciones incriminatorias.

La damnificada sostiene que el atacante se le abalanza, la agarra del pelo, luego la tira al piso, se sube encima de ella y le "mete la mano por la ingle, por la vagina", mientras le repetía que la iba a violar. El acusado lo niega, afirmando que su intención era robar, ya que esa noche había perdido plata prestada en el casino y tenía que devolverla.

La crítica del impugnante cuestiona diversos aspectos de la versión que brinda B., extremos que –opina- pondrían en crisis la credibilidad plena que le otorga la sentencia de condena. Así, sostiene que la nombrada descarta en el debate haber sido objeto de robos antes del hecho; sin embargo, su vecina D. narra que la propia víctima le contó que con anterioridad al episodio investigado habían intentado robarle una bicicleta de su domicilio. Indica el recurrente que dicha incongruencia resulta sustancial y demuestra que no puede tomarse al pie de la letra lo declarado por Bastidas, agregando que no alcanza con un relato plagado de dramatismo para condenar a una persona por el delito de abuso sexual.

Considero, en cambio, que no existe la señalada incongruencia entre los dichos de la víctima y los de su vecina D. El más superficial análisis de ambos testimonios permite advertir que si bien esta última refiere que la denunciante habría sufrido, antes del hecho juzgado, dos ataques contra su propiedad (una el día del padre y otra en que intentaron robarle la bicicleta), fue categórica B. en el debate, ante la pregunta concreta de si había sufrido episodios de robo, al decir que no, pero aclarando inmediatamente: "no estando yo en la casa, ni a mí personalmente". Es evidente que la aclaración que con naturalidad brinda la testigo da cuenta que es la primera vez que se vio atacada en forma personal en el marco de un ilícito contra la propiedad, lo cual no implica

incongruencia alguna con lo expuesto por su vecina, como pretende el recurrente.

Entiendo que no cabe sino coincidir con la Magistrada del mérito, en cuanto otorga total credibilidad a los dichos de la damnificada. Creo oportuno recordar, en relación a la valoración de tal extremo probatorio, las precisiones que ha dado el juez Pfleger, al señalar que: "Cuando el relato del testigo se expone en un discurso que es expresión de una vivencia posible, carece de alteraciones, no es contradictorio en sí mismo, es nítido y *persistente*, cuando exterioriza acerca de percepciones ostensibles en un contexto temporo espacial concreto, hay coherencia interna. Cuando se corresponde con evidencia *palpable*, cuando se vincula con circunstancias de la causa que han sito *traídas por otra vía*, cuando encastra perfectamente con el todo, como una pieza que completa el damero, allí hay coherencia externa" (Autos: "G. M. s/Dcia. Abuso Sexual en rep. hija menor G.M.P. s/impugnación" Expte 22.415-59-Año 2011. La cursiva no pertenece al original)

Considero que el ataque defensivo en este aspecto, si bien atinado, no resulta conducente en el caso. Cierto es, y lo he dicho en reiterados pronunciamientos, que la declaración de la víctima como única prueba de cargo resulta insuficiente para conmover el principio de inocencia. Tampoco alcanza, entiendo, con adunar a dicha prueba un informe experto acerca de la credibilidad de ese testimonio único. He sostenido, de manera coincidente con la mejor doctrina y jurisprudencia sobre el tema, que la versión de la víctima debe concurrir con circunstancias o datos objetivos que vengan a corroborarla.

Este último es el aspecto que, considero, se ha dado en el caso bajo análisis. La verosimilitud de los dichos de B. no sólo puede inferirse de la coherencia interna y externa del relato sino, fundamentalmente, a partir de valorar

circunstancias periféricas que objetivan –o tornan *palpable*, al decir del juez Pfleger en la sentencia citada- cada uno de los extremos fácticos relatados por la damnificada.

Así, acierta la Sentenciante al valorar que la denuncia radicada por D. V. B. se complementa con el testimonio de su vecina, F. D. Los dichos de esta testigo son de alta relevancia, ya que dan cuenta de que en forma inmediata a su ocurrencia la denunciante le describe el hecho a su vecina como un ataque sexual. Así, D. indica que estaba durmiendo con su marido y escucha gritos, que este último abre la puerta y ven a B. pidiendo auxilio a los gritos. Textualmente refiere en el debate que la damnificada dijo que "había entrado una persona en su casa, que ella estaba durmiendo, prendió la luz de su habitación y le dijo que la quería violar", agregando que su hijo había quedado solo dentro de la casa con el agresor. Ante una pregunta específica de la Defensa, la testigo indica que B. también le dijo que el atacante la había "manoseado".

Ante tal cuadro de situación, entiendo que no resulta consistente la crítica que pretende descartar la ocurrencia del ilícito contra la integridad sexual a partir de afirmar la intencionalidad de robo en T. Considero correcto tener por acreditados los tocamientos lascivos, independientemente de si se trató de una reacción circunstancial y súbita del pretendido ladrón ocasional o si, en cambio, fue una conducta inicialmente dirigida a invadir la esfera de reserva sexual de la víctima.

Y si bien sobre esta última posibilidad nada se ha demostrado -no existe constancia alguna que permita saber si el atacante conocía a la víctima, cómo estaba compuesto su grupo familiar o cualquier otra circunstancia tendiente a acreditar la preordenación-, ello resulta irrelevante (salvo para graduar la culpabilidad) pues se trata de un delito de pura actividad, que no precisa de ningún elemento externo –más allá de la propia conducta- para su configuración.

Además de todo lo expuesto, la Magistrada valora la ausencia en la vivienda de todo vestigio que indique la búsqueda de elementos de valor; afirma que, en cambio, se

demostró que el desorden en la casa fue producto de la pelea que refiriera la damnificada. Consulta nociones de la experiencia común entender, como lo hace la Sentenciante, que no resulta probable que una persona trabajadora, que no posee ningún antecedente en delitos contra la propiedad, haya querido resolver una situación económica tan coyuntural ingresando en plena madrugada a una vivienda visiblemente habitada, ya que se hallaba el auto estacionado en su exterior. Aunque, insisto, el eventual móvil de robo no excluye aquel específicamente demostrado respecto de la figura imputada.

Considero que el déficit principal de la crítica es haber parcializado indebidamente el razonamiento seguido por la Sentenciante a la hora de ponderar los elementos de convicción. Es sabido que los mismos deben analizarse a la luz de las reglas de la valoración probatoria, es decir, mediante una tarea que asuma no sólo la ponderación individual de cada uno de los medios de prueba –o peor, de porciones aisladas de un testimonio, por ejemplo-, sino a través de un análisis conglobado o conjunto de la totalidad del material probatorio.

En síntesis, entiendo que el pronunciamiento ha sido construido sobre la base de la prueba colectada, válidamente introducida al debate y sometida a contradicción, oralidad, publicidad e inmediación, tamizada luego bajo el prisma de la sana crítica racional.

Coincido con la Sentenciante en afirmar la suficiencia de la prueba de cargo, que pivotea sobre los testimonios de ambas víctimas, pero que se halla apuntalada por prueba autónoma que los corrobora. La Magistrada ha valorado no sólo la información directa sobre los hechos percibidos por las testigos, sino también otros datos que se pueden inferir -de modo indicativo o indiciario- por la terminología empleada (modismos, giros idiomáticos cuyo sentido no

reconoce dobles interpretaciones, etc.), particularmente respecto del propósito explicito de los ataques sufridos.

Por las consideraciones expuestas opino que debe desestimarse la impugnación, particularmente en todo aquello relativo a la materialidad y autoría responsable del acusado en los hechos atribuidos. Coincido, asimismo, con la calificación legal escogida por la Sentenciante. Por ello, he propiciado al acuerdo la confirmación del fallo en el primer aspecto de la crítica impugnatoria.

10. Corresponde, pues, ingresar al tratamiento del último agravio introducido por la Defensa, vinculado a la pena impuesta en el fallo condenatorio. El impugnante entiende, de manera subsidiaria a su planteo principal, que resulta insuficiente la fundamentación dada al decisorio recurrido respecto de la sanción aplicada. Solicita que este Tribunal aplique el mínimo legal previsto para el concurso de delitos atribuido, dejando en suspenso su cumplimiento.

He de anticipar una parcial coincidencia con la crítica planteada, en tanto advierto cierto déficit de fundamentación en el capítulo correspondiente a la individualización de la pena impuesta. La falta de una mayor y más detallada argumentación es un defecto que puede subsanarse válidamente en esta instancia, a partir de la crítica introducida por la Defensa, que abre la competencia del Tribunal en la cuestión. Ello es así toda vez que la Magistrada A-quo ha mencionado algunas de las pautas de los art. 40 y 41 CP, pese a haber omitido otros criterios de determinación propuestos oportunamente y ahora reiterados en la crítica recursiva.

La impugnación está encaminada a cuestionar no sólo el monto punitivo de la sentencia de mérito -por considerarlo excesivo- sino por cuanto implica la modalidad de cumplimiento efectivo, por entender que no consulta los parámetros de proporcionalidad y necesariedad que deben guiar toda decisión al respecto.

He de aclarar que la revisión ordinaria del fallo –en el caso, de la individualización punitiva- no implica reemplazar el criterio de los Jueces del mérito por el

propio criterio valorativo de quienes estamos llamados a decidir el recurso; se trata, en cambio, de analizar si los argumentos ponderados en la sentencia de condena resultan suficientes o si, acaso, existen otros cuya consideración ha sido obviada pero que tengan, a su vez, entidad suficiente para incidir en la decisión.

He afirmado en anteriores pronunciamientos que si bien las escalas punitivas establecen un marco de gravedad continua que contiene todos los posibles supuestos atrapados por la norma en cuestión, la función reductora del derecho penal aconseja al intérprete partir de los márgenes menores de la escala penal para, desde allí, valorar los parámetros mensurativos que enumera la ley.

La jurisprudencia ha señalado que "...Los principios de máxima limitación de la respuesta contingente, *pro homine*, y la realidad de nuestro sistema carcelario (que en los hechos genera tendencia a la criminalización secundaria), sugieren partir en el análisis, desde las cercanías a los mínimos establecidos". (del voto del Dr. Montenovo en autos: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/M., J. C."(Carpeta de la Oficina Judicial Esquel NIC N° 414–Legajo de Investigación N° ****).

A partir de dicho marco interpretativo considero que asiste parcial razón a los impugnantes en cuanto consideran que la sentencia, al determinar el monto de la sanción, ha sobreestimado el peso de los aspectos negativos de la conducta atribuida, y no ha hecho gravitar adecuadamente otras circunstancias beneficiantes para el acusado a la hora de decidir la respuesta punitiva, como analizaré.

La Sentenciante comienza su lacónico análisis señalando que el único atenuante que advierte para determinar la pena es la calidad de primario de T., agregando que las pautas agravantes cobran especial relevancia en el caso pues se trata de un hombre adulto, de educación media, con trabajo, familia y hogar. Esto último permitiría deducir que las

condiciones personales del acusado también han sido tomadas como calificantes.

Pondera la Jueza del mérito “la gravedad y cantidad de hechos cometidos (dos ataques sexuales y un allanamiento de morada habitada y en medio de la noche). A continuación valora “la intensidad de la afectación a los bienes jurídicos comprometidos”, “la extensión del daño causado a sus dos víctimas (tanto físico como psíquico)”, “el nivel de violencia desplegado en todos ellos (ataque físico brutal hacia ambas víctimas)” y “la calidad de los motivos que llevaron al acusado a delinquir (su mera lascivia)”, sin dar otras razones que permitan vincular tales asertos con los extremos fácticos concretos del caso a juzgar.

Entrando a examinar concretamente los parámetros mensurativos tenidos en cuenta por la Sentenciante cabe, en primer término, considerar ajustada la conclusión de tener como circunstancia agravante la cantidad de hechos cometidos, pues fueron dos los ataques perpetrados, habiendo sido el último episodio una concurrencia de dos ilícitos independientes.

En cuanto a la gravedad en la afectación de los bienes jurídicos en juego considero que es preciso hacer una distinción: la lesión a la integridad sexual de las víctimas –tocamientos instantáneos de zonas pudendas por encima de la ropa-, no fue de una intensidad grave –teniendo en cuenta las conductas intrusivas de la esfera sexual imaginables dentro del tipo-, pero se ha visto sensiblemente agravada por la modalidad violenta del acometimiento, en tanto ha provocado un mayor padecimiento en las víctimas y ello no ha escapado al ámbito de lo dominable por parte del agente.

Respecto de la violación de domicilio considero que solamente debe considerarse como agravante la condición de nocturnidad en que se produjo, mas no la circunstancia de hallarse habitada. Ponderar el grado de culpabilidad exige, necesariamente, tener en cuenta la falta de demostración de que el acusado haya conocido la presencia de personas en el interior de la vivienda. Agravar el injusto y aumentar el reproche por tratarse de una vivienda ocupada sólo sería

posible si hubiera quedado demostrado que esa fue una circunstancia tenida en cuenta por el imputado al decidir su conducta y, como quedara expuesto más arriba, esto no ha sido así.

Tampoco se ha considerado, para determinar la sanción, que el ámbito de autodeterminación del agente se vio incidido por el consumo de alcohol. En los dos episodios atribuidos T. se hallaba alcoholizado, extremo que no ha sido controvertido en autos. Si bien no se acreditó en el debate el grado de intoxicación padecido en ambas situaciones, y sin perjuicio de coincidir con la Sra. Fiscal en que la exterioridad de la conducta autoriza a descartar un estado de inculpabilidad, se trata de una circunstancia que –acreditada- necesariamente debe reflejarse en la respuesta represiva.

Por otra parte, no comparto la decisión de valorar como agravante el móvil de "lascivia" (o deseo de satisfacer su libido sexual), respecto de los ataques asumidos. Los "motivos" a que alude el art. 41 inc. 2° CP, si bien constituyen, como señala Zaffaroni, "la base más incuestionable del reproche de culpabilidad por el acto", sólo pueden tomarse como parámetro calificante cuando excedan la finalidad normalmente incluida en el tipo penal de que se trate. Es claro que en un delito contra la integridad sexual tomar como agravante el deseo de satisfacer el imputado su libido sexual implicaría una doble desvaloración, pues se trata de un extremo de la culpabilidad del agente que se refleja en el mínimo penal que en abstracto ha fijado el legislador. Por ello no corresponde tomarlo como pauta agravante, en tanto la conducta no aparezca guiada por un móvil aberrante o particularmente cruel –odio, venganza, resentimiento, etc.-. En el caso entiendo que no se ha dado ninguna de tales

circunstancias, sino que ambos sucesos aparecen como impulsos, indebidos pero momentáneos, del acusado.

Por último debo decir que, contrariamente a lo decidido, entiendo que las características de personalidad del acusado no han sido adecuadamente ponderadas. Así, resulta de alta relevancia el testimonio vertido por la Licenciada Margarita Elena Martínez, trabajadora social, quien fue la profesional designada por el Ministerio de la Defensa Pública para realizar el relevamiento de la situación socio-ambiental del acusado, cuya ponderación se ha omitido por completo.

La historia de vida del acusado, como analizaré, no puede sino ponderarse como una pauta atenuante de la sanción a imponer. Tal extremo no sólo forma parte del análisis preventivo especial que corresponde realizar en cada caso concreto, sino que se trata de un parámetro necesario para graduar su culpabilidad y, básicamente, su vulnerabilidad frente al sistema penal.

La profesional da cuenta de la situación de haber padecido el imputado una gravísima enfermedad en su infancia que, aún no habiendo dejado secuelas físicas, ha impactado en su desarrollo conductual y generado una situación de desvalimiento y de dependencia afectiva que lo tornan vulnerable en el plano social. Explica, con suma claridad la Lic. Martínez en el debate, que T. no ha podido generar mecanismos de autonomía y autovalidez; no ha terminado de desarrollar factores psicosociales que favorezcan su integración al medio o que le permitan, por ejemplo, independizarse de su casa paterna. Agrega la Licenciada que esto ha provocado que su conducta se viera comprometida con el consumo excesivo de alcohol, temática que ha sido asumida con suma preocupación y responsabilidad de contención en el grupo familiar.

Se trata, entiendo, de situaciones vivenciales que no cabe ignorar, sino que deben ser sopesadas, en particular cuando se trata de escenarios que inciden -la experiencia común y la psicología advierten- en la formación de la personalidad y, en consecuencia, en su grado de responsabilidad respecto de cierto tipo de ilícitos.

Además, la circunstancia de carecer de todo antecedente penal, así como la demostración de ser una persona muy trabajadora y responsable deben jugar a su favor. Tal condición, a mi entender, debe ponderarse especialmente en la motivación de la respuesta punitiva, no sólo respecto de la necesidad y fines de la pena a imponer sino, fundamentalmente, de su cuantía, ya que se trata de un sujeto que no ha tenido ningún contacto previo con el sistema penal.

Sus antecedentes vitales seguramente han atentado contra una más ajustada comprensión de pautas adecuadas de interacción social, particularmente en la esfera de lo sexual. Y esto no es un tema menor, puesto que el grado de culpabilidad del injusto penal está íntimamente vinculado a las posibilidades ciertas y concretas que haya tenido el individuo para internalizar determinados patrones de conducta.

La subsunción legal del hecho prevé una escala penal que reconoce un mínimo de seis meses de prisión y un límite máximo configurado –según el criterio que entiendo correcto, establecido 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 cuatro años y seis meses de prisión (la parte querellante solicitó cuatro años de prisión).

Teniendo en cuenta las circunstancias morigerantes que han quedado expuestas más arriba, cuya consideración ha omitido el fallo de condena, entiendo justo disminuir la pena a la de tres años de prisión.

11. En cuanto a la modalidad de cumplimiento de la sanción debo señalar que la trascendencia práctica de decidir si la condena debe cumplirse en libertad –aún con ciertas restricciones- o mediante encierro efectivo exige una fundamentación particularmente rigurosa, habida cuenta

de la diferencia sustancial que existe entre ambas modalidades de ejecución. La explicitación de las razones que llevan a adoptar una u otra medida configura una exigencia legal y constitucional en tanto la cuestión involucra no sólo el derecho de defensa en juicio sino, fundamentalmente, el de necesariedad y proporcionalidad de la pena.

Teniendo en cuenta el monto de pena que hemos estimado justo los integrantes de este Tribunal, es preciso recordar la doctrina sentada por la Corte en el caso "Squilario" (Fallos 329:3006), en tanto el Máximo Tribunal señala que "Si bien los jueces de la mayoría del fallo de casación argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26, Cód. Penal), no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable. En tales circunstancias, los condenados se verían impedidos de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas e criterios discrecionales de los magistrados que la disponen (del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti).

He recordado en anteriores pronunciamientos que la condena de ejecución condicional es un instituto de política criminal que surge a fines del siglo XIX y que comienza a plasmarse en la mayoría de las legislaciones penales –tanto en el ámbito continental europeo como en el angloamericano-, a partir de la constatación empírica de la inconveniencia de aplicar penas de encierro de corta duración, no sólo por resultar inidóneas a los fines de cualquier hipotética resocialización sino por los demostrados efectos criminógenos que genera para el individuo la permanencia en establecimientos carcelarios cerrados.

El Código Penal Argentino lo regula en su art. 26, al establecer que en los casos de primera condena a pena de

prisión que no exceda de tres años será facultad de los tribunales disponer que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena, debiendo fundar la decisión en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad.

Una adecuada hermenéutica de la norma en cuestión determina, según entiendo, que sólo podrá denegarse el cumplimiento condicional de la pena de prisión, obviamente en supuestos en que se verifique la procedencia formal de la condicionalidad, cuando se compruebe objetivamente la necesidad de disponer la efectiva privación de libertad.

Comparto la posición doctrinaria sostenida por autores como Creus, Zaffaroni y D'Alessio, para quienes el instituto de la ejecución condicional de la pena constituye un *derecho* para el condenado. Así, se ha dicho que "...Un entendimiento razonable llevaría a concebir a la condena de ejecución condicional como un derecho, reglado desde luego. Ese derecho sólo puede verse cercenado de verificarse causas impedientes, que son las contenidas en el art. 26 del Cód. Penal (condiciones materiales). Es decir que una correcta lectura del dispositivo lleva a entender que no deben mediar condiciones que veden la condicionalidad (la naturaleza del hecho, la actitud posterior al delito, los móviles que impulsaron a delinquir, etc.)..." (Pampliega, Ignacio M. *"El derecho a la condena de ejecución condicional"*, LL 2006-F-497).

En el caso, no encuentro fundamentos que aconsejen o tornen imprescindible la modalidad de cumplimiento de la pena a partir del encierro efectivo del acusado. Antes bien, el juzgamiento se refiere a hechos ocurridos hace ya más de dos años, lo cual aleja aún más la necesariedad de la

privación de la libertad en un establecimiento carcelario. Además, tengo en cuenta que a partir del fallo de condena el acusado ha dado estricto cumplimiento a las tres presentaciones semanales ante la Oficina de Ejecución Penal impuestas en la sentencia, conforme surgir así del informe que acompañara la Defensa Pública en el transcurso de la audiencia y que obra glosado a los presentes.

Tengo particularmente en cuenta para así decidir, además, que los ilícitos aparecen en la historia vital del acusado como circunstancias accidentales de un breve período de su vida, ya que no sólo carece de antecedentes condenatorios sino que no ha sido puesto en tela de juicio su falta de contacto alguno con el sistema punitivo. De aplicarse una breve pena de encierro efectivo (pues a los ocho meses podría acceder a la libertad condicional) se produciría, con alta probabilidad, la pérdida de su puesto de trabajo, así como de la contención familiar que, particularmente en el presente caso, aparece como de importante y positiva incidencia para el acusado en la actualidad.

Por todo lo expuesto, aplicando el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la doctrina citada más arriba, considero que corresponde disponer el cumplimiento condicional de la condena. Así, cualquiera sea la teoría sobre la pena a la que se adscriba, tal respuesta aparece como más adecuada, mostrando suficiente sentido de reproche y advertencia hacia el futuro para el condenado.

Por último propicio al acuerdo establecer como pautas de conducta al condenado, las previstas en los inc. 1° -fijar residencia y someterse al cuidado de la oficina de control de ejecución -, 2° -abstenerse de relacionarse con ambas víctimas-, 3° -abstenerse de abusar del consumo de alcohol- y 6° -someterse a tratamiento psicológico, previa intervención al CMF para que dictamine acerca de su conveniencia y necesidad-, del art. 27 bis del Código Penal Argentino. Así voto.

12. Las costas deberán ser soportadas por el imputado (art. 239, 240 y 241 CPP), regulándose por la presente etapa

los honorarios profesionales de la Defensa en la suma de VEINTE (20) JUS, de conformidad a lo dispuesto por los art. 5, 6 *bis*, 7, y 13 de la ley XIII N° 4 –antes decreto ley 2200- y art. 59 de la ley V N° 90 -antes 4920-.

El juez Guillermo Müller dijo:

Los antecedentes del caso han sido ampliamente detallados por mi colega preopinante, por lo que me remito a ellos en honor a la brevedad.-

Estrictamente el condenado N. A. T. conjuntamente con sus defensores los Dres. Damián D'Antonio y Carolina Marín, Abogados Adjuntos de la Oficina de la Defensa pública, atacan la sentencia recaída en autos por cuanto el Juez de grado ha valorado la prueba de forma distante a lo que realmente se puede extraer de ellas, lo que torna nula la sentencia por falta de fundamentación reclamando la aplicación del principio "in dubio pro reo" y en definitiva la absolución.-

Subsidiariamente entiende que el monto de pena impuesto resulta excesivo, y se agravia la parte por cuanto no se ha valorado prueba esencial producida en la etapa de cesura resultando arbitraria la sentencia proponiendo que la pena de prisión no supere los tres años, pretendiendo puntualmente un año de prisión y que su cumplimiento se deje en suspenso.-

I.- Pasando al análisis de la sentencia en crisis no se encuentra controvertida la materialidad de los dos hechos que se le atribuyen al impugnante el primero ocurrido el 12 de noviembre del año 2009, aproximadamente a las 9:00hs., cuando abordó a la menor F. M. T. de 15 años de edad en el momento que se disponía a ingresar a la vivienda de su tía, S. A., ubicada en calle D. B. y T. de esta ciudad y el segundo, ocurrido el 3 de julio de 2010, estimativamente a las 05:00hs., cuando ingresó a la vivienda en que se

domicilia D. V. B. y su hijo menor, siendo sorprendido por la nombrada a quien ataca y agrede pudiendo escapar la víctima para requerir auxilio, haciendo lo propio T.-

Desde ya no es un dato menor que los impugnantes no cuestionen las pruebas y valoración realizada por el juzgador para tener por acreditado este extremo, quedando centralizado el debate, en ambos casos, en que si las conductas desplegadas por T. tienen contenido o connotación sexual.-

De acuerdo a la postura de la Defensa ello no se puede extraer de las pruebas que se produjeron en el juicio resultando operativo el principio in dubio pro reo. Si bien los acusadores no contestaron la impugnación al ser emplazados en los términos del art. 384 del C.P.P. se presentó debidamente en la audiencia el Ministerio Público Fiscal que respondió los agravios, sosteniendo que en ambas imputaciones la Jueza actuante dio debida respuesta a todas las cuestiones, sustentándola en las pruebas rendidas las que valoró en forma integral y razonable no existiendo posibilidad de interpretar de otra manera los hechos que se le atribuyen al imputado.-

Conforme el orden de tratamiento dado a la impugnación en la audiencia del art. 385 del C.P.P. corresponde abordar en primer lugar el segundo de los hechos, este es el cometido en perjuicio de la Sra. D. V. B.-

a.- Como ya lo señalara no se encuentra en discusión que T. ingresó en horas de la madrugada a la vivienda de la Sra. B., que fue sorprendido por su moradora, que se avalanzó sobre ella, que la agredió físicamente, que se resistió férreamente pudiendo escapar del asedio requiriendo auxilio a una vecina, oportunidad que el agresor aprovecha para huir del lugar.-

Sobre el particular se extrae de la sentencia que la Sra. Juez ha tenido en cuenta que en el lugar solo se encontraban los protagonistas del hecho y un menor de 4 años y ha extremado cuidados al momento de ponderar la prueba rendida.-

Parte de la versión de la denunciante, y va encontrando indiscutidamente corroboración en los restantes elementos producidos durante el juicio, otorgando relevancia al testimonio de la Sra. F. D., quien resulta la vecina que brinda auxilio a la víctima y a la que inmediatamente impone de lo sucedido, manifestándole que había entrado un hombre y que la había querido violar además de describir el estado en que se encontraba y que su marido había percibido que tenía lastimada la nariz, comentándole también que la había manoseado.-

Luego las constataciones en el lugar, los exámenes médicos realizados, el resultado de las pericias practicadas sobre el material genético recolectado y los dichos del encartado en ejercicio de su defensa material son ponderados debidamente y otorgan solidez a la conclusión de la existencia de una violación de domicilio y de la agresión física por el autor.-

Ahora bien la hipótesis de la defensa es que ingresó T. con otra intención y no con la de abusar sexualmente de la víctima, como concluye la sentenciante apoyándose exclusivamente en los dichos de ésta, negando cualquier tipo de acto de connotación sexual, como en el caso, manosear la vagina en varias oportunidades cuando se abalanzó T. y trató de reducirla.-

En esta línea de razonamiento que vengo siguiendo también resulta acertado como parte de la motivación de la condena recurrir a las máximas de la experiencia y las reglas del sentido común, como hace la Sra. Juez para explicar el desarrollo del hecho y los alcances del mismo; ya que contradice dichas pautas suponer que quien dice haber ingresado con fines de robo y teniendo oportunidad para hacerlo no atinó a llevarse nada, o bien que ingresando a la vivienda por la parte delantera no revisó ninguna habitación dirigiéndose al dormitorio, lugar el cual el más elemental

análisis indica que se encontraría con los posibles moradores y ser descubierto.-

Cierto es que la Sra. Juez ha dado importancia a los exámenes practicados por la Licenciada Fernández para otorgarle credibilidad a los dichos de la Sra. B., en el sentido de descartar fabulación y desde luego convengo que ello no arroja certeza sobre lo realmente sucedido, pero nunca ponderó tales manifestaciones como las de un testigo, sino como una opinión profesional fundada y atendible que junto a los elementos probatorios reunidos, y analizados de acuerdo a principios rectores de apreciación de la prueba, formaron su convicción y en dicho entendimiento la crítica a la sentencia en cuanto la Sra. Juez incurrió en una "distante" o absurda valoración de la prueba no se verifica.-

Todo ello ha conformado un cuadro probatorio idóneo como para sustentar un pronunciamiento de responsabilidad penal en contra del acusado T., es así que en relación a este episodio voto por la negativa.-

b.- En relación al primer hecho en perjuicio de la menor F. M. T., la situación es distinta ya que el caso no presenta la complejidad del tratado precedentemente en cuanto al caudal probatorio.-

No se encuentran en discusión, y sobradamente probado, que T. abordó a la menor desde atrás cuando se disponía a ingresar a la casa de su tía parada frente al portón de acceso, tomándola por el cuello apretándola con un brazo y con el otro comienza a manosear sus pechos. La menor ante la situación gritó y pidió auxilio por lo que su tía y su prima inmediatamente acuden, huyendo el agresor del lugar.-

Como dije el caudal probatorio es importante y fueron evaluados correctamente los testimonios no solo de la menor sino también los de su tía S. A. y su prima A. C. quienes alcanzaron a apreciar el ataque; incluso la propia defensa acepta que su asistido abordó a la menor pero no con tal intención, que pudo haber obrado con fines de apoderamiento de bienes o un mero ataque contra la integridad física y que en esa acción pudo haberse dado un tocamiento de los senos

que por sí solo no habilita a afirmar el fin o connotación sexual del acto, y que ha tomado la Jueza como probados todos los extremos fácticos cuando no surgen de la prueba reunida en el juicio, restándole entidad a la sentencia.-

Cuestionan los impugnantes que no se encuentra acreditado que T. siguió a la menor en su trayectoria desde el colegio hasta la casa de su tía. Sobre el particular no advierto mayor relevancia desde que no esta discutido que T. abordó a la menor, pero en su declaración ha sido contundente al ubicarlo frente a la escuela cuando salía de gimnasia y que le llamó la atención hasta temor para luego ubicarse el sujeto en uno de los accesos a la escuela y desaparecer; ciertamente en el trayecto no lo ve pero resulta irrefutable que es el atacante, por ende la conclusión es más que acertada, la lógica, la experiencia, el sentido común así lo indican.-

Tampoco considero relevante el cuestionamiento a los movimientos y acciones desplegados por T. como contrapuestos a la posibilidad de tocamientos de zonas pudendas, cuando admiten los recurrentes que tocó los pechos al menos como algo casual cuando intentaba sacarle la campera.-

Entiendo que sí asiste razón al cuestionamiento de incluir entre las acciones desplegadas la de besar el cuello, puesto que ha sido exclusivamente una manifestación del padre de la víctima que no encuentra corroboración en el resto de los testimonios de las personas que presenciaron el suceso; pongo de relieve la versión brindada por la menor en Cámara Gessell y de la prima Ivana A. C. quienes no han referido tal proceder detallando con contundencia el lugar donde se practicaron los tocamientos mediando violencia, componentes del tipo objetivo del delito que se le endilga, conducta material cuya significación impúdica es evidente y sobre la que el juzgador se expide fundadamente en dicho sentido, descartando que el reproche se centre

exclusivamente en esa acción no acreditada como ya lo sostuviera, aspecto que si debe atenderse a los fines del monto de la pena.-

En definitiva, el Juez valoró prueba de cargo lícitamente introducida al debate, que superó airosamente el control de la Defensa y le asignó valor preciso, ante una propuesta contraria carente de sustento, por ello coincido con el colega preopinante en que el fallo en tal aspecto debe ser confirmado.-

II.- En cambio, hemos coincidido en la etapa de la deliberación que sí corresponde receptar favorablemente el agravio referido al monto de la pena, reduciéndola a tres años de prisión.-

En el proceso de determinación judicial de la pena deben analizarse diversas pautas conforme las reglas establecidas en los arts. 40 y 41 del C.P., que en definitiva estructuran un sistema caracterizado por la comunicación de circunstancias relevantes para establecerla, pero que no es taxativa y tampoco determinan si operan como agravantes o atenuantes, o como se debe ingresar a la escala penal y ello abre un amplio marco sujeto en definitiva a la discrecionalidad judicial. Ahora bien "…la propia existencia del art. 41 solo cobra sentido en tanto la decisión que individualiza la pena no sea "discrecional", en el sentido de sujeta solo al criterio del Tribunal, sino que haya de realizarse siguiendo ciertas reglas que implican un deber de fundamentación explícito que permita el control crítico-racional del proceso de decisión…" (cfme. Patricia Ziffer "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y Jurisprudencial" Baigún-Zaffaroni, T. 2, págs. 58/59. edit. Hammurabi).-

De la sentencia se extrae que la Magistrada ha ponderado únicamente como atenuante la falta de antecedentes penales para luego referirse y poner acento en circunstancias personales y propias de los hechos como agravantes. Desde ya considero deficitaria la fundamentación brindada y se verifica que no ha atendido en profundidad la prueba aportada por la Defensa en la etapa de cesura

sobredimensionando aspectos objetivos los que resultarían indicadores de mayor reprochabilidad y culpabilidad.-

Desde luego que operan negativamente en el caso que afectó a la Sra. B. el allanamiento de la morada durante la noche y el nivel de violencia desplegado que se verifican con las constataciones médicas realizadas; ahora bien se hace mención en forma genérica a la intensidad de la afectación a los bienes jurídicos comprometidos y en ello no puede dejar de atenderse que ha actuado con cierta torpeza y los tocamientos establecidos no fueron mayores y leves, excluyendo los besos en el cuello de la menor T. como ya lo considerara.-

También no puede escapar a este análisis que en ambos casos se verificó que había ingerido alcohol, lo que bien aclara la Fiscal nunca se trato ni fue presentado como un hipotético estado de inconciencia, pero ello trasluce, y se corrobora con los informes de la Lic. Martínez y Carrizo, la problemática vinculada al consumo de alcohol y la compensación con algunas deficiencias personales, entre ellas la temática sexual lo que no dudo se exterioriza con la torpeza con que ha actuado.-

Los informes además dan cuenta de diversas problemáticas que no pueden escapar a este análisis, sobre todo los déficits de personalidad, la pertenencia a un grupo familiar, que le brinda contención, la actividad laboral, la educación que han sido desacertadamente ponderados en su contra y por todo ello es que consideramos que la pena de tres años de prisión se ajusta al caso es proporcional al injusto y al grado de culpabilidad.-

III.- Por último corresponde abordar la cuestión atinente a la posibilidad de dejar en suspenso la pena a imponer, conforme lo habilita el art. 26 del Código Penal y en este punto la decisión de este Tribunal es también por unanimidad.-

Como ya dejara sentado la Sra. Juez Penal no ha valorado prueba esencial producida en la etapa de cesura ni dio suficiente motivación a la determinación de la pena, por ello la readecuación que hemos decidido, y en virtud del monto establecido y la falta de antecedentes penales queda habilitado en principio suspender el cumplimiento de la misma (art. 26 C.P.), y así voto, por lo que paso a brindar debida fundamentación a la decisión como lo exige la norma citada y teniendo presente los informes que se incorporaron en el juicio.-

Al respecto no resulta redundante señalar los efectos contraproducentes que ocasionan las penas cortas privativas de libertad y varias razones aconsejan en el caso prescindir de la ejecución efectiva.-

Entiendo que el tiempo que ha transcurrido desde que se iniciaron los procesos es un factor relevante para la decisión ya casi han de cumplirse tres años desde la fecha del primer hecho y más de dos años del segundo; el comportamiento observado durante la tramitación de las causas sometiéndose a las decisiones judiciales; que se trata de una persona fácilmente vulnerable a situaciones externas, con serias limitaciones formativas que reflejan tanto la Lic. Carrizo y Martínez en sus informes; que pertenece a un grupo familiar que lo protege, contiene y siempre dispuesto al acompañamiento sin dejar de considerar que a temprana edad estuvo afectado por una enfermedad neurológica. Si bien ya me he referido a la naturaleza de los hechos, se mencionan también deficiencias en su formación sexual sumadas a las limitaciones de personalidad, pautas que indican la conveniencia de dejar en suspenso la pena pero sí supeditada al cumplimiento de varias reglas durante el tiempo de la condena de acuerdo a las previsiones del art. 27 bis del C.P., las que en coincidencia con la vocal que lidera el acuerdo, transcribo: a) fijar residencia y someterse al cuidado de la oficina de control de detención, b)abstenerse de relacionarse con ambas víctimas, c) abstenerse de abusar del consumo de alcohol - y d) someterse a tratamiento psicológico, previa intervención al

CMF para que dictamine acerca de su conveniencia y necesidad.-

IV.- En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, adhiero a lo propuesto sobre la cuestión por la colega que guía el acuerdo.

La jueza Flavia Trincheri dijo:

Al celebrarse la audiencia en los términos del Art. 385 del CPP, comienza haciendo uso de la palabra la Defensora del imputado N. A. T., Dra. Carolina MARÍN, explicando que, se encuentra desdoblada la defensa y que, ella se ocupará del hecho que en la sentencia se reseñara como número dos y del que resultara victima D. B.

Comienza su alocución manifestando que la prueba colectada ha llevado a la Juez a sostener que existe certeza para lograr una condena y, contrariamente para ese Ministerio existen dudas respecto a la materialidad del hecho, lo que consecuentemente conduce a la absolución de su pupilo. Enuncia cuatro pilares en los que centra su crítica: -la valoración que hace la Juez González del relato de D. B., - aquellas circunstancias que toma como indicadores de abuso sexual, - el informe respecto de la personalidad de B. y, - los testimonios de las licenciadas Fernández y Carrizo en cuanto a T.

Expresa que para la Juzgadora la testigo pareció contundente en su versión, pero al cotejarla con los dichos de C. D., surgieron incongruencias y contradicciones. La nombrada dijo que B. había manifestado haber sido varias veces damnificada de delitos contra la propiedad y que, en relación a este hecho expresó "a robar no fue, de eso estoy segura". Tal manifestación, la Dra. González la toma para sostener la figura de abuso sexual. Continúa diciendo que, B. tenía gas pimienta porque sentía temor y ello coincide con lo dicho con la licenciada Fernández respecto a que se

siente perseguida. Su examen de personalidad, da cuenta de "stress post traumático" por situaciones comunes, cierto es que, puede derivarse de cualquier situación preguntándose la defensora: -¿Con qué grado de certeza se puede afirmar que T. ingresó para atentar contra la libertad sexual de B.?

Dice estar acreditado que hubo una lucha entre T. y B., esta última tuvo una reacción exacerbada y la Dra. González concluye que, no es posible que haya ingresado con ánimo sustractor porque al irse, no atina a llevarse ningún elemento de valor, sosteniendo que la Juez, sólo valoró la prueba de cargo, por lo que, con una correcta valoración de las probanzas, ha de estarse al principio "in dubio pro reo" y por ello peticiona la absolución de su defendido.

A su turno, la Fiscal General Dra. MARIA TOLOMEI replica que la Juez González explica cómo lleva a tener por acreditada la materialidad y autoría en el hecho que le cabe a T. Reseña las pruebas ventiladas en debate que así lo demuestran, aduce que no hay discusión en cuanto a la circunstancias de la fecha, hora y lugar que llevan a tener por acreditado que T. estuvo ahí; así lo indican las pruebas de ADN que se cruzaran, pertenecientes a víctima y victimario. Agrega que, está probada la intencionalidad sexual del hoy traído a proceso, la que surge del relato que B. le hace a D: el sujeto ingresó al dormitorio, prendió la luz, se le abalanzó, le tocó la vagina, le dijo que la iba a violar, allí B. tomó consigo el gas pimienta y se lo arrojó en la cara a T., éste la golpea y huye.

Seguidamente, continúa refutando cada una de las críticas reseñadas. Encuentra coherencia interna y externa en el relato de B.: su primer pedido de auxilio está dado por un ataque sexual, la intervención de la policía corrobora el relato de la joven, quien efectúa la denuncia e igual manifestación hace a la Oficial interviniente; destaca que los certificados médicos de T. acerca de las lesiones que presentaba no son coincidentes con sus dichos en cuanto a querer sacársela de encima.

En relación al informe de personalidad de B., efectivamente la psicóloga da cuenta de su stress post

traumático, las secuelas que presenta corroboran el relato, no existe motivos para que desee perjudicar a T. Se pregunta la Fiscal: -¿Si minimiza los hechos, porque va a denunciar un ataque sexual?, -¿Si podría haber denunciado un robo, porque denuncia un delito de abuso sexual?.

Concluye que la interpretación hecha por la Juez de grado es razonable de acuerdo al conjunto probatorio, el que se ocupa de analizar puntualmente: los dichos de T., el haber prendido la luz, el uso del gas pimienta; todas aquellas circunstancias que fueran objetadas.- Explica la razón por la que encuentra ajustada la calificación legal al hecho imputado.

A su turno, el Defensor Dr. DAMIÁN D'ANTONIO, se refiere al hecho señalado como número uno. Expresa que la Fiscalía no probó el caso, que la Juez tiene por probado todo lo dicho por el Ministerio Público Fiscal, da lectura al mérito que hace la Dra. González acerca de la prueba y destaca cuatro proposiciones que dan sustento, equivocadamente al cuadro cargoso.

Se sostiene que T. siguió a la joven hasta la casa de su tía, ello no está probado, la propia T. dice que caminaba tranquila, que no era perseguida, también lo expresa su prima. Es sorprendida desde atrás por el imputado quien la sostiene fuertemente con uno de sus brazos, luego que "la toma del cuello con los dos brazos", la tía de la joven grafica lo que ocurre y no se condice con ello. Afirman que su pupilo la manosea en sus pechos, en realidad, la roza en su pecho al momento de sacarle el buzo que llevaba sobre ella, desconociendo si la prenda la tenía puesta o sólo atada; esto dura apenas entre treinta y cincuenta segundos, se pregunta el defensor: ¿Puede decirse que esto constituye un acto con un fin libidinoso?

Critica que la sentencia dice "a la par que la besaba en el cuello" cuando ello no lo dice ningún testigo, ni tampoco

la propia víctima. Agrega que sólo se tiene acreditado que la agarró del cuello, señalando que el padre de la joven, hizo la denuncia sin ser testigo presencial del hecho y que sus dichos son tenidos en cuenta cuando él, manifiesta cosas que su hija no dice. También reseña lo dicho por el albañil, otro testimonio que fue meritado sin ser testigo del hecho. Finaliza su alocución, diciendo que, la defensa sostiene una postura negativa respecto de la existencia del ilícito, que en razón de ello peticionó el sobreseimiento de T. durante la etapa preparatoria y le fue denegado. En esta etapa, donde no existe la certeza necesaria, solicita la absolución.

Otorgada la palabra a la Fiscal General responde lo dicho por el Dr. D'Antonio. Expresa que T. dice haber visto en la escuela, al sujeto que luego la manoseó, por lo que sin perjuicio de no saberse si la siguió o no, lo cierto es que, se trata de esa persona que luego la ataca frente a la casa de su tía. La joven relata lo ocurrido y luego el padre en la denuncia sostiene lo dicho por la menor, contando también con el testimonio de la tía –quien vio que la tenía sujeta y luego la suelta y Florencia cae como un papel-.

Reconoce la funcionaria que puede haber discordancias entre los testimonios, pero no en lo sustancial y esas diferencias son lo que indican la verosimilitud del relato, demostrando que no es "armado". En relación a que el padre da detalles que la joven aporta luego de denunciado el hecho, sostiene que es propio de este tipo de situaciones, se tiende a recordar después de un hecho traumático y, las secuelas corroboradas en la niña, dan cuenta de la existencia del acometimiento. Continúa diciendo que la afirmación "la estaba manoseando", no se presta a confusión, tiene connotación sexual, ello lo explicó la Juez en su sentencia, solicitando la confirmación de la misma, en todos sus términos.

El Dr. D'Antonio replica expresando que, "el núcleo es el beso" y como está desacreditado, el MPF no alude a ello, que efectivamente hubo un ataque pero no se puede tener por acreditada la connotación sexual del mismo. Agrega que, la

psicóloga examina a la joven un mes después de ocurrido el hecho, y no ve en ella secuela alguna.

En último término, ya refiriéndose a la pena, hace uso de la palabra la Dra. Marín y expresa que no fue valorada la prueba ofrecida por la Defensa en la audiencia de cesura. Refiere que hay un informe socioambiental, la deposición de la profesional que lo confeccionara, Lic. Martínez y que no fue tenido en cuenta por la Dra. González quien sólo meritó como atenuante que era un delincuente primario. Sostiene que la Juez ha sido arbitraria en la aplicación de la pena, que ha hecho un análisis escueto y que, debería haber aplicado una pena en suspenso.

Debió considerarse que T. se mostró arrepentido, que es una persona que ingiere alcohol y estaba bajo los efectos de tal sustancia al momento de los hechos los que fueron aislados. En caso de aplicarse una condena de ejecución condicional, T. tendría acompañamiento familiar y terapéutico, que nunca ha estado privado de libertad y siempre estuvo a derecho.

En similares términos se expresa el Dr. D'Antonio, solicitando ambos defensores, una pena de un año de ejecución en suspenso.

La Dra. Tolomei, encuentra ajustada al caso y fundada en derecho la pena aplicada. Sostiene que, aquello que la Defensa considera de T. como un atenuante, la Juez lo meritó y encontró agravante; no se trató de hechos espontáneos, hubo previsión en ambos y la cuestión del alcohol no se probó que influyera en los hechos, sólo se mencionó que tenía aliento etílico; y en el informe practicado en los términos del art. 206 del CPP, el médico da cuenta que "refiere consumo abusivo de alcohol en forma esporádica". Peticiona se sostenga la pena tal como se fijó.

Luego de celebrada la audiencia en los términos del art. 385 del CPP, conforme concluyera con mis colegas en acuerdo,

la pretensión impugnativa en lo que respecta a la responsabilidad penal adjudicada a N. A. T. no ha de prosperar.

Repasando la prueba incorporada al proceso y la valoración que efectúa la señora Juez, en principio se encuentra acreditado y no fue cuestionado en los dos hechos imputados, que T. se encontró en cada uno de los lugares señalados en franco acercamiento físico con F. M. T. –Hecho número uno- y D. V. B. –Hecho número dos-, respectivamente.

En ambos, además de la prueba testimonial y científica –la prueba cruzada de ADN en cuanto a la última nombrada- que denota el contacto corpóreo con sus víctimas, sus propios defensores dan por cierto tal circunstancia, sólo poniendo en crisis que es lo tenido por cierto como intención, cual fue el dolo de T. en tales circunstancias.

En el hecho número uno, el Dr. D'Antonio se esfuerza por demostrar una conducta que casi no encuadra en ninguna figura penal y, en el hecho número dos, la Dra. Marín busca desviar la conducta de su pupilo hacia un delito contra la propiedad en grado de conato. En tal dirección, ambos defensores, buscan quebrantar las probanzas y el mérito que sobre éstas efectúa la juez de grado para arribar a la certeza positiva que apareja la condena en cuestión.

En relación a ello, he decir que en la sentencia se tuvieron en cuenta los lineamientos fijados por la CSJN en autos "Casal", siguiendo el comentario a fallo de Gustavo A. Herbel, publicado en "Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sumarios y Análisis de fallos" con la dirección de Leonardo G. Pitlevnik, Tomo 3, págs. 177 y siguientes., en el sentido que aquel precedente de la Corte reconoce varios niveles de análisis probatorio en una sentencia. Así señala que, los mismos son: "a) la habilidad de los órganos de prueba, concepto que refleja su potencialidad para ser fuente de conocimiento en el caso y refiere a: 1.La existencia de interés ...2. Su capacidad psicofísica para adquirir el conocimiento referido: nivel cultural, calidad de sus sentidos, madurez, etcétera. Parece una obviedad que un mismo fenómeno adquiera diversos matices

según el conocimiento de una persona, su mundo de vida, su desarrollo madurativo y hasta sus capacidades perceptivas; y es conforme a estos parámetros con que debe ser interrogado y analizada su deposición. 3.La posibilidad de conocimiento del órgano, ... es decir, explicar el modo en que el testigo adquirió el conocimiento...b) Superadas estas vallas, el órgano debe responder a un juicio sobre su "consistencia" categoría que puede didácticamente subdividirse en tres planos: 1. La "coherencia" interna de su discurso; en otras palabras que el declarante no incurre en contradicciones cuando depone ...2. La "confrontación" con otros deponentes, *...3. La "sustentabilidad" de su versión en el contexto del caso, es decir que su descripción de los hechos no resulte fantasiosa, improbable, o incompatible con datos objetivos verificados"*. El destacado me pertenece.

Cotejado lo consignado con la pieza puesta en crisis, hemos de concluir que la sentencia satisface los lineamientos pautados por el Alto Tribunal, sorteando con éxito los embates de la parte. No es mi deseo sobreabundar, y reseñar el juicio lógico que efectúa la Juez de grado, sólo menciono que en ambos hechos, dio razones de porque encontraba creíble el relato de las víctimas, el de los testigos –en el hecho número dos no hubo testigo presenciales directos – pero sí pudo concatenar esos dichos con el relato de las damnificadas y al ensamblarlos, reconstruír lo acontecido. Al mismo tiempo, explicó porque daba credibilidad a los testimonios frente a las imprecisiones o contradicciones señaladas, dio cuenta de las circunstancias que a su criterio acreditaban que el accionar del autor constituía un delito contra la integridad sexual y también, refutó los ataques efectuados a los informes de personalidad de T. y B., en cuanto a la validación de su relato, su stress post traumático, sus

recuerdos en relación a lo ocurrido y la manera en que lo expresaban.

Así las cosas y para finalizar, he de decir que no encuentro antojadizo el mérito efectuado por la Magistrada, tiene basamento en prueba de cargo la que no es meramente indiciaria y consecuentemente suficiente para lograr la certeza requerida.

Seguidamente y tratando el agravio de la defensa acerca de la pena impuesta, ha surgido de la deliberación que efectivamente le asiste razón a la parte respecto que la Juez de grado, sólo tuvo en cuenta como circunstancia atenuante para T. "su calidad de primario", existiendo una fundamentación insuficiente en cuanto a este tópico.

La judicante soslayó el análisis del testimonio de la Licenciada Margarita Elena Martínez, trabajadora social de la Defensa Pública quien entrevistara a T. en su vivienda, la que comparte con su grupo familiar, al que también consultara. Así dio cuenta que son siete hermanos, siendo T. el del medio afectado por una enfermedad neurológica en su infancia, lo que hizo que, siempre viviera con sus padres, fue el más protegido con dependencia afectiva tanto de ellos como de sus hermanos, agregando que T. es una persona vulnerable a situaciones externas encontrándose actualmente contenido en su entorno familiar. T. ha sido ubicado en un lugar de debilidad a partir de su enfermedad, ha sido el hijo estigmatizado, y ello ha promovido que no haya habido movilidad social y falta de desarrollo para su autonomía. En cuanto al sufrimiento de una pena privativa de libertad, explicó que en los establecimientos carcelarios, priman los mecanismos de poder, los internos fortalecen sus mecanismos de defensa y T. no tiene estas herramientas, por lo que una privación de libertad sería colocarlo en situación de desventaja muy significativa. Refirió la licenciada que ha tenido compromiso con el consumo de alcohol circunstancia que mencionan el condenado y su familia.

En relación a esto último, he de destacar que durante la audiencia de impugnación, buscó introducirse la circunstancia del consumo de alcohol al momento de los

hechos –como si esa ingesta lo llevara a cierta perturbación de su conducta- , lo que, con acierto fue descartado por la Fiscal General, pensamiento que comparto, ya que, el sólo hecho de tener aliento etílico -sin otra probanza que de cuenta de una disminución en sus facultades-, no acarrea la consecuencia necesaria de un menor grado de imputabilidad en el sujeto.

Volviendo al agravio en cuanto a la pena y mensurando el testimonio de la Licenciada Martínez el que encontramos como circunstancia atenuante, hemos encontrado justo reducir la pena impuesta, coincidiendo en que debe quedar determinada en tres años.

Ahora bien, determinado el monto de pena, también he concertado con mis colegas en cuanto a la modalidad de ejecución de la misma, debiendo ser de ejecución condicional. En el presente caso, se trata de una primera condena y el monto de pena se ajusta a la manda del artículo 26 del Código Penal.

Cierto es que la pena escogida por la Juez de grado, no se ajustaba a la facultad del tribunal de echar mano a la modalidad de ejecución en suspenso. Podría sostener, que la pena ahora reducida, igualmente habilita a una pena de cumplimiento efectivo. Pero, escoger ese camino, desoyendo el testimonio de las Licenciadas Martínez y Carrizo -ésta última practicó el psicodiagnóstico del condenado y lo describió como de un nivel cognitivo normal, de alguna manera reducido por la falta de instrucción y carencia de intereses, como una persona con poca iniciativa, casi con una vida rutinaria en la cual no puede implementar ningún cambio con estrategias básicas de resolución de situaciones conflictivas- sería ingresarlo al mundo carcelario un lapso de tiempo que tornaría ineficaz la pena sin poder llevar adelante ningún programa de reeducación social.

Por último, ha surgido también de la deliberación con mis colegas, que incluso para una pena privativa de libertad, la fundamentación de la juez de grado, resulta escasa, por lo que sería infundado disponer el efectivo cumplimiento para el monto reducido dispuesto en esta etapa, toda vez que, no surge de lo ventilado en el juicio de cesura la necesidad de una pena de encierro tendiente a un tratamiento carcelario que cumpla con el fin de la pena. En relación a ello, encuentro ajustado citar el fallo "Squilario" S.579 XXXIX, CSJN, 08/08/06 : "... Es que si bien los jueces de la mayoría del fallo de casación argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del Código Penal), no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable.".

En atención a la pena y modalidad que se acuerda fijar a N. A. T., hago propias las condiciones que propone la vocal que guía este acuerdo, de conformidad con lo establecido en el art. 27 bis del C.P.

También he de adherir al criterio seguido por mis colegas que me preceden en el orden de sufragio, en orden a la forma en que deben imponerse las costas, y los honorarios que corresponde fijar a la Defensa Pública por la labor desarrollada en la presente etapa procesal. Así voto.

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

S E N T E N C I A:

1) Confirmar la sentencia Nro. 1.290/12 OJ Tw dictada en fecha 14/05/12, en cuanto a la autoría de los hechos cometidos en la ciudad de Trelew los días 12/11/09 y 03/07/10, en perjuicio de F. M. T. y D. V. B. respectivamente y atribuidos al acusado N. A. T. (cuyas

demás circunstancias personales obran en auto), así como su calificación legal;

2) Hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida, modificando la pena impuesta, fijándola en tres años de prisión de ejecución condicional, con más las costas del proceso (arts. 40, 41, 29 inc. 3°; 241 y ccdtes. del C.P.P.);

3) Imponer a N. A. T. por el tiempo de la condena las siguientes condiciones: a) fijar residencia y someterse al cuidado de la Unidad de Control de Condenados y Probados; b)abstenerse de relacionarse con ambas víctimas; c) abstenerse de abusar del consumo de alcohol y d) someterse a un tratamiento psicológico, previa intervención del CMF a fin de que dictamine acerca de su conveniencia y necesidad, de conformidad a lo dispuesto por los incs. 1, 2, 3 y 6 del art. Art. 27 bis del C.P.);

3) Imponer las costas al acusado (arts. 239, 240 y 241 CPP), regulando los honorarios de la Defensa Pública en la suma de VEINTE (20) JUS, 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 N° 4 – antes decreto ley 2.200 y art. 59, Ley 4920);

4)Protocolícese y notifíquese.

Mónica Rodríguez

Los jueces Flavia Trincheri y Guillermo Müller remitieron sus votos a esta sede vía correo electrónico firmados digitalmente. Registrada con el Nro. 11/2012 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.