PUERTO MADRYN

---------- En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los once días del mes de Mayo del año dos mil diez, tras haberse reunido en Acuerdo los Señores Jueces de Cámara en lo Penal asignados para el tratamiento de los recursos deducidos en los presentes autos, Dra. María Elena NIEVA de PETTINARI, Dra. Mónica RODRÍGUEZ y Dr. Omar Florencio MINATTA, bajo la Presidencia de éste último, dictan sentencia en estos autos caratulados: **"M. T. P. S. A. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ IMPUGNACIÓN"**

Expte. Nº 13/2009 C.P.P.M., seguidos contra **T. J. M.,** argentino, nacido el 1 de junio de 1.949, en Río Pico, provincia de Chubut, hijo de J. y de

F. P., divorciado, analfabeto, D.N.I. Nº ***, domiciliado en Barrio S. M., manzana ***, lote *** de esta ciudad, actualmente alojado en dependencia de la Alcaidía Policial de la ciudad de Trelew, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor del nombrado contra la Sentencia Nº 16/2009 OFIJUPM, mediante la cual el Tribunal de Juicio integrado por los Jueces de Cámara Dres. Leonardo Marcelo PITCOVSKY, Rafael LUCCHELLI y Silvia Susana MARTOS lo condenara como autor material y penalmente responsables del delito de **ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO (Arts. 119,**

tercer párrafo, 45 y 55 *contrario sensu* del C. Penal) a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN Y COSTAS (Arts. 12, 29 inc. 3, 40 y 41 del C.P.P.) por el hecho ocurrido entre los meses de noviembre de 2.007 y abril de 2.008 en esta ciudad de Puerto Madryn en perjuicio de la menor M. B. P.---------- Intervino por la Acusación la Sra. Fiscal General, Dra. Mabel Estela COVI, por la Defensa técnica del encartado el Defensor particular Dr. C. P. F.----------

----- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dra. Mónica RODRÍGUEZ, Dr. Omar Florencio MINATTA y Dra. Mónica Elena NIEVA de PETTINARI.----------

---------- Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley 5478).----------

------ **La Jueza Mónica RODRIGUEZ dijo**:----------

1. Centra su reclamo la Defensa en la arbitrariedad en que incurre la sentencia al valorar la prueba, en la afectación al principio de congruencia y la violación al derecho de defensa en juicio (Art. 18 C. Nac. y 45 C. Prov. Chubut) y, en relación a la pena impuesta, subsidiariamente solicita la nulificación de la misma – en cuanto a los agravantes impuestos – y la readecuación de la misma, disminuyéndola.----------

------ En cuanto al primer agravio vertido, puso de relieve que su pupilo fue condenado en base a la denuncia y el testimonio de la madre de la menor, entre otras pruebas, atacando esta última como “referencial”, “de segunda mano” o “de oídas”. Citó doctrina alusiva. Concluyó solicitando se revoque la sentencia y se absuelva a su defendido atendiendo a la violación del principio de congruencia y a la insuficiencia probatoria que surge del fallo.---------- En relación al segundo agravio apuntó a las agravantes de la pena impuesta a M., señalando que la extensión del daño causado y las secuelas psicológicas y emocionales de la víctima, por tratarse de una consecuencia extratípica, no deberían haberse valorado en la individualización de la pena. Por ello, solicitó la nulificación de la misma y que se readecue, disminuyéndola.----------

---------- 2. En la contestación la Fiscal del caso sostuvo que los jueces han valorado correctamente el testimonio vertido por la madre de la menor, quien refirió claramente circunstancias que hacen al develamiento y al comportamiento de la niña. Citó pasajes del voto del Dr. LUCCHELLI y entendió que dicha prueba ha sido valorada junto a otras como la declaración de la niña en Cámara Gesell y el psicodiagnóstico efectuado por la Lic. Orfila.---------- Con relación al segundo

agravio dijo que la extensión del daño causado resulta una pauta esencial establecida en el art. 41 del C.P. y ello, en referencia a las secuelas que padece la víctima a raíz del hecho, resultan un elemento esencial para la estimación de la pena a imponer.----------

---------- 3. En la audiencia prevista por el art. 385 del C.P.P. la Defensa mantiene el recurso contra la sentencia de condena y ratifica los agravios planteados al momento de su interposición. Denuncia arbitrariedad en la valoración de la prueba y afectación al principio de congruencia, con violación al derecho de defensa en juicio, previsto en los art 18 CN y 45 CP.----------

---------- Señala que si bien el Tribunal de juicio ha tenido como prueba suficiente la denuncia y la declaración de la menor, la madre es testigo de oídas pese a que le confieren el valor de un verdadero testigo. Advierte una minusvalía probatoria de los testimonios referenciales, con lesión de la igualdad de armas. Invoca a F. D. M. en cuanto a que los testigos de referencia constituyen una prueba de la prueba, siempre débil pues no se ha obtenido con las garantías inherentes a la prueba judicial. Insiste en que la reunida en autos es insuficiente para arribar a una condena. Sostiene, subsidiariamente, que el fallo valora secuelas emocionales en la menor que no deben ser tenidas en cuenta para la individualización de la pena. Concluye solicitando se nulifique la sentencia en cuanto a los agravantes y se readecue la pena impuesta.----------

----- 4. A su turno la Fiscalía mantiene los argumentos expuestos al momento del emplazamiento, solicitando que se rechace la impugnación y se confirme la sentencia de condena contra T. M., a la pena de nueve años de prisión como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, en la modalidad de delito continuado.----------

---------- En cuanto al primer agravio de la Defensa, esto es, haber valorado el Tribunal de juicio como prueba los dichos de la madre (J. S.) pese a no haber sido testigo directa de los hechos, expresa que no advierte violación alguna al principio de congruencia. El testimonio de la madre fue correctamente

valorado, si bien no fue testigo presencial pero sí lo fue de la *noticia criminis*, del momento en que la menor logra contar la situación de abuso cometido, del momento del "develamiento" y de circunstancias previas o concomitantes al mismo. Valoraron los Jueces la afinidad con el agresor – concubino de la hermana.----------

- Agrega que es el propio recurrente quien dice que "entre otros" se ha tenido en cuenta ese testimonio, pero no explicita por qué razón considera que son insuficientes las pruebas restantes. La prueba valorada por los Jueces ha sido: el testimonio de la menor, como principal indicador, sumado a la evidencia física – informe de los médicos S. y N. – provocada por el abuso; esto, a su vez, lo corroboran con el testimonio de la Licenciada Orfilia, que valida los dichos de la niña, a través de test proyectivos, concluyendo en que no fabula y sostiene en el tiempo su relato. También por lo que informa la médica de la salita del barrio, se toma en cuenta las amenazas sufridas, el ofrecimiento de dinero, una carta escrita por la menor, con fecha 7/3/08, acompañada con la denuncia. Se ha tomado en cuenta el tema del arma con la cual amenazaba – según expone la menor en la Cámara Gesell – " cuando me llevaba al baño me la mostraba", pide que se escuche el testimonio de la menor. El propio imputado denuncia luego que las menores le habían sustraído el arma (esto está expresado en la denuncia).---------- En cuanto al agravio de la Defensa por la valoración de la extensión del daño provocado a la menor por considerar que es una consecuencia extratípica, justamente, añade la Fiscal, el fin de protección de la norma es la integridad sexual de la menor, por ello a la hora de valorar la pena los Jueces han tomado en cuenta el vínculo que une al imputado con la menor – tío político – que los hechos sucedían en la casa de M. cuando la niña cuidaba a la hija menor de la pareja del imputado. Las secuelas psicológicas fueron correctamente valoradas y explicitadas por la Licenciada Orfilia; pauta esencial, según el art. 41 C.P., son las secuelas o daño ocasionado. También ha sido debidamente motivada la razón de ponderación de esa agravante, en tanto altera el desarrollo sexual de la menor. La

vulnerabilidad de la niña también ha sido correctamente tenida en cuenta, así como que la menor era virgen y consideraron como atenuantes el informe del médico forense realizado al imputado. Concluye solicitando se confirme la sentencia en todas sus partes.----------

----- 5. En su respuesta la Defensa dice que cuando sostuvo "entre otras" se refirió a las enunciadas en el punto 3° del escrito de impugnación y son: falta de prueba médica que convalide el relato de los dichos y la autoría, al determinar los peritos que no fue posible determinar la data de las escotaduras constatadas, ni la data de la desfloración, encontrándose las lesiones cicatrizadas. Inexistencia de por lo menos el último de los hechos denunciados, ya que de acuerdo a lo manifestado por los peritos un ataque violento hubiese presentado señales existentes y visibles al ojo del perito médico, lo cual no se acreditó. No hubo prueba médica, se realizó un examen en la salita del barrio y no se presentó prueba sobre la presencia de fluidos o elementos que pudiera vincular el hecho con el imputado M.---------- Respecto a la Cámara Gesell entiende que ha sido magnificada su importancia. Hubo una clara diferencia en el tiempo en que la menor ubicaba los hechos ocurridos, una concreta diferencia entre el tiempo de los hechos denunciados y el reconocido por la menor como aquella fecha en la que habrían ocurrido. Supuestamente en la denuncia se sostiene que el último acto abusivo había ocurrido días antes, mientras que la menor los ubica aproximadamente en julio del 2007.----------

---------- Agrega que lo único que ha sido probado es la situación de riesgo en que vivía la menor, que consumía drogas, ya había tenido actividad sexual previa, sin signos de violencia, por lo cual es probable que haya sido abusada física o psicológicamente, pero no por su defendido.---------- 6. El acusado T. M. manifestó deseos de declarar ante el Tribunal y dijo: "Yo declaré en el juicio dos o tres palabritas. El falso testimonio lo dije entonces en esas palabras que declaré, dije que

esto era una calumnia. Los testimonios que tiene la fiscal son falsos. Se va a poder comprobar, vengo sufriendo más de dos años preso injustamente, ellas se hicieron las víctimas, a mí me fueron a robar, una tiene 17 y la otra 13 o 12 y yo estaban trabajando afuera, ellas fueron a mi casa y mi señora las atendió, yo poco hablaba con ellas, a veces las hacía pasar. En ese momento, diez o quince minutos que mi señora las atendió, en el lavadero hay una alacena con llave y ahí estaba guardada un arma, la tengo registrada porque tuve un asalto a mano armada. Como a los tres meses me fueron a asaltar de vuelta y con el arma me defendí. Nunca anduve metido en ninguna clase de vicios, ellas andan metidas en todos los vicios, se les puede comprobar en los falsos testimonios, la madre alcohólica, drogada, han ido a robar cordeles de ropa, tendrían que ir a la cárcel por muchos años por falso testimonio. Se tendría que buscar la prueba, ellas hicieron de lo peor, cuando ellas robaron el arma salieron disparando medio rápido, yo estaba afuera y al ratito entro yo y le dije a mi señora qué querían, pasaron a pedirme un cassette y dejaron la mochila, dijo, tenían unas carpetas porque decían que iban a la escuela. Cuando la hicieron pasar al juicio a esta mujer, yo no pude decir nada, qué lindo hubiera sido que yo hubiera podido hacer un careo. En la Gesell está fácil encontrar la mentira: que trabajaba cuidando la nena, y yo no la dejaba ni entrar a la casa, yo ocupaba a una señora H. Y también dijo que cuando ella trabajaba su tía V. iba a la escuela, que yo la corría por toda la casa y la violaba, eso es puro falso testimonio, todo el fin del 2007 y principio del 2008, está fácil, porque ella todo el fin del 2007 (las llevaron al mini hogar y saltaron los paredones para escaparse), sabe por dónde anduvieron? Me denuncian por puro agravio, porque robaron el arma y un celular, yo a ellas no las agravié, no fui a verlas a la casa, iba a llamar a la policía, llamé al 101 y no me atendió nadie, y el hombre me dijo por qué no vas a la salita y me atendió una señora y no me solucionó nada, tenés que ir a la tercera a hacer la denuncia y ya no fui porque me quedaba muy lejos. Pensé que mi defensor iba a ir a la guardia de la salita para conseguir la prueba del robo que hicieron ellas, yo puse

la denuncia a la mañana, al otro día, el 4 de abril de 2008. El policía que me atiende me dice M. falta el número del arma, era fin de semana, yo se lo traigo le dije, pero me dejó la denuncia tomada. Eso fue como a las diez de la mañana y a la tarde fue la policía a revisarles la casa a ellas, cuando le hicieron el allanamiento a ellas, ella se fue para mi casa, se fue violentamente a mi casa, dentró con puerta y todo para adentro que se le salían los ojos de rabia y le dijo que venía angustiada porque había ido la policía y le revolvieron todas la cositas, que yo le había denunciado las hijas, yo lo voy hacer atajar para que le peguen, porque la policía y la fiscal me aconsejó que denunciara porque violó a la chica. Tené cuidado, me dijo mi mujer, porque me iba a hacer atajar con algún tipo. Esa vez yo llegué después, eran las nueve de la noche, ella había estado como a las siete y media ocho, recién se había ido, me quedé preocupado. Al otro día a la mañana me vengo derecho a la Fiscalía y pongo en conocimiento que ella había ido con esas amenazas, cuando pongo en conocimiento en la Fiscalía "bueno, no se haga problemas y si lo vuelve a amenazar venga" me dijeron, me fui a la comisaría y llevé el numero del arma, y le comenté el agravio de esta mujer, y él sin que yo le diga lo agregó a mi testimonio en la denuncia. Ud. tiene miedo, me preguntaron? Si oficial, porque ando solo en bicicleta y me puede salir a atajar un tipo o dos tipos y hacerme cualquier cosa; déme un número externo que pueda llamar rápido. Después ella hizo la denuncia, pero no porque yo la haya tocado ni a ella tampoco. La que sabía ir era mi señora para ayudarla, ella andaba pidiendo, y cuando pueden andan robando. Que se habían drogado, desde los cuatro o cinco años que se están drogando. La mujer es alcohólica, y las chicas también, toman alcohol hasta en la vereda, no tienen casa, tienen un toldito con chapa. No trabaja, se agranda diciendo que va a trabajar, pero anda pidiendo nomás. Estuvieron el la quema en el basural todo el fin del 2007 y a principios del 2008, es mentira pues en esa época estuvieron en la quema, la madre andaba preocupada, las habían ido a buscar por el muelle. Los hijos varones hay uno que vivía al lado de mi casa con otro tipo, a media

cuadra, y robaban juntos. Un día vinieron a robarme un DVD, otro día andaban vendiendo un arma. El arma la deben haber llevado a lo del tipo este. La fiscal Pérez la desestimó a la denuncia mía. Son tres pibas, la mas grande 17, la otra 14, la otra tendría 12 o trece, si hubiera sido por violar hubiera sido a la más grande, yo las respeto, aparte no les doy confianza. La denuncia de abuso es del 7 de abril y la del robo del arma del 4 de abril de 2008. En el juicio yo ya había declarado, la hicieron llamara a ella y le preguntaron a cuánto queda la casa de M. de su casa y dijo "quedan a dos o tres cuadras" y son todas mentiras, hay como diez cuadras. Dijo que yo las iba a buscar a las chicas y un montón de mentiras, me hubiera gustado tener un careo. Mi señora tiene dos hijos que están en el Mini hogar, 15 o 16 el varón (un año se lleva con el pibe mío) y 14 E. Están de antes de que mi señora se juntara conmigo. Ojalá no hubiera hecho la denuncia por el robo del arma. Con su señora tiene un varoncito y las nenas de 7 y un año. Yo me confié que el abogado iba a ir a la salita, yo había llamado del 101. Que nada más."----------

---------- 7. Luego de deliberar extensamente con los colegas del Tribunal sobre el caso he de anticipar que, en mi opinión, el recurso deducido por la Defensa debe prosperar con relación al primero de los agravios propuestos, esto es, la arbitrariedad en que ha incurrido la sentencia en la ponderación de la prueba, toda vez que el Tribunal de Juicio – más allá de la íntima convicción de los Magistrados – ha soslayado considerar la postura de la Defensa – en particular la versión de los hechos que brinda el imputado – omitiendo la ponderación de datos probatorios relevantes que ponen en crisis la hipótesis de la Fiscalía, circunstancia que la inhabilita como acto jurisdiccional.----------

---------- 8. Debe tenerse presente que el marco revisor del recurso *ordinario* del imputado exige una reevaluación integral de la prueba sobre los *hechos*, que no implica un mero control de logicidad en el razonamiento de los jueces de juicio al dictar sentencia, sino que excede ampliamente dicho ámbito. El sustancial avance, en términos de garantía, del novedoso recurso que prevé el art. 374 del C.P.P. se

centra, justamente, en que el tribunal revisor puede ir más allá de *"lo dicho"* en el fallo, para entrar a analizar, eventualmente, *"lo no dicho"* pero que – aún omitido – haya sido válidamente introducido al debate y pueda tener virtualidad probatoria para modificar la fijación de los hechos cristalizada en la sentencia de condena.---------- 9. He considerado necesario transcribir, casi íntegramente, los dichos del acusado en la audiencia del art. 385 C.P.P., pues se trata de un relato –al que me referiré- que ha sostenido desde el inicio del proceso y que pone seriamente en crisis, por la existencia de numerosos y graves indicios que así lo indican, la consistencia y solidez de la hipótesis fiscal. Ello erosiona el sustento mismo del fallo de condena, en tanto la sentencia no se hace cargo, mediante un análisis riguroso de la prueba, de descartar la categórica refutación del acusado, así como la probabilidad de que los hechos hayan ocurrido del modo en que lo narra el

acusado.----------

------ 10. Es preciso reconocer que en la investigación de delitos de índole sexual la declaración de la víctima configura la principal fuente de datos incriminatorios – en la mayoría de los casos única prueba directa de los hechos – que permite fundar un pronunciamiento de condena. Por tal motivo la *credibilidad* o *verosimilitud* de la versión brindada por la víctima debe ser ponderada con especial cuidado y mesura. En tal sentido la doctrina y la jurisprudencia han ido señalando diversas pautas a considerar en el análisis de esos dichos, siendo fundamental verificar: *a) la ausencia de móviles espureos b) la coherencia interna y externa del relato c) la persistencia en la incriminación y d) la corroboración periférica del relato con datos de carácter objetivo, entre otros.*----------

---------- Así, el Tribunal Supremo español, si bien acepta su admisibilidad, condiciona la validez de la declaración de la víctima como prueba de cargo a la ausencia de razones objetivas que permitan sospechar de su credibilidad. En este punto la doctrina cita la S.T.S. (Sala 2ª) del 28 de septiembre de 1988, que declaró *"que para la*

credibilidad de una prueba testifical de cargo se han de rellenar cuando menos las notas siguientes: 1º Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones procesado/víctima que pudieran conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de aptitud para generar este estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente. 2º Verosimilitud. El testimonio, que no es propiamente tal, en cuanto la víctima puede mostrarse parte en la causa..., ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. En definitiva...lo decisivo es la constatación de la real existencia del hecho. 3º Persistencia en la incriminación. Esta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, con arreglo a los clásicos". (fallo citado por Miranda Estrampes en "La mínima actividad probatoria en el proceso penal", J.M. Bosch editor, 1997, p. 188).---------- 11. En el caso, luego de un minucioso análisis de los datos probatorios arrimados a la causa, entiendo que la declaración de la menor no alcanza a generar la certidumbre que requiere un pronunciamiento de condena, toda vez que, como se verá, no reúne las notas características de un testimonio que brinde certeza, más allá de toda duda razonable. El referido déficit no ha sido zanjado por los restantes datos probatorios, sino al contrario. No sólo por cuanto la prueba restante no resulta independiente de aquellos dichos, sino porque arriman la probabilidad de que las cosas hayan ocurrido en un sentido diverso al expuesto en la acusación (mediante la configuración de otro tipo penal), pero que el respeto al principio de congruencia impide profundizar en esta etapa.---------- ---------- 12. Entrando al análisis de los votos que conforman el decisorio puesto en crisis, particularmente en el aspecto vinculado a la prueba de los *hechos*, advierto que el primer votante, el Juez LUCCHELLI, considera acreditadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo – según la versión de la Fiscalía – con los dichos de la menor, el testimonio de la madre, la validación hecha por la perito

psicóloga y la pericia médica. La versión de los dichos de la menor que toma el Magistrado surgen, no sólo de lo expuesto por la niña en Cámara Gesell, sino de lo que la misma le habría referido a la psicóloga O en las entrevistas psicológicas mantenidas. Así, cuando afirma que *"El imputado desde varios meses antes le venía transmitiendo mensajes de contenido sexual"*, es claro que no hace referencia a lo narrado por M. B. en Cámara Gesell pues, como se verá, se trata de toda una serie de circunstancias que fueron omitidas en la declaración que brinda en el proceso y que surgen, en cambio, de transcripciones de presuntos dichos de la niña en el "psicodiagnóstico", introducido como prueba –pese a no haberse leído en el debate-. He de volver sobre este punto, porque considero relevante su análisis.---------- El Juez entiende probado que el acusado, *utilizando amenazas y violencia física, llevaba a la menor – de doce años de edad – al baño donde la manoseaba y la accedía carnalmente por vía vaginal, situación que ocurrió al menos en tres oportunidades.* Tiene particularmente en cuenta *los variados signos psicológicos directos que indican el abuso sexual infantil*, reproduciendo distintas circunstancias que fueron descriptas por la perito psicóloga que mantuvo tres

entrevistas con la niña.----------

----- La Dra. MARTOS también considera acreditada la hipótesis fiscal con los dichos de la madre – en la denuncia y en juicio – el relato de la menor *validado por la psicóloga que encontró signos psicológicos que se correlacionan con el abuso sexual infantil.* En relación al relato que la menor brinda a la profesional, la Jueza advierte *que la psicóloga logró un mejor raport con la niña, pues le contó detalles y situaciones en las que no se explayó en la Cámara Gesell.* La Magistrado reproduce parcialmente ese relato y al tener por probada la materialidad de los hechos y la autoría del imputado toma ambas "declaraciones" de la niña de modo indistinto. Reproduce, también, las conclusiones vertidas por la psicóloga acerca de los indicadores encontrados en la menor sobre una

situación de abuso sexual.---------- En idéntico sentido se pronuncia el tercer votante, Dr. PITCOVSKY, sobre la base de una valoración coincidente de la prueba, ponderando también – como los otros Jueces – el informe psicológico al aludir a *los datos aportados por la Psicóloga O., quien traslada a la audiencia lo narrado por la menor*. En este punto el Magistrado, con cita de pronunciamientos anteriores, pondera el valor convictivo que cabe atribuir a los informes de las pericias psicológicas, catalogándolo de *auxilio al Juez en la apreciación de la prueba en su conjunto, y apuntala aquella prueba directa que arrimada al proceso indica que un suceso existió de una determinada manera, en un determinado lugar, bajo determinadas circunstancias y por determinada persona.*---------- Descarta el Juez la negativa del imputado respecto a la imputación, valorando que M. en el transcurso del juicio descalificó a la niña y a su familia...*tratando de distraer la atención de los presentes con acusaciones diversas, a fin de intentar mejorar su posición el en proceso.*---------- 13. Si la decisión contenida en el fallo fuera un correlato de la totalidad de la prueba válidamente introducida al juicio, no hay duda de que la solución sería justa y conforme a derecho. Sin embargo, la categórica negativa del imputado sumada a las inconsistencias y contradicciones probatorias que se advierten – soslayadas en el fallo – muestran un cuadro de situación que instala,

necesariamente, la duda acerca de la verdad de la imputación.---------- Por ello, voy a discrepar con la valoración probatoria llevada a cabo por Tribunal de juicio, pues entiendo que la conclusión incriminatoria que contiene el decisorio se basa más bien en la íntima convicción de los Juzgadores y no en una ponderación de la evidencia con base en el método de la sana crítica racional, que es el único modo a partir del cual puede, válidamente, tenerse por destruido el estado de inocencia del imputado.---------- 14. El asunto se vincula con la naturaleza y entidad de aquello que un tribunal debe considerar suficiente para condenar.

La "mínima actividad probatoria" de cargo en el proceso penal, como se ha dado en llamar por la doctrina, exige establecer un estándar de convicción mínimo, por debajo del cual ya no pueda afirmarse certeza acerca del modo en que ocurrieron los hechos que se

juzgan.----------

----- Este tipo de casos plantea un complejo dilema probatorio, que obliga a determinar rigurosamente bajo qué condiciones puede considerarse que *la declaración de la víctima* resulta suficiente prueba de cargo para destruir el estado de inocencia de la persona imputada. Cierto es que la jurisprudencia de los tribunales, no sólo a nivel local, ha admitido la posibilidad de que una condena penal se funde sólo en los dichos de la víctima, particularmente en casos de delitos de índole sexual, por la modalidad de secreto y ocultamiento en que por lo general ocurren. Pero no menos cierto es que conferir prevalencia a tal declaración frente a la negativa del acusado exige máxima rigurosidad en la valoración y, fundamentalmente, la constatación por parte de los jueces de que concurren ciertas *notas o condiciones tipificantes* en los dichos de la víctima, capaces de generar la certeza que exige una condena.----------

---------- Por ello he de coincidir, básicamente, con la postura sostenida por la Defensa técnica – tanto al momento de alegar en el juicio como en la audiencia del art. 385 C.P.P. – en cuanto sostiene que la declaración de la víctima, con más los discordantes dichos de la madre, no resultan en el caso prueba suficiente, que arrime certeza más allá de toda duda razonable.---------- 15. Tengo para mí que en este tipo de casos la jurisprudencia ha tenido una posición claramente pendular, que ha pasado de una posición en la que, prácticamente, eran inexistentes las condenas por considerarse insuficiente la prueba de los hechos hasta otra postura, más actual, que ha disminuido el nivel de convicción hasta llegar a condenar sólo a partir de la declaración

de la víctima y un informe psicodiagnóstico, con supuesta función de "validación" del relato de

aquella.----------

------- Esa perspectiva oscilante también se advierte en el tratamiento que el sistema brinda a la presunta víctima, en donde se ha pasado de un trato descomedido o humillante a otro que, so pretexto de evitar una nueva revictimización, impide profundizar su testimonio hasta el punto de resultar – en ocasiones – imposible validar la propia condición de víctima que, como tal, debe ser rigurosamente acreditada en el proceso. Máxime cuando se trata de casos en que, como el presente, se pretende con ese único testimonio directo de los hechos lograr una sentencia penal de condena.----------

---------- 16. Entrando más concretamente al análisis del caso, a mi juicio no ha sido posible en el proceso descartar la versión que de los hechos ha dado el acusado, no sólo por la probabilidad de móviles espúreos respecto a la denuncia, sino por las dudas que surgen acerca de la modalidad e, incluso, de la existencia misma de los hechos denunciados.----------

---------- Decía más arriba que una de las pautas a tener en cuenta para la ponderación de credibilidad de una denuncia por abuso sexual es, justamente, la *ausencia de móviles espúreos*, pues una motivación de odio o venganza que lleve a instar la investigación, frente a la fragilidad probatoria de este tipo de hechos, debe ser una señal de alerta roja para un magistrado.---------- En el caso, el imputado sostiene que el motivo de la denuncia en los presentes –que reputa falsa – fue una denuncia realizada por él, tres días antes, contra la menor y su hermana (el 4 de abril de 2008), por el presunto robo de un arma y otros elementos, ocurrido en su domicilio el 3/04/08 (la denuncia en los presentes es del día 7 de abril de ese año).---

---------- Es preciso, a su vez, señalar que si bien la denunciante no vuelve a referirse al tema cuando declara en el debate – tampoco fue

requerida, inexplicablemente, en tal sentido – la cuestión del robo del arma surge tangencialmente de la propia denuncia, cuando J. S. refiere que M. *"la amenazaba diciendo textualmente: "...si llegás a contar lo que pasó, te voy a denunciar que vos me robaste el arma, les voy a quemar la casa donde viven y se van a quedar en la calle hijas de puta..."*.----------

Insistentemente alude el acusado al móvil que determinó la radicación de la denuncia. Refiere que luego de hacer él la denuncia contra la menor y la hermana, habiendo la policía allanado el domicilio de J. S. – denunciante – ésta llega, presa de furia, al domicilio de M. La clara animadversión de la nombrada se desprende del relato, que me impresionó sincero en el punto, del acusado: *"Ella fue a la casa, se había agraviado, dice que llegó muy enojada, muy agresiva diciendo que había ido la policía y que le habían desparramado todas las cosas, amenazándome que me iba a hacer pegar por la calle con algún tipo porque ella tenía mucha bronca porque yo había puesto la denuncia en contra de sus*

hijas"----------

------ En oportunidad de la audiencia del art. 385 sostuvo que él hizo la denuncia y esa misma tarde *"fue la policía a revisarle la casa, cuando le hicieron el allanamiento a ellas, ella (J. S.) se fue para mi casa, se fue violentamente a mi casa, dentró con puerta y todo para adentro que se le salían los ojos de rabia y le dijo que venía angustiada porque había ido la policía y le revolvieron todas la cositas, dijo que yo le había denunciado a las hijas, "yo lo voy a hacer atajar para que le peguen, porque la policía y la fiscal me aconsejó que denunciara porque violó a la chica"...Yo llegué después, eran las nueve de la noche, ella había estado como a las siete y media ocho, recién se había ido, me quedé preocupado. Al otro día a la mañana me vengo derecho a la Fiscalía y pongo en conocimiento que ella había ido con esas amenazas, cuando pongo en conocimiento en la Fiscalía "bueno, no se haga problemas y si lo vuelve a amenazar venga", me fui a la*

comisaría y llevé el numero del arma, y le comenté el agravio de esta mujer, y él sin que yo le diga lo agregó a mi testimonio en la denuncia".----------

El episodio de la denuncia por el presunto robo de las menores P. en el domicilio de M. – pese a que no han sido acompañadas las actuaciones – puede tenerse por cierto no sólo por los dichos del imputado en tal sentido sino, además de la alusión que contiene la denuncia, porque ha sido reconocido por la menor en Cámara Gesell cuando, interrogada específicamente para que diga si tiene conocimiento de que el arma que ella refiere fue denunciada por el Sr. M. como robada una semana antes de que su mamá hiciera esta denuncia, la niña dice *"Si, porque él se enteró que yo le conté a mi mamá. Y cuando fue la policía a mi casa como diciendo que yo le robé el arma y fue a mi casa él y me dijo por qué hablé, porque yo le dije a mi mamá y me amenazó que iba a quemar la casa porque hablé".* Claramente la niña alude al allanamiento realizado como consecuencia de la denuncia de M. por el robo del arma, tres días antes de la denuncia de J. S.----------

----------16. El cuadro de situación expuesto determina, necesariamente, que el análisis de la fiabilidad del relato de la menor sea de una rigurosidad extrema, pues las inconsistencias o contradicciones que pudieran surgir – máxime tratándose de una menor de trece años al tiempo de su declaración en el proceso – adquieren una relevancia sustancial.----------

---------- 17. Una consideración especial y previa merece la intervención de la perito psicóloga, designada para hacer un psicodiagnóstico a la menor M. B. P. y determinar *a) si existen signos de abuso sexual infantil* y *b) si se advierten secuelas psicológicas del abuso.*----------

---------- La profesional, para cumplir su cometido, ha realizado diversas pruebas y test psicológicos, según narra en el debate, pero en lugar de brindar la información requerida por la Fiscalía, introduce en su informe pericial una extensa declaración que aparece bajo la forma de una transcripción textual – por la sintaxis y la

forma de escritura empleada – de presuntos dichos de la menor entrevistada.---------- Asimismo, la menor ha brindado declaración en el proceso bajo la modalidad de Cámara Gesell – con las formalidades de un anticipo jurisdiccional de prueba – prestando declaración sobre los hechos directamente por ella percibidos.----------

------ El dilema probatorio que presenta el caso se da a partir de la constatación de que el contenido de lo narrado por la psicóloga no coincide – y en ciertos aspectos se contradice – con las manifestaciones de la menor M. B. P. en su declaración en Cámara Gesell.----------

---------- He dicho más arriba, al aludir a los votos de los Magistrados en el fallo, que se han tomado indistintamente los dichos de la niña formalmente introducidos al proceso y aquellos otros que, indirectamente, arrima la perito psicóloga por vía de una supuesta transcripción de los dichos de aquella.----------

---------- El interrogante es si puede el Tribunal valorar el contenido de lo supuestamente narrado por la niña a la psicóloga como prueba de cargo. En mi opinión, el proceso probatorio ha sido distorsionado pues en lugar de utilizar el auxilio de la experta en psicología para ilustrar sobre la personalidad de la menor y, eventualmente, acerca de la fiabilidad de sus dichos – pese a que los profesionales no suelen ser expertos en testimonio y su tarea no difiere del análisis de credibilidad que realiza un juez – en el caso se ha pretendido reemplazar el testimonio de la niña con una extensa encuesta llevada a cabo por la psicóloga sobre los hechos investigados.----------

---------- El, a mi juicio, incorrecto procedimiento llevado a cabo ha permitido contar con dos relatos sucesivos – uno que se introduce en forma irregular y otro directo – que sobre los hechos ha formulado la menor M. B. P.----------

---------- Si bien la situación expuesta dificulta, por un lado, la tarea de ponderar la confiabilidad del relato de la víctima –puesta en crisis por el acusado – por otra parte

brinda mayores datos probatorios para contrastar y un panorama más completo a fin de decidir cuáles extremos han sido corroborados y cuáles han

quedado en la incertidumbre.---------- Aclaro que no se trata de exigir precisiones o exactitudes a nadie en cuestiones no medulares de los relatos, pues es sabido que es tarea imposible reproducir con absoluta fidelidad la experiencia vivida sobre un hecho del pasado. Pero cuando en el marco de un proceso penal los dichos de una persona van a servir de sustento fundamental a una condena, la exigencia de que el relato sea fidedigno sólo puede controlarse mediante un riguroso examen de la coherencia interna del relato y, en dicho marco, la falta de precisión y exactitud, así como las discrepancias aún en detalles, cobran una singular importancia en desmedro de su valor conviccional.---------- Me pregunto, por ejemplo, si la profesional psicóloga hubiese podido validar el relato de la niña, como lo hizo, si acaso hubiese escuchado la declaración brindada por la menor ocho meses después, en el contexto de la Cámara Gesell, en donde poco o nada queda de la detallada versión que supuestamente le brindara al tiempo de realizar el psicodiagnóstico. En ese sentido, otro punto en crisis que advierto en el caso es la *falta de persistencia* – cualidad necesaria – en los dichos de la menor, situación que merma también la posibilidad de ser utilizados como única prueba directa de cargo de los hechos atribuidos.---------- En relación al cometido de la prueba pericial psicológica en este tipo de procesos ha dicho, recientemente, la Jueza Jones: *"...es evidente que no pueden asimilarse, por sus diferentes ámbitos de competencia, la tarea pericial que ayuda al juez a formar criterio sobre una determinada cuestión, con la percepción directa que pueden tener el juez y las partes de dicha prueba, en la tarea más general de búsqueda de la verdad. Diferencia que se aprecia nítida en el caso si tenemos en cuenta que...se (le) requirió por parte de la Fiscalía, la realización de un estudio psicodiagnóstico..., labor pericial que por estar dirigida fundamentalmente a*

establecer signos y secuelas psicológicas de abuso sexual infantil, obviamente no puede equipararse a la recepción de la declaración de la niña en su carácter de víctima, como fuente directa de datos para esclarecer y delimitar la materialidad del hecho y la participación en el mismo del imputado, funciones que no pueden suplirse mutuamente, más allá de que ambas puedan transitar y referirse a la misma situación fáctica". ("López, Ángel Esteban p.s.a. Abuso Sexual", Expte. Nº 06/09 CPPM Legajo Nº 4530, Carpeta Nº 642 OFIJU).---------- Si bien, insisto, las referencias hechas por la perito psicóloga de supuestos dichos de la menor no pueden servir de fundamento a una sentencia de condena, no tenerlas en cuenta para fundar la duda a favor del imputado implicaría, lisa y llanamente, una interpretación perversa de la garantía de la judicialidad de la prueba – principio afectado con la irregularidad que se trata. Por ello he de valorar esas referencias, en cuanto sirven para demostrar las diferencias e inconsistencias que surgen de otros relatos brindados en la causa – tanto de la propia menor, como de la madre y el del imputado.----------

---------- 18. Hecha la salvedad, tengo en cuenta que la niña dice que M. la *"amenazaba que vaya con la excusa que le cuide a mi sobrina".* Sin embargo surge claro de los dichos de la madre que no era que el imputado la amenazara para que fuera, sino que V. –la esposa – la mandaba a buscar. En ningún momento se hace alusión a episodio alguno en que M. la llevara a la niña amenazada a su domicilio. Luego la madre, J. S., dice en debate que su hija le manifestó *"lo que pasa es que yo iba para la casa de él porque me amenazaba que si no iba me mataba".* No obstante, del relato que le hace a la psicóloga surge que iba asiduamente a la casa del imputado y que, con frecuencia, se quedaba a dormir

allí.----------

------- 19. Tampoco surge consistencia en la alusión por parte de la menor acerca de los actos intrusivos denunciados. La misma comienza su relato en Cámara Gesell diciendo

"mi tía se iba a estudiar y ahí me amenazaba, me agarraba del cuello y me llevaba al lavadero y ahí me empezaba a violar".---------- ---------- La madre, en cambio, interrogada acerca de si la menor le contó lo que le habría hecho el imputado, sostuvo : *"que la acariciaba, que la abrazaba, que le tocaba sus cosas íntimas, y la tenía ahí nomás, hasta que la pudo agarrar, abusar de ella".* Cuando se la interroga para que diga qué quería decir con que "la sometía" el imputado a la menor, contestó *"que le invitaba comida, comprarle cosas, que le iba a pagar un sueldito",* y luego agrega que *"B. dice que estuvo como tres o cuatro veces. Le dije a V., él no me la va a venir a agarrar de mujer."*----------
------ Lo anterior es coincidente con lo supuestamente dicho por la menor a la licenciada Orfilia. La niña va relatando que el tío, M., esposo o concubino de una de sus tías maternas le realizaba verbalizaciones explícitas acerca de su hermana mayor, de si quería ser intermediaria para convencerla a la hermana mayor de tener relaciones con él y, a cambio de eso, él podía darle dinero, empezó con ese tipo de comunicaciones, prosiguió – en el relato de la niña – con otro tipo de verbalizaciones, como qué pasa si tu hermana no accede – tipo chiste – podrías hacerlo conmigo, se refería a algún tipo de relación sexual y luego a una conducta más explícita que fue la relación sexual toqueteos y luego relación sexual, interacción donde había violencia física (porque la niña relata palmazos, agarradas de cuello, cachetadas para obligarla a tener las relaciones) psicológicas (relata que este señor tenía un arma y la había amenazado con dañar a su familia, el papá se había ido de la casa y estaba la mamá y los hijos, pero no estaba la figura predominante, amenazas con quemarle la casa.---------- Este contenido es reiterado por la perito en la audiencia de juicio, cuando expone que *"en la medida en que se daban las situaciones abusivas (la menor) estaba recibiendo plata para cuidar a su primita ...también zapatillas nuevas, caramelos, cigarrillos, objetos que este señor le había dado*".---------- Vinculado a lo anterior es preciso decir

que no aparece en el relato de la menor – tanto en el directo como en el trasmitido a su madre y a la psicóloga – una descripción coincidente del atribuido uso de la violencia o la intimidación por parte del imputado para concretar los actos abusivos. Así, a la psicóloga le refiere que durante un tiempo (*"él me insistía siempre me decía lo mismo")* M. la trataba de convencer para que oficiara de intermediaria entre él y su hermana mayor, L., para después comenzar a insinuarse con ella misma (*"decile a L., si no te voy a agarrar a vos"*).----------

---------- La situación descripta – entrega de dinero u otros elementos al tiempo en que se producían los supuestos actos abusivos – debe correlacionarse con la circunstancia constatada por la Dra. S. S. en el sentido de que advierte una niña *"con una situación, una postura, una manera de estar de una joven más grande".* Ello sumado a los dichos del imputado ante este Tribunal, en cuanto dice que se trata de una menor 12 o 13 años, permite sin esfuerzo imaginar como probable la hipótesis de una figura contra la integridad sexual más benigna – ante un eventual consentimiento y la creencia errónea de la mayor edad de la menor por parte del imputado – circunstancia que no es dado profundizar por cuanto no ha sido materia de acusación que, aún de modo alternativo, habilite al Tribunal para el tratamiento de tan diverso sustrato fáctico. Hacerlo implicaría, lisa y llanamente, mutar la base de la imputación, con grave lesión del derecho de defensa en juicio

(art. 18 C.N.).----------

----- No obstante lo dicho, la existencia de la aludida posibilidad debilita aún más la noción de coherencia o coincidencia en el cuadro probatorio, notas que son sólo aparentes en cuanto se comienza a profundizar el análisis de la totalidad de la prueba.----------

---

---------- 20. En relación a un aspecto esencial en la investigación de este tipo de sucesos, esto es, el momento del develamiento de la situación abusiva, la madre de la

menor dice que *comen(zó) a notar un comportamiento anormal en su hija, que estaba rara, con miedo y hasta había comenzado a consumir "poxiran"*; por tal motivo la lleva a la salita de primeros auxilios del barrio, y *"en ese lugar M. B. rompió en llanto y le contó que había sido abusada sexualmente por su tío J. M."*. En el debate, en cambio, no vuelve a narrar esa situación sino que dice: *"me enteré de lo sucedido porque la encontré rara, no me hablaba, no se acercaba a mí, se aislaba del lado mío, después le dije qué le pasaba, no mami, me dijo, lo que pasa es que yo iba para la casa de él porque me amenazaba que si no iba me mataba".*---------- ---------- Como se advierte, no puede saberse, a ciencia cierta, si el develamiento fue en la salita de primeros auxilios, como dijo al comienzo de la denuncia la madre, o si fue anterior a esa ocasión, como parece deducirse de su aclaración en el sentido de que la llevó a la salita *para ver que no le hubiera contagiado ninguna enfermedad.*----------

------ Es preciso insistir acerca de la necesidad, en este tipo de casos, de reproducir lo más exactamente posible las circunstancias que rodearon a ese momento, el de la revelación de los actos abusivos por parte de la menor. Importantes indicadores de credibilidad pueden obtenerse de una fiel reproducción de ese momento. Sin embargo, en el caso, las circunstancias del mismo han

quedado en un cono de sombras.----------

-------- 21. También manifiesta la denunciante que no radicó la denuncia al enterarse de los presuntos abusos – quince días antes – por "desconocimiento". Pero al ser interrogada específicamente en ese sentido, dice que no denunció en un primer momento porque *"yo esperaba que primero me dijera las cosas, no podía pasar sobre ella".* Sin embargo, en el debate, interrogada sobre cómo se decidió a denunciar, sostuvo *"yo le dije a B., lo voy a denunciar, yo no me voy a callar, él está acostumbrado a agarrar a tus tías, no voy a*

dejar que un hombre de cincuenta vaya a agarrar a mi hija que tiene doce, y ella me dijo que haga lo que esté al alcance mío."----------

------ Las señaladas incoherencias, aunque puedan aparecer irrelevantes en otras circunstancias – vgr. cuando no esté teñida de sospecha la denuncia misma – cobran trascendencia para dar mayor pábulo a la versión del imputado, en cuanto dice que el verdadero móvil de la denuncia fue el resentimiento por la acusación que él plasmara unos días antes y que motivara el allanamiento del domicilio de la denunciante.----------

---

---------- 22. Por otra parte, no es tema menor la circunstancia de haber quedado en la indeterminación el número de hechos en que el imputado habría abusado de la menor y, más dudosa aún, la data de los presuntos abusos.---------- Un reproche vago e indeterminado, sabemos, limita severamente las posibilidades de defensa del acusado. El mandato de determinación del hecho atribuido – *relación clara, precisa y circunstanciada, en los términos del art. 291 C.P.P.* – tiene que ver, justamente, con el derecho de defensa y del debido proceso legal a que tiene derecho todo ciudadano. Por tanto el deber de objetividad impone a la parte acusadora autolimitarse en la acusación sólo a aquellos extremos sobre los que pueda dar cumplimiento a ese mandato esencial.----------

---------- La madre, si bien dice que los hechos habrían sido tres o cuatro refiere en forma concreta dos sucesos: uno ocurrido en el mes de noviembre – en el que el imputado se introduce al baño estando la menor adentro (en esto también difiere la niña, quien sostiene que el hombre la lleva al baño por la fuerza), y el segundo hecho acontecido el "viernes próximo-pasado" a la fecha de la denuncia (o sea el 4/04/08, día de radicación de la denuncia de M. contra la menor).---------- A su vez la menor M. B. P. – de 13 años al momento de declarar – afirma que fueron *tres* los episodios abusivos como ocurridos en el 2007; interrogada sobre si puede precisar la

fecha dijo no recordar, ante lo cual se le insiste para que diga si fue a principios, a mediados o a fines de ese año, manifestando “a mediados del 2007”.---------- ---------- En este punto tengo presente que la intimación de Fiscalía comprende un lapso temporal que va entre noviembre de 2007 y abril de 2008. Detalle no menor en la causa es que la Fiscalía concreta la Acusación *antes* de haber requerido el testimonio de la menor en Cámara Gesell, el que se concreta aproximadamente nueve meses después radicada la denuncia, sin que aparezcan los motivos que

justifiquen tal situación.---------- ------ Por otra parte se demostró que el episodio narrado por la denunciante como ocurrido el viernes anterior a la denuncia, esto es, el 4 de abril de 2008, *no habría existido* – según la propia evidencia científica – pues tratándose de un hecho tan próximo a la revisación médica, de haberse producido hubiese mostrado rastros, con alta probabilidad. Ello, además, es coincidente con los dichos de la niña en Cámara Gesell, ya que – como vimos – no menciona ningún acto abusivo en esa fecha, circunstancia que no fue considerada siquiera por la parte acusadora para adecuar su hipótesis de los hechos a la nueva versión dada en el proceso.---------- Los defectos de la imputación no pueden ser corregidos en la sentencia, mediante una valoración parcializada de la prueba, que rescata algunas coincidencias y soslaya las incoherencias y contradicciones que, sin pretensión de exhaustividad, han quedado expuestas. Ello porque la íntima convicción acerca de la ocurrencia de episodios intrusivos en la esfera sexual de la menor no alcanza para fundar, con base en la sana crítica racional, una sentencia de condena.---------- 23. Ante tal déficit probatorio, el informe psicológico que da cuenta de una variedad de signos y síntomas que presentaba la menor y que han sido tratados en el fallo como demostrativos de los hechos imputados, no caben reputarse en tal sentido, al menos con certeza.--------- ---------- En ese sentido no puede

perderse de vista lo señalado por la Defensa en cuanto a que se trata de una menor que se hallaba, cuando menos al tiempo de los hechos que se imputan, en un estado de *riesgo absoluto*, tanto de tipo social (con internaciones en el Mini hogar), como sanitario (el informe médico suscripto por la Dra. S. S., agregado al legajo de prueba fiscal, habla de un *aspecto erotizado, falta de higiene y escabiosis generalizada),* con episodios ciertos de consumo de poxiram, según lo refiriera la madre en el debate.---------- Si bien – me apresuro a aclarar – en modo alguno tal situación conlleva minusvalía *per se* en la credibilidad que pueden tener los dichos de la menor, deben ser rigurosamente ponderados pues hacen al *contexto* de la situación investigada, aludido una y otra vez por el imputado, sin que en mi opinión aparezca un ánimo de menoscabar porque sí a la denunciante y a sus hijas, sino para denunciar una situación que califica como una *denuncia calumniosa* en su contra, radicada como una especie de *contra denuncia* a partir de su acusación por el robo que habría llevado a cabo la menor y su hermana en su casa.---------- 24. Si bien podría afirmarse, por la edad de la niña, que una situación de abuso sexual ha sido demostrada a través de rastros objetivos – pericias médicas – no ocurre lo propio con la materialidad de los hechos ni con la autoría atribuidas, extremos que no pueden considerarse acreditados con certeza con los meros dichos de la menor que se dice afectada. La prueba restante, esto es, la denuncia y las declaraciones en juicio de la madre de la niña y de la profesional psicóloga que realiza el psicodiagnóstico – además de que no pueden ser consideradas un sustento suficiente de los dichos de la presunta víctima – en el caso exhiben diferencias sustanciales con el relato que en forma directa ha prestado la menor en Cámara Gesell, lo que atenta contra la coherencia externa que debe exhibir el relato, si es que acaso se pretende con él conformar convicción suficiente de un ilícito penal.---------- Podrá decirse que no pueden exigirse precisiones a un testigo de corta edad que ha sido víctima de un tipo de delitos como el atribuido. También, que no cabe una precisión exacta en la

narración de los hechos, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre uno y otro relato. He dicho, reiteradamente, que las dificultades probatorias en determinados hechos no autoriza, en ningún caso, a relajar las exigencias probatorias que hacen al fundamento de una sentencia de

condena.----------

------- Considero que el déficit del fallo es, justamente, haber soslayado una gran cantidad de contradicciones e inconsistencias que se advierten en los dichos de la menor y de su madre. Inexplicablemente no se profundizó en la reiterada alusión por parte del imputado de que la denuncia, cuya falsedad proclama, habría ocurrido como una especie de venganza tres días después de haber denunciado, él mismo, a la menor y a su hermana mayor como presuntas autoras del robo de un arma de

fuego y otros elementos de su domicilio.----------

-------- Se ha subestimado, en mi opinión, una gran cantidad de datos probatorios que no resultan coincidentes con los tenidos por ciertos, ni se ajustan a la simplificación de hechos que contiene el fallo. Ello no sólo respecto a las circunstancias de tiempo y lugar en que, según se imputa, habrían interactuado el imputado y la menor, sino también a la particular situación en la que acontece la denuncia y que torna verosímil sospechar acerca de la existencia de un móvil espúreo en la propia instancia de la acción penal.----------

---------- 25. Todo lo anterior hace mella, irreversiblemente, en la fiabilidad que cabe conferir al relato de la menor y de su madre y la duda que surge acerca de la imputación debe, por imperativo legal y constitucional, ser resuelta a favor del imputado (art. 28 C.P.P. y 44 C.P.).----------

---------- En particular, en el caso, no encuentro una duda meramente hipotética, dada sólo por la posibilidad alternativa planteada por la Defensa. En mi opinión, se ha configurado en mi ánimo un estado de incertidumbre acerca de la materialidad y autoría de los hechos que, por su importancia y entidad, impiden una decisión habilitante para la

aplicación de una pena.----------

- Así, dentro de las notas tipificantes de la declaración de la víctima como suficiente prueba de cargo para la condena, que fueran señaladas más arriba, no podemos considerar configurada, en puridad, ninguna de ellas. No se ha dado la *coherencia interna ni externa del relato,* por las notables diferencias e inconsistencias mencionadas; tampoco puede afirmarse, sino al contrario, la ausencia de móviles espúreos y, por último, *la persistencia en la declaración* tampoco se ha verificado, ya que las variaciones en el relato de la menor impiden tal caracterización.----------

---------- 26. Como puede advertirse, el sentido de mi voto se inclina a favor de preservar un mayor estándar de convicción que, sin pretensión de mostrar verdad absoluta – de imposible cumplimiento en el marco de un proceso – arrime una conclusión de la pueda predicarse certeza, más allá de toda duda razonable.---------- Las consideraciones expuestas me llevan a concluir que el fallo carece de motivación suficiente, por contener una valoración incompleta de la prueba producida, configurando un cuadro convictivo que no arrima certeza acerca de la materialidad de los hechos que se imputan ni de la autoría de los mismos, correspondiendo, en virtud de las expresas mandas contenidas en el art. 28 del C.P.P. y 44, VI, de la Constitución del Chubut, absolver al acusado del delito por el que fuera condenado. Así lo voto.----------

---------- 27. Las costas deben ser soportadas por el imputado, de conformidad a la excepción prevista en el art. 242 inc. 3º del C.P.P. (Ley 5.817). Por otra parte corresponde regular los honorarios del defensor particular, Dr. P. F., por su labor en esta etapa, en la suma de Pesos Mil ($ 1000.-), de conformidad a lo establecido por los art. 5, 7, 44 y ccctes. De la Ley XIII Nº 4, antes Decreto Ley 2200.---

---------- **El Juez Omar Florencio MINATTA dijo:**---------- ----------

Adelanto la conclusión en cuanto a que la sentencia condenatoria adolece de la necesaria

certeza convictiva, pues realiza una valoración de los elementos de prueba en sentido incriminatorio y descarta los dichos de la defensa, cuando ambos extremos en conjunto alcanzan para poner en duda la acusación. Esto es así porque sabemos que del estado de inocencia se derivan una serie de exigencias en la formación de las pruebas que hacen a su idoneidad como para destruirlo. En este sentido, hay varias condiciones que se estipulan para llegar a la verdad fáctica, sobre la que no podemos aquí entrar en detalles, pero sí mencionar una aplicable directamente a este caso. Así, cuando existen mas de una hipótesis explicativas encontradas sobre cómo ocurrieron los hechos – la acusatoria y la defensista – el juez aceptará como verdadera la primera no solo cuando esté confirmada por varias pruebas no desmentidas por ninguna contraprueba, sino también cuando esa tesis acusadora prevalece sobre todas las hipótesis en conflicto con ella, de forma tal que si otra explicación distinta es razonable y posible conforme al cuadro probatorio, aquella queda refutada. Y la explicación alternativa a la acusación es más razonable y posible no solamente cuando la desmienta totalmente, sino que basta con ponerla en duda, ya que así lo manda el *" in dubio por reo"* como regla limitativa de la verdad en el proceso penal. Dicho de manera sencilla: cuando no son refutadas ni las hipótesis del fiscal ni las de la defensa, la duda se resuelve contra la primera, lo que implica, además, que las posturas defensistas solo podrán rechazarse si son totalmente incompatibles con algunos de los datos probatorios recogidos, es decir, si son irracionales y casi imposible sus proposiciones. Este es el cuadro teórico que siempre es necesario recordar porque él es el que se corresponde con la epistemología falsacionista compatible con el estado de inocencia, es decir, con un proceso entendido como contienda entre hipótesis en competencia que el juez tiene que dirimir. Claramente lo señala así el maestro italiano Ferrajoli: si la acusación tiene la carga y, por ende, el deber de descubrir hipótesis y pruebas y la defensa el derecho de contradecir con contrahipótesis y contrapruebas, el juez, cuyos hábitos profesionales deben ser la imparcialidad y la duda, tiene la tarea de

ensayar todas las hipótesis , aceptando la acusatoria solo si está probada y no aceptándola, conforme al criterio pragmático del *" favor rei",* no solo si resulta desmentida sino también si no son desmentidas todas las hipótesis en competencia con ella.*(Cfr. FERRAJOLI, Luigi; Derecho y Razón, Trotta, España, 1995, pags. 151/52)*.----------

---------- Si abordamos la cuestión con este marco teórico se podrá observar que la versión que trae la defensa material y técnica se apoya en elementos suficientes como para poner en duda la postura acusatoria. Veamos.----------

---------- Todos los votos recogen en la sentencia condenatoria la valoración y conclusión incriminante de la fiscalía, sostenida por la concordancia del relato de la niña con los dichos de su madre, con los de la psicóloga en cuanto a los hechos, signos del abuso sexual infantil y falta de fabulación y con las comprobaciones de los médicos actuantes que determinaron la desfloración de la víctima.----------

-- En cambio, el condenado sostiene que las imputaciones en su contra tienen su origen en la animadversión de la menor y su madre contra él, producto de una denuncia que efectuara contra la niña y su hermana por la sustracción de un arma, la que motivara, a su vez, un allanamiento en la morada de las menores y de su madre, que originara una ofuscación grave en la madre, a tal punto que se apersonó al domicilio del acusado recriminándole con fuertes insultos acompañadas de amenazas en el sentido de que lo iba a denunciar por violación y de que iba a convencer a terceras personas para que lo golpeen. Refiere que la mejor prueba de ello es que a los tres días de tal episodio, es denunciado por la Sra. J. S., afirmando que ésa es la verdadera razón de la denuncia. Agrega que tanto la niña como sus hermanas son jóvenes que viven prácticamente en la calle, que se dedican a apoderarse de lo ajeno, que beben alcohol y que pernoctan en el basural y en la quema junto a hombres adultos que allí moran. Dice textualmente que se trata de "rateras", toman cerveza, andan en la calle e inclusive relata que vivieron a fines del 2007 y principios del año 2008 en el basural y en la quema, llevándole alcohol a los

hombres que allí laboran o habitan. Agrega que esas tres menores deben de tener diecisiete años la mayor, catorce la segunda y trece o doce la tercera o supuesta víctima en autos. Agrega también que habló con su defensor acerca de la desestimación de la denuncia del arma por parte del fiscal y que creyó que al menos éste iba a probar con los documentos que constan en la policía o en fiscalía tal denuncia, relatando que inclusive discutió con su defensor – dando a entender que éste no le creía – dando mucha importancia al tema, pues tal extremo demostraría la verdadera razón de la denuncia.----------Entiendo que lo traído por el acusado como descargo, tiene una importancia liminar para decidir la cuestión, puesto que si puede llegarse a la conclusión de que tal versión es cierta o probable es más que suficiente como para refutar o, al menos, dudar de la tesis acusatoria. Esto es así en este caso por varias razones: (a) en primer lugar lo traído por el imputado no es nuevo, pues desde los primeros momentos del proceso la cuestión de la denuncia del arma hurtada o robada fue introducida, tal como luce en la propia denuncia de la madre J. S. Esta cuestión, a mi juicio, obligaba a los acusadores a poner un especial esfuerzo tendiente a esclarecer tal extremo, como hubiese sido comprobar la existencia de la denuncia, el día que se efectuó, la concurrencia del imputado un día antes inclusive de ésa denuncia a la repartición policial de su barrio; (b) otro descargo no atendido en el presente caso es la referencia del acusado al estado de abandono y vulnerabilidad de la niña, cuya existencia o no es de extrema importancia para resolver estos hechos, sobre todo porque había indicios razonable de que ello fuera posible. Así se puede desprender de los autos " A.C.F. s/ medida de protección de la menor (M. B. P.) Expte. 781- F50- Año 2005" que tramitaba ante el Juzgado de Familia de Puerto Madryn, en el que consta un informe de la licenciada Orfilia sobre la conducta de la niña y sus hermanas adolescentes. Dice textualmente el informe que el padre de las niñas – recuérdese que habla de tres menores cuyas edades van desde doce a quince años – que en ocasiones el padre tenía que ir a buscarlas a un

boliche bailable, concluyendo que, dentro del contexto familiar, es probable que las hijas se escapen para realizar salidas recreativas en lugar de solicitar permisos a sus padres o acordar un horario adecuado de regreso al hogar familiar. Cabe agregar que tal informe fue dirigido a la Fiscalía por el Juzgado de familia, es decir, que éste órgano tenía conocimiento del él y no obstante no se tomó ninguna medida de investigación para verificar o descartar la falta de contención familiar y social de la niña al momento de los hechos; (c) si bien con lo anterior ya es suficiente como para poner en duda la certeza propia que requiere una condena, agreguemos que las valoraciones que ella hace de los elementos de cargo, en el sentido de que todos se corresponden en sus partes nucleares, es incorrecto. En esta senda, adviértase que la niña en la Cámara Gesell refiere una cantidad de hechos, modalidades y tiempos de realización que no coinciden con lo relatado por su madre, habiendo inclusive contradicciones respecto de esos extremos en el relato de la propia madre. Así, mientras la niña dice que los hechos ocurrieron a mediados del año 2007 en cantidad de tres, la Sra. J. S. dice en la denuncia que fueron dos – una vez en el mes de Noviembre del año 2007 y otra en abril del 2008 – y en el debate afirma que fueron tres o cuatro veces, precisando que el último fue cometido el día 04/04 2008, es decir, tres días antes de la denuncia. Agréguese respecto de esta última afirmación la imposibilidad de ese hecho, tal como se desprende de la pericia ginecológica de la Dra. S. que al revisarla sostiene una desfloración de larga data, es decir, de por lo menos veinte o treinta días antes. No puede sostenerse, entonces, una correspondencia entre ambas declaraciones, pues no solo difieren entre sí, sino que la madre se contradice en las dos oportunidades que declara; (d) continuando con la credibilidad del testimonio de la madre, obsérvese que del debate surge claramente la tendencia hacia la ligereza y superficialidad en cuanto a las imputaciones penales, puesto que no se limita a imputar a M. el hecho de abusar sexualmente a su hija, sino que agrega que le hizo lo mismo a sus dos hermanas cuando ellas tenían doce o trece años e inclusive

da a entender que también abusaría de C., la niña de cinco años que convivía con él y su concubina V.; (e) la sentencia también valora como elemento corroborante del relato de la víctima, el informe y la declaración de la licenciada Orfilia, profesional que le efectuara el psicodiagnóstico. Si bien, tal como ilustradamente lo dice mi colega preopinante, no es propio introducir mediante esa pericia imputaciones sobre los hechos- puesto que en definitiva ello significa incorporar sin control elementos importantes de cargo – tal violación de la garantía de la defensa en juicio debe excluirse para fundar una incriminación, pero no cabe descartarlo como elemento a favor del imputado. En este sentido surgen, tanto de la documental citada como del testimonio, circunstancias que llevarían incluso a sostener un eventual consentimiento de la menor, pues allí se habla de las donaciones que M. le hacía – corroborado por la propia madre en el debate en cuanto afirma que le compraba cosas y que le iba a pagar un sueldito – lo que unido a la afirmación del imputado en cuanto a que no sabe si tenía doce o trece años, podría llevar el hecho a otro tipo penal contra la integridad sexual más benigno, aunque hubiera habido, quizás, atipicidad por error de tipo. Esto último no es para nada improbable, si nos atenemos a la figura física de la niña y sus características, tal como se desprende del mismo testimonio en el juicio de la ginecóloga infantil en el debate, Dra. S. S., en la que da detalles como que se trata de una niña con un cuerpo erotizado, con una postura de una joven más grande de edad, es decir, que era razonable creer que tenía mas de doce años.-

----------En suma, entiendo que con los elementos así valorados, los dichos del imputado aparecen como posibles, por lo que con ello ya se pone en crisis la tesis acusatoria y basta para descartar la certeza que tiene que tener una decisión como para destruir el estado de inocencia. Específicamente en el caso, no se respetó el principio lógico de razón suficiente que exige la demostración de que un enunciado solo puede ser así y no de otro modo, lo que se dará solo si los mismos elementos de prueba pueden sostener la verdad de ese enunciado y no también las de otros

contrapuestos. En definitiva, si en base a los mismos elementos probatorios los hechos pudieron ocurrir de otro modo, la acusación queda directamente refutada y corresponderá absolver. Así lo voto.----------

---------- Honorarios. Por último, encuentro adecuado el monto que la colega preopinante ha fijado respecto de los honorarios de la Defensa particular, esto es, Mil Pesos ($ 1.000.-). Nada más.----------

- La Jueza María Elena NIEVA de PETTINARI dijo:---------- ----------

Llega la presente causa a conocimiento de este Tribunal en virtud de la impugnación interpuesta por el Dr. C. P. F., Defensor de confianza del imputado ***T. J. M.*** en estos autos caratulados: "***M. T. P. S. A. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL" Expte. Nº 13/09 CPPM, Carpeta Nº1039/07 OFIJUPM***, contra la sentencia definitiva Nº 16/09 dictada el día 3 de Abril de 2009 por la Cámara Penal de Puerto Madryn, en cuanto dispone, en lo que aquí interesa: *"... I) CONDENANDO a T. J. M., de las demás circunstancias personales ya mencionadas al inicio de la presente, como AUTOR material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN LA MODALIDAD DE DELITO*

CONTINUADO (Arts. 119, tercer párrafo, 45 y 55 contrario sensu del C. Penal) a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN Y COSTAS (Arts. 12, 29 inc. 3, 40 y 41 del C.P.P.) por el hecho ocurrido entre los meses de noviembre de 2.007 y abril de 2.008 en esta ciudad de Puerto Madryn en perjuicio de la menor M. B. P.".----------

Que en su libelo impugnativo (fs. 85/86 vta.) el recurrente, antes de referirse concretamente al motivo de su impugnación, remarca que en la etapa de la discusión final solicitó la absolución de su pupilo con fundamento en la imposibilidad de llegar al estado de certeza respecto del hecho imputado necesario para condenar. Así destacó la

posibilidad de que la menor hubiera sido víctima de abusos pero no por parte de M., ello dado la evidente situación de riesgo

social en que se encontraba la niña.----------

---- Que de conformidad con las constancias médicas y ginecológicas no fue posible determinar la data de las escotaduras presentes ni de la desfloración de la menor encontrándose las mismas cicatrizadas; la inexistencia de al menos el último hecho denunciado en razón de lo declarado por los peritos respecto de las inexistentes señales de un hecho violento como el denunciado y examinado a pocos días de producido. Así también la falta de prueba médica del acceso carnal alegado por el fiscal y la verosimilitud y consistencia de la declaración prestada por la menor en Cámara Gesell, sobre todo en cuanto a la divergencia en el tiempo en que se produjeron los supuestos hechos, como las apreciaciones formuladas por la Licenciada Orfilia sobre los indicadores de validación del relato de la menor. Por otro costado cuestionó la prueba documental (misiva incorporada de la niña) e inconsistencia del testimonio de la madre de la menor, su contradicción con los dichos de la menor en Cámara Gesell respecto del tiempo de los hechos.---------- En resumen estima como motivos de la impugnación: ***a) Arbitrariedad en la valoración de la prueba para condenar. Afectación al principio de congruencia. Violación al derecho de defensa en juicio (Art. 18 C.N.; 45 C.CH).*** Así entonces establece que los Sres. Jueces condenaron al Sr. M. por el hecho acusado tomando como prueba entre otras la denuncia y el testimonio de la madre de la menor, que es “referencial”, “de segunda mano” o “ de oídas”, esto es, una versión de quien refiere lo que dijo haber experimentado, vivenciado, otra persona diferente de quien formula las manifestaciones juradas. La minusvalía probatoria de los testimonios referenciales encuentra como fundamento el principio de “igualdad de armas” entre las partes en conflicto, igualdad que debe resguardar,

esencialmente, a la parte más desprotegida de la relación, esto es al imputado por la comisión del delito. Cita el Defensor a Framarino sobre el punto: "*el testimonio de oídas no es propiamente una prueba, pues sólo es una prueba de los mencionados hechos; una prueba que puede ser ampliamente válida, de una prueba que es siempre débil, puesto que ha sido aducida sin las ventajas y garantías inherentes a las formalidades judiciales"*. Por tanto estas consideraciones respecto al valor del testimonio referencial, fueron desoídas por los jueces, quien parte de asignarle a los dichos de la madre de la menor el valor de verdadero testigo de lo que sostiene acaecido. En consecuencia solicita, revoque la sentencia y absuelva a su defendido pues se ha violado el principio de congruencia y las pruebas producidas son insuficientes para llegar al grado de certeza necesario para una condena. Y en segundo lugar se agravia el recurrente de que los jueces han valorado como agravante la extensión del daño causado, secuelas sicológicas y emocionales. A su entender se trata en todo caso, de una consecuencia extratípica que no debió ser valorada en la individualización de la pena, desde que sólo es conducente se otorgue relevancia *"a aquellas consecuencias que tengan relación con el fin de protección de la norma" (Patricia S. Ziffer, Código Penal, Parte General, Ed. Hammurabi, Mayo de 2002, p. 69).* En tal contexto peticiona se nulifique la sentencia en cuanto agravantes y se readecue, disminuyendo la pena impuesta. Finaliza haciendo reserva del caso federal.---------- El Ministerio Público Fiscal en respuesta al emplazamiento que se le formulara, propicia el rechazo de la vía deducida; respondiendo al primer motivo de agravio, haberse tomado como prueba entre otros elementos la denuncia y el testimonio de la madre de la menor, considerando que los dichos de la madre deben ser reputados como testimonio "referencial" o "de oídas", considerando que se viola el principio de congruencia y que las pruebas producidas son insuficientes.---------- Como en segundo término se agravia porque los jueces han valorado como agravante la extensión del daño causado. Respecto a ello el

Ministerio Público Fiscal remarca a este Defensor de Confianza, en relación a los agravios incoados no afectan al principio de congruencia y defensa en juicio; que los sentenciantes han valorado correctamente el testimonio vertido por la madre de la menor, quien no presenció los hechos de abuso, pero refiere claramente otras circunstancias que resultan de gran importancia, que hacen al develamiento y al comportamiento de la niña. Da cuenta de las consideraciones efectuadas por el Juez

LUCCHELLI – quien lidera el acuerdo – sumado a lo valorado por los magistrados MARTOS y PITCOVSKY. Determinando que la señora S. no presenció los hechos de abuso, pero si ha referido circunstancias de gran importancia como el estado de ánimo de la niña, la ocasión del develamiento, el vínculo y la afinidad con el agresor, quien resultaba ser el concubino de su hermana y vivía a pocas cuadras, así como las amenazas que recibió posteriormente como consecuencia de la denuncia. Por tanto, el controvertido testimonio, ha sido debidamente valorado a los fines de acreditar la materialidad y la autoría del acusado, junto a las restantes probanzas valoradas en la sentencia, entre ellas la contundente declaración de la niña en Cámara Gesell, donde narra circunstanciadamente los sucesos e imputa claramente a su tío y el psicodiagnóstico efectuado por la Lic. O. De otro costado, con relación al segundo agravio, argumenta la Sra. Fiscal que el mismo no puede prosperar. *"En efecto, la extensión del daño causado resulta una pauta esencial a los fines de la individualización de la pena y así lo establece expresamente en el art. 41 del Código de fondo. Más aún en este tipo de delitos con una víctima menor de edad el daño causado, concretamente las secuelas psicológicas y emocionales que padece a raíz de lo ocurrido, resultan un elemento esencial para la estimación de la pena a imponer"* y en igual sentido la sentencia lo ha receptado correctamente como también otras circunstancias a los fines de la individualización de la pena impuesta.---------- Que celebrada la audiencia prevista en el art. 385 del CPP las partes han ratificado sus posturas en todos

sus términos y también se ha escuchado al imputado *T. J. M.* diciendo que todo era una gran calumnia en su contra fabricada por la madre de la menor, la señora J. S., a raíz de la denuncia que él hiciera al descubrir que la menor (víctima), junto con una hermana más grande de unos diecisiete años, le fueran a robar un arma de fuego que tenía en su casa, en una alacena con llave en el lavadero; que todo es puro falso testimonio, que la menor y sus hermanas son drogadictas, madre alcohólica, que las han llevado al Mini Hogar y todo tipo de descrédito hacia la denunciante e hijos.

Reconoce que su concubina es hermana de la denunciante, también tiene dos hijos en el Mini Hogar (que están antes de que ella se juntara con él); que él las ha respetado y que no les ha dado confianza y que si hubiera sido por violar lo hubiera hecho con la más grande. Que todo fue un montón de mentiras y que le hubiera gustado tener un careo con la señora S. Lo reseñado es una gran síntesis de lo expuesto por el imputado.----------

---------- Que agotado el trámite de la instancia recursiva, el Tribunal quedó habilitado para deliberar y decidir.----------

---

---------- Emitiré mi voto.----------

----- Durante la Deliberación el Tribunal ha visto el video correspondiente a la Cámara Gesell – diligencia en donde concurriera la menor M. B. P. – como también ha escuchado los respectivos audios del desarrollo del debate que llevara a concluir con la sentencia condenatoria al imputado M.---------- A fin de responder a los agravios esgrimidos por la Defensa del acusado, alegando arbitrariedad en la valoración de la prueba para condenar a su pupilo y, con ello la afectación al principio de congruencia y violación al derecho de defensa en juicio (art. 18 CN. y 45 C.CH) planteados en la impugnación, he de resaltar la armonía dialéctica de los tres votos de los señores magistrados que han concluido con fundados argumentos, tanto en la materialidad como

en la personal intervención del Sr. T. J. M. como autor penalmente responsable del delito de *Abuso sexual con acceso carnal en la modalidad de delito continuado(Arts. 119, tercer párrafo, 45 y 55 contrario sensu del C. Penal) a la pena de nueve años de prisión y costas (arts. 12, 29 inc.3, 40 y 41 del CP) por el hecho ocurrido entre los meses de noviembre de 2007 y abril de 2008 en esta ciudad de Puerto Madryn en perjuicio de la menor M. B. P.*---------- Al respecto estimo pertinente comenzar citando que: "El principio de congruencia o de correlación tiene como objetivo esencial el derecho constitucional a la defensa en juicio (art. 18 de la Const. Nac.) por lo que la pieza acusatoria debe contar con los requisitos de especificidad, claridad y completitividad de las circunstancias esenciales del hecho con trascendencia penal.---------- El principio de congruencia impone correspondencia entre la acusación fiscal que da base a la apertura del juicio y la sentencia, impidiendo cualquier modificación esencial respecto del acontecimiento histórico descripto en la pieza requirente.---------- La requisitoria fiscal debe extenderse en lograr una clara, precisa, específica y concreta descripción objetiva de los elementos principales del hecho, pero sin extenderse en largas elucubraciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto de la tipificación sustantiva de esos acontecimientos de la realidad, porque las mismas nunca pueden ser concebidas como definitivas frente a la etapa del plenario, que allí se estima con méritos suficientes para abrirlo sobre tal Facttum"

(STJ de Chaco, Sala II en lo Criminal y Correccional, 23-5-2000, "Randazzo, Daniel Hugo y otro s/ Homicidio y encubrimiento", sent. 46, c. 46.793).---------- ---------- Tenemos entonces que la Defensa se agravia porque los tres jueces sentenciantes condenaron a su pupilo tomando como prueba, entre otras, "la denuncia y el testimonio de la madre de la menor y ello conculca el principio de "igualdad de armas" entre las partes en conflicto, igualdad que debe resguardar, esencialmente, a la parte más

desprotegida de la relación, esto es al imputado por la comisión del delito"; dicho testimonio de segunda mano o de "oídas" no es propiamente una prueba y los magistrados le han asignado verdadero valor a los dichos de la madre de la menor.---

---------- Desde ya no puede prosperar el agravio esgrimido por la Defensa del acusado; en primer término y a los fines de la debida promoción de la instancia (art. 72 del CP), fue la documental inicial que fue prueba oportunamente ofrecida y admitida que diera origen a la tramitación de la causa y en segundo término los jueces valoraron el testimonio de la madre de la menor M. B. P. en el conjunto de los otros testimonios escuchados en el debate que complementaron y reforzaron las demás pruebas colectadas. En tal sentido fue muy importante las entrevistas realizadas por la Licenciada Orfila, psicóloga del E.T.I. que realizó en el número de tres con la menor víctima y una con su madre; validó el relato de la niña y especificó sobre indicadores de abuso sexual sufridos por la pequeña. De otro costado la inmediata actuación de la Dra. S. a la sazón médica pediatra, especialista en adolescentes, formando parte del PROCAPI desde hace diez años en el área sobre maltrato y abuso sexual infantil; como del médico forense Dr. L. H. N. que comprobó con la galena mencionada que la menor tenía el himen desflorado de larga data. A ello sumo la Cámara Gesell dónde se escuchó el relato de la menor sindicando al concubino de su tía V. S., al que llamaba M., diciendo luego de una pregunta de la psicóloga que J. es su tío (por el encartado T. J. M.), el que había abusado de ella, en el baño de su casa, mientras su primita C. M. dormía y su tía se había ido a la escuela. El recuerdo claro de la menor de que el imputado la iba a buscar a su casa para que le cuide a su hijita ya que su señora se iba a la escuela, y así con esa excusa la tomaba del cuello y la llevaba al baño para accederla carnalmente bajo amenaza de que no diga nada porque si no la iba a matar, comenzando a manosearla y sacarle la parte de abajo; tenía un arma de fuego y se la mostraba cuando la llevaba al baño.---------- Subrayo por mi

parte que las amenazas verbales en un niño de corta edad pueden ser terribles pero evidentemente más se potencian cuando de verdad se mira y se observa una arma de fuego como en el caso de M. B. P. (26/6/95 así consta en su certificado de nacimiento).---------- ---------- El comportamiento extraño de la menor, que no le hablaba, que se aislaba de su lado etc., alertó a la testigo J. S. a llevar a la menor a la Salita del Barrio Fontana para que la revisaran; fue en esa oportunidad que se entera de que el encartado la había violado, esperó lo suficiente hasta que su hija le contase todo y recién cuando decidió denunciarlo fue cuando M. B. o B. como la llama la testigo, le pidió que haga todo lo que estuviera a su alcance. Para ello pasaron aproximadamente quince días.---------- En relación al punto – veracidad del testimonio de una menor – habré de recordar que "La instalación de conductas que sugieren la existencia del abuso surgen luego de un tiempo de haberse iniciado el mismo. En el caso de aquellos de edad preescolar observaremos: Inquietud, irritabilidad y llanto aparentemente injustificado. Trastornos del sueño. Conductas regresivas, incluyendo retraso en el lenguaje, enuresis y encopresis secundarias. Miedos excesivos centrados en ciertas personas, lugares o acciones. Juegos sexuales repetitivos e inapropiados a su edad. Masturbación compulsiva. Trastornos del sueño, como pesadillas, terrores nocturnos, dificultad para conciliar el sueño. Dependencia excesiva de ciertas personas, estableciéndose ansiedad de separación" (Norberto Garrote, "Abuso Infantil", en "Programa Nacional de Actualización Pediátrica", Sociedad Argentina de Pediatría, 2000, cap. 3. En el mismo sentido Irene Intebi, "Abuso sexual en las mejores familias", Ed. Granica, Barcelona, cap. 8 y Juan H. Del Popolo, "Psicología Judicial", Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996, pags. 345 y ss.).---------- Ahora bien, la denuncia abarca un período concreto de noviembre de 2007 hasta principios de abril de 2008; al escuchar a la niña en Cámara Gesell, fija sólo tres hechos en 2007 y aquí entonces, tal lo peticionado por la defensa, no hallo elementos de prueba suficientes para enrostrarle al

encartado un hecho de abuso sexual con acceso carnal al ser examinada ginecológicamente el día 8/4/08 donde los médicos S. y N. observaron que el himen poseía múltiples escotaduras con desgarros crónicos hasta la base en hora seis y nueve – desflorado, con carúnculas – propias de abuso sexual. Por ello y por imperio de la regla del dubión, que ha de favorecer al imputado, he de concluir que el abuso sexual con acceso carnal ha sido en más de una oportunidad, por tanto entiendo que debe revocarse parcialmente la sentencia recurrida a su favor.----------

---------- Para fundar tal conclusión, parto de la base de que la acusación comprende un período inicial de noviembre de 2007 que concluye con la denuncia efectuada por la Señora J. S. el 7/4/08, período que también tomaron los magistrados en base a lo actuado durante la etapa investigativa. Si bien el Tribunal sentenciante considera que los dichos efectuados por la menor, M. B. P., son tardíos, en cuanto dicha diligencia se concretó en un lapso considerablemente posterior a la denuncia, no es posible descartar que la niña sintetizara en sus respuestas que fueron sólo tres veces como para cerrar un capítulo post-traumático de sus vivencias. Es por ello entonces que, dejando a salvo mi postura, tengo para mí que el obrar desplegado por el acusado T. J. M., en la emergencia, debe ser enrostrado como hechos independientes. Al respecto, citando la opinión de M. (cfme. "Derecho Procesal Penal Argentino", t. 1 b, pág. 346) " ... El concurso material del hechos punibles (art. 55 C.P.) agrega, en la práctica, un caso llamativo persistente ... Ya por error en la descripción de lo que se imputa o porque, realmente, el acusador no ha podido definir circunstanciadamente los diversos hechos punibles homogéneos o similares que atribuye, por defecto probatorio, se interponen acusaciones indefinidas, en las cuales lo único cierto es la atribución de varios comportamientos homogéneos o, al menos, similares, en un período temporal. La sentencia no puede superar esta indefinición, por lo que será lícito verificar el concurso material de hechos punibles, pero nunca condenar por más de ellos o en su caso, por uno más de los definidos circunstancialmente ... ". De allí entonces que,

aplicando estos principios al presente supuesto motivo de impugnación, habiéndose acreditado que el hecho se repitió en el mismo lugar, el número de sucesos de acuerdo a aquella metodología propuesta por M.

asciende, entonces, a dos hechos.----------

------ Concluyo en lo atinente al tópico, citando la siguiente nota a fallo titulada: "Abusos sexuales continuados. Un verdadero tema de concurso de delitos", publicada en L.L., suplemento de jurisprudencia penal y procesal penal; marzo de 2004, págs. 35 y ss., por Julio César Castro; en la que se lee: "La idea central podemos ubicarla en el tipo de delito que se trate y en especial el bien jurídico en juego, sobre todo cuando se trata de bienes jurídicos personalísimos, como el caso de la integridad sexual y fundamentalmente cuando a su vez la integridad sexual es la de un menor**,** y ello respaldado en las consecuencias que trae aparejada una actividad sexual ilegítima en el cuerpo de un niño, máxime cuando la intensificación del proceso invasivo en su cuerpo altera otras áreas, especialmente el aparato psíquico en formación ...". Es por ello que, según el autor citado, debe tenerse en cuenta al efecto en casos como el presente, la "distancia en el tiempo" de cada acción y también el período en el que sucedieron los hechos, existiendo, por ende, "diversidad temporal" y "espacial", de manera que "en cada reiteración aparece un nuevo sufrimiento para la víctima" (citado en el voto del Dr.

Daniel Luis María PINTOS, emitido en sentencia N° 5/2007 del 5/3/2007, en causa n° 21/06 caratulada: "P. M. F. s/ Abuso sexual reiterado – Dos

hechos en concurso real").----------

-------- Por lo demás y en lo que atañe al segundo punto de agravio, habré de pronunciarme por su desestimación. Ello por cuanto " ... *La adaptación de la pena - frente a un fallo que deviene condenatorio- se produce mediante un proceso de apreciación de las circunstancias objetivas del hecho en examen (art. 41, inc. 1° Cód. Penal) y en la de los aspectos subjetivos (inc. 2°), para lo cual el juez deberá tomar*

conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso" (Cfed.Crim.Corr. Resistencia, 3/10/78, Rep LL, XL-1793, N° 16, citado en Omar Breglia Arias Omar R. Gauna, "Código Penal y Leyes Complementarias - Comentado, Anotado y concordado", Edit. ASTREA, pág. 359).----------

----------Sobre la base de los argumentos desarrollados, habré de emitir mi sufragio propiciando hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la

Defensa del acusado *T. J. M.*, contra la sentencia N° 16/09 dictada el 3 de abril de 2009 por la Cámara en lo Criminal de Puerto Madryn (arts. 374 y 382 y sgtes. del CPP), y revocar parcialmente la sentencia condenatoria N° 16/09, impuesta a *T. J. M.* y modificar la calificación legal de los hechos atribuidos, la que quedará de la siguiente manera: Abuso sexual con acceso carnal de una menor de trece (13) años, reiterado – dos hechos (arts. 119, párrafo 3°, 45 y 55 del Código Penal), debiendo condenárselo, en definitiva, a la pena de Seis años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del cuerpo legal citado). Así voto.----------

---------- ---------- Estimo pertinente regular los Honorarios de la Defensora Pública en la suma de Pesos Un Mil ($ 1.000.-), según Ley V Nº 90, antes Nº 4.920.---------- Por las razones expuestas, el Tribunal, con la disidencia de la Jueza

NIEVA de PETTINARI,----------

---------- **FALLA**:----------

------- **I)** Hacer lugar a la impugnación interpuesta por la Defensa de T. J. M., el Dr. C. P. F. obrante a fs. 85/86 vta..---------- **II) ABSOLVER** a **T. J. M.**, de las demás circunstancias ya mencionadas al inicio de la presente, en relación a los hechos por los que fuera

condenado, calificados como **ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN**

LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO (Arts. 119, tercer párrafo, 45 y 55 *contrario sensu* del C. Penal), ocurridos entre noviembre de 2007 y abril de 2008, en perjuicio de la menor M. B. P.---------- **III)** DISPONER la inmediata libertad de T. J. M. (Art. 333 del C.P.P.).---------- **IV)** Imponer las costas a **T. J. M.** (art. 242 inc. 3º del C.P.P. Ley 5.817), y regular los honorarios del defensor técnico del imputado Dr. C. P. F. en la suma de Pesos Un Mil ($ 1.000.-), por su actuación en esta etapa. No corresponde IVA (art. 7, 9, 14 y ccdtes. de la Ley XIII Nº 4, antes Nº 2200, t.o. ley 4335 y art. 59 de la Ley V Nº 90, antes N° 4920).---------- **IV) REGISTRESE**, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (Art. 331 del C.P.P.) y firme que se encuentre, comuníquese.---------La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior de la Dra. María Elena Nieva de Pettinari. (Art. 331 *in fine* del C.P.P.).-

Mónica RODRÍGUEZ — Juez de Cámara

Omar Florencio MINATTA — Presidente

Ante mí:

Los votos que integran el pronunciamiento han sido remitidos a esta Sede por correo electrónico con firma digital.

Stella M. EIZMENDI
Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº _____CPPM DEL AÑO 2010. CONSTE.-

Stella M. EIZMENDI

Secretaría de Cámara