En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los dieciocho días del mes de abril de dos mil dieciséis, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. Daniel Luis María PINTOS, en su carácter de Presidente, Martín Roberto MONTENOVO y Guillermo Alberto MÜLLER, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del arto 385 del CPP, en el marco del Legajo de Investigación Fiscal nO61218, Carpeta individual nO 7127, caratulada: "L., V. M. *si* Dcia. Abuso Sexual rlv hija menor" de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Fiscal General Dr.. Martín Eduardo Cárcamo, el Defensor Público Dr. Esteban Mantecón y el imputado O. A. B.; y

----------CONSIDERANDO:----------

Que los días veintidós y treinta de marzo del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del arto385 del CPP, presidida por el Dr. Daniel Luis María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de O. A. B., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el arto331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el arto385, 5° párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de O. A. B. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el arto 385, 5° pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente el Dr. Guillermo Alberto Müller.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

1.- Ha concitado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del imputado O. A. B., contra la sentencia N° 4801/15, del 22 de diciembre de 2015, por la que se 10 declaró autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual simple agravado por haberse cometido por un ascendiente y resultar víctima una menor de dieciocho años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (artículos 45 y 119,1 ° Y5° párrafos en relación al 4° párrafo, apartados b) Yf), del C. P.), se le impuso la pena de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12 y 29, inciso 3°, del cuerpo legal citado), en razón del hecho ocurrido el18 de mayo de 2014, en calle P. N° **** de Barrio Quimo Costa de esta ciudad en perjuicio de G. A. B., y se 10 declaró reincidente

(artículos 50 y concordante s del CP).-
1) El Defensor Público, Dr. Esteban Mantecón, denunció que el Tribunal construyó su condena sobre la base de un análisis parcializado de la prueba testimonial y explicaciones contradictorias de otras situaciones surgidas en el debate, con 10que vulneró la doctrina de la sana crítica racional que guía la valoración de la prueba.-
Alegó que lo único que pudo probarse en el debate es que la menor presentaba unas mínimas marcas alrededor de su vulva y zona anal y, dado su tamaño, según el criterio de la Dra. C., podían haber sido producidas por falta de higiene o parásitos, a lo que debe sumarse que el informe del CENPAT fue negativo, con relación a las muestras pertenecientes al imputado y remitidas para su análisis.-
Luego de efectuar una extensa transcripción de los votos emitidos por los Jueces de grado, adujo que segmentaron la prueba producida, tanto testimonial como científica y, para arribar a la condena, dejaron de lado: a.- la posición de la Dra. C., que indicó que las lesiones pudieron producirse de otra manera (parásitos, constipación) y quien debió demostrar o contrario era el órgano acusador; b.- la pericia del CENPAT que dictaminó que la niña se aseo con papel higiénico, no se bañó ni se lavó con jabón, y por tal motivo, si el hecho hubiera ocurrido como lo describen los Jueces, se hubieran hallado rastros de ADN. Objetó que respecto del aprendizaje de la menor, los magistrados circunscribieron el análisis del informe de los docentes a un solo momento, y omitieron considerar que en los años anteriores, con "mucho esfuerzo" y de acuerdo a políticas educativas pasaba de año. También cuestionó que se tildara de "fuga" el alejamiento de B. del lugar, sin llevarse sus cosas, al ser interpelado por la madre de la menor ante la sospecha de un abuso sexual, alegando que del relato de la propia progenitora como de su prima, estaba histérica.-

Subrayó que en la pieza decisoria, sólo existen las versiones de la menor y la de B. que negó el hecho, pero la versión del acusado parece corroborada por los propios dichos de L. (la bombacha estaba seca), de la Dra. C. que certificó que el himen no presentaba lesión y que el informe del CENPAT dijo que la única muestra apta se condice con la menor. En virtud de ello, alegó, no se ha alcanzado el estado de certeza que requiere una condena, y por ello corresponde anular el fallo y disponer la absolución de su defendido.-
Criticó, asimismo, el monto de la pena impuesta y la declaración de reincidencia. Con referencia a ello, destacó que tan solo uno de los jueces del *a qua* ha desarrollado en forma exhaustiva los fundamentos que lo llevaron a sufragar por el monto que propició -cuatro años de prisión-, mientras que en los restantes votos, además de apartarse del mínimo legal, no

se ha dado ningún argumento para apuntalar tal conclusión.-
Apuntó que las pautas de mensuración, previstas en los arts. 40 y 41 del CP, debieron valorarse de manera más profunda antes de la aplicación de la pena. Objetó que uno de los parámetros que se soslayaron, a este fin, fue su lugar de nacimiento -zona rural de Río Pico-, circunstancia que si bien no alcanza para la aplicación del arto 33 del CPP, sí debió ser tenido en cuenta al considerar su culpabilidad, como tampoco desatenderse del hecho que apenas sabe leer y escribir y su bajo nivel socio-cultural.-
Cuestionó que se haya ponderado como agravante que B. cumpliera pena como condenado por el delito de homicidio. Este extremo, a su entender, debe operar como atenuante pues quien ha

defeccionado es el Estado, en la obligación de efectivizar el fin resocializador y, en ese objetivo, ni siquiera logró alfabetizarlo.-
También invocó como agravio la declaración de reincidencia dispuesta respecto de B., y reclamó que se declare su inaplicabilidad en este caso puntual, con fundamento en que mal puede imponérsela cuando es el propio Estado el que reiteradamente incumple con las condiciones fijadas en pautas constitucionales y tratados internacionales en relación al lugar y modo de cumplimiento de las penas.-
Concluyó solicitando que se anule la sentencia impugnada y se absuelva a O. B.; subsidiariamente, que se le aplique el mínimo de la pena -tres años de prisión- prevista para el delito de Abuso sexual simple agravado, y que se declare la inaplicabilidad del arto 14 del Código Pena/.-
A todo evento, formuló reserva del caso federal (arts. 18, 31,75 inc 22 de la CN; arto 9.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arto8 incs. 1y 2 Pacto de San José de Costa Rica; Ley 48 arto 14).-
2) El Fiscal General, en ocasión de responder al emplazamiento que se le formulara, sostuvo que a su criterio la decisión del *a qua*, en modo alguno ostenta los vicios que la impugnación denuncia, y tan solo constituyen una mera discrepancia con los fundamentos expuestos en el pronunciamiento. En igual sentido, adujo, corresponde que se rechace el agravio tendiente a reputar a la sentencia como arbitraria, en los términos del artículo 14 de la Ley N° 48, por adolecer la misma de motivación insuficiente, y/o haberse incurrido en una errónea valoración de la prueba

rendida en debate.-
En relación al primero de los agravios, señaló que el Tribunal de Juicio, ha dado acabado tratamiento a la totalidad de los planteos formulados por la defensa, ha valorado con apego al método de la sana crítica el plexo probatorio rendido, y ha motivado con adecuada fundamentación lógica y legal el temperamento asumido por cada uno de los

magistrado en su resolutorio.-
Sostuvo que surge de la sentencia que el caudal probatorio rendido, ha permitido a los jueces arribar al estadio de certeza respecto a la materialidad del evento criminoso y a la intervención que le cupo al imputado.-
Destacó que el voto del Juez Penal Nicosia, por su meduloso y exhaustivo análisis de la prueba rendida, agotó hasta el último de los cursos hipotéticos propuestos por el impugnante, y brindó respuesta a todos sus interrogantes, y que los Jueces Penales Caviglia y Juárez, luego de valorar adecuada y globalmente el plexo probatorio, han sido coincidentes en el razonamiento efectuado para arribar al veredicto de culpabilidad.-
Expresó que la defensa construyó su agravio a partir de una parcialización en la valoración del plexo probatorio que la llevaron a prescindir de los elementos de prueba cargosos que justificaron, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal que le fuera achacada.-
Puntualizó que el recurrente desconoció el mérito asignado por el Tribunal al testimonio de la pediatra C., al parcializar el contenido de la información por ella proporcionada, y omitió incorporar a su análisis: a) la data de carácter reciente de las lesiones constatadas al momento del examen; b) la compatibilidad (por fricción y/o tocamiento) de las lesiones constatadas con la agresión de naturaleza sexual atribuida a su asistido; y c) el relato espontáneo, coincidente en el tiempo, de la agresión sexual sufrida por la menor momentos antes de parte de su padre.-
Agregó que también incurrió en una valoración equívoca de los testimonios de las docentes G. S. S. y S. E. C., Directora y Maestra de la Escuela Provincial N° 153 a la que concurriera la victima al momento del hecho. Indicó que tales testimonios fueron concordante s y coincidentes en sostener: a) los antecedentes escolares deficitarios de la menor durante 1° Y2₀ grado; b) la mejora de su rendimiento escolar durante ello semestre del año 2013 Y mientras cursaba e13° grado; c) el retroceso e involución en el aprendizaje y el cambio de actitud brusco, repentino e injustificado con su pares y docentes durante el 2₀ semestre de 2013 y; d) conocimiento posterior de las autoridades escolares del evento traumático sufrido por la alumna.-
Enfatizó el desacierto de la defensa al asignarle valor desincriminante como también su carácter contraindiciario al resultado de la pericia de ADN practicada durante la investigación preparatoria e incorporada al debate por lectura mediante convención probatoria.-
Alegó que corresponde avalar el pronunciamiento en lo relativo al valor asignado al testimonio de la Psicóloga Forense, Lic. . M. A. d. D. pues, la contundencia de su declaración no deja margen a dudas en punto a las características del relato de la víctima, la

ausencia de mendacidad y de influencia de terceras personas en el mismo, en cuanto se descartó e! argumento defensista de! "complot" en perjuicio del enjuiciado.-

Consecuentemente, y en los términos en que fuera formulado el segundo agravio de errónea valoración de la prueba deviene inadmisible por carecer de entidad suficiente la denuncia de violación al principio *in dubio pro reo* y violación al principio de razón suficiente denunciados. Por ello, solicitó su rechazo.-

Sobre e! cuestionamiento a la pena impuesta, manifestó que la sola denuncia de circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, resultan insuficientes para desvirtuar las agravantes de las circunstancias valoradas, por unanimidad, en la sentencia.-

Destacó que el órgano colegiado receptó las de mayor intensidad: naturaleza de la acción, medios empleados para cometerla, y edad del imputado que, a su juicio, justifican el apartamiento del mínimo legal previsto en abstracto.-

Adujo que las circunstancias atenuantes invocadas por la defensa, por su relativa trascendencia en orden a la culpabilidad atribuida, desautorizan una reducción del injusto impuesto e imponen su confirmación.-

Por todo ello, como colofón, solicitó que se rechace la impugnación ordinaria interpuesta y se confirme en todos sus términos la Sentencia recurrida.-

3) En la audiencia celebrada a tenor del arto385 del ritual, el Defensor mantuvo la postura expuesta en el escrito recursivo que oportunamente dedujera contra la sentencia, reiterando el pedido allí formulado.-

El Fiscal General adoptó idéntico temperamento y concluyó solicitando que se confirme el pronunciamiento condenatorio dictado contra O. A. B..-

El impugnante ejerció el derecho a réplica, y en su desarrollo refirió que la Psicóloga forense dijo que la había entrevistado dos veces, y cuando se le preguntó cuáles fueron las tareas que había desplegado respondió que la había entrevistado y se basó en su experiencia de treinta o cuarenta años que lleva en el Cuerpo Médico Forense, pero destacó que eso solo no es un argumento significativo pues puede suceder que durante todo ese tiempo, se hayan estado haciendo las cosas mal, y se recomienda que las entrevistas deben ser verificadas y/o filmadas para un adecuado estudio y control, y ello no se hizo. Objetó también el diagnóstico de secuelas psicológicas porque no fue lo que dijeron las docentes, sino que consignaron que siempre fue una pésima alumna y debido a las políticas educativas implementadas, lograba alcanzar los objetivos para ser promovida de grado.

Previo a la finalización de la audiencia, concedida que le

fuera la palabra al imputado O. A. B. para que exprese si después de todo lo visto y oído tiene algo que agregar, manifestó que no.-

. II.- 1) Contrariamente a lo que se sostiene en la expresión de agravios, entendemos que la sentencia cuestionada cumple con los recaudos legales, toda vez que aparece como debidamente fundada -al menos en cuanto concierne a la declaración de responsabilidad penal-, y de ella se desprende un encadenamiento válido de los distintos elementos de prueba reseñados, siendo posible controlar los motivos que inspiran dicho pronunciamiento jurisdiccional (tal como lo afirma la jurisprudencia del TCPBA, en aquellos casos en que desestima recursos contra sentencias condenatorias, cuando puede "revisarse el iter lógico seguido por los sentenciantes para la formación de su convicción sincera respecto de los hechos del proceso", V.g. en el fallo de la Sala Cuarta, dictado con fecha *919/2014,* en la causa N° 61.508 caratulada: "Guffanti, Marcelo Daniel *si* . Recurso de Casación interpuesto por Fiscal General", y su acumulada N° 61.507 caratulada: "Guffanti, Marcelo Daniel *si* Recurso de Casación").-

En efecto, no se advierte falta de fundamentación, ni tampoco la sentencia se halla desprovista de apoyo legal, ni es el resultado de la mera voluntad de los jueces; por lo que, en esas circunstancias, los planteas introducidos por la parte recurrente lucen en algunos casos improcedentes, siendo que ya fueron respondidos por los sentenciantes, sin que la quejosa se haga cargo de los fundamentos dados en el dictado de la sentencia.-

En el precedente jurisprudencial ya citado, por ejemplo, el Tribunal bonaerense declaró formalmente admisible el recurso de la Defensa, pero luego lo rechazó -como ya se anticipara-, al sostener que los argumentos utilizados por la impugnante resultaban " ... insuficientes para demostrar la existencia de vicios graves y manifiestos que permitan descalificar el fallo como un pronunciamiento judicial válido, ... no advirtiéndose apartamiento alguno a las reglas de la lógica y la experiencia" (ibídem).-

2) Comenzaremos, para respaldar las consideraciones precedentemente expuestas, con el análisis de la deposición de la niña víctima G. A. B., un testimonio "especial" en la forma como lo ha caracterizado reiteradamente la Sala Penal de nuestro STJ provincial, V.g. en las sentencias n° 59/11 y 59/12, entre otras; en el sentido que la modalidad de la denominada Cámara Gesell, aparece como un medio concebido para la protección de los niños y jóvenes, pero sin que ello implique un menoscabo para el rigor de la sana crítica racional, con que debe valorarse la prueba de cargo en el proceso penal.-

No obstante que del resto de las probanzas, por ejemplo testimonios de docentes y directivos escolares, se desprende que la niña ha

presentado dificultades en su rendimiento -independientemente de los efectos sufridos por el hecho motivo de juzgamiento, que analizaremos más adelante-, sin embargo el lenguaje que emplea en su versión ya referida -Cámara Gesell- es perfectamente comprensible, adecuado para su edad y desarrollo cognitivo -contaba con nueve años al momento de la declaración, a punto de cumplir los diez, el hecho había tenido lugar aproximadamente un año y medio antes-; y lo más importante para el caso, no deja lugar a dudas en tomo a las características abusivas en lo sexual, del accionar desplegado por su padre, el acusado O. A. B..-

Al solo título ilustrativo, recordemos que la niña prácticamente no había convivido con su progenitor en toda su vida, ya que B. fue detenido cuando ella tenía pocos meses de edad, y luego de cumplir las dos terceras partes de una condena penal de 10 años de prisión, recién se reintegró a la vida familiar (todo ello se desprende de la prueba documental relativa a los antecedentes del encartado, como así también de la declaración testimonial de la denunciante V. M. L., madre de G., sobre su historia de vida).-

Volviendo al relato de la niña, esta manifestó que su padre estaba "meta" tocarle la cola, en el sentido de una conducta reiterada -al momento del hecho, no técnicamente hablando en términos de concurso de delitos-; aclarando ante preguntas puntuales de la Psicóloga forense, que la referida "cola" incluía tanto la vagina, como el ano, y que el órgano utilizado para la maniobra era el "pito", es decir el miembro viril, que quedara al descubierto luego que el autor se bajara un pantalón corto que vestía --- como puede advertirse, pese a la expresión "tocar" o "manosear" , en verdad Vemos que se ha tratado de un frotamiento con el pene, y muy probablemente en estado de erección, si tenemos en cuenta las manifestaciones de la niña, en cuanto a que "le dolió" (extremo corroborado también por la deposición de su madre, quien escuchó la versión de primera mano)-.-

La víctima se hallaba en la cama de su madre, acostada y vestida con un pijama y ropa interior, quedando en claro del relato que el frotamiento aludido se efectuó por debajo de las prendas; como asimismo, que al momento en que la situación fue descubierta por su madre, ella se sintió "mojada" y acudió al baño para limpiarse con un papel. La Psicóloga forense le preguntó específicamente si advirtió algún sangrado, a lo que la niña respondió que no sin titubear; de manera entonces que debe inferirse que pudo tratarse de semen -producto de una eyaculación-, u orina.-

3) Con relación a este último aspecto, precisamente, se vincula la expresión de agravios de la Defensa, ya reseñada en el apartado **1,** en el entendimiento que a partir de estos dichos de la niña, el resultado de los estudios de ADN practicados sobre las sábanas, de la cama en cuestión -secuestradas por la Prevención inmediatamente después de la denuncia

radicada en la Comisaría de la Mujer-, debería haber arrojado resultado positivo, en contra de su asistido.-
En este punto, me remito a los argumentos de la sentencia, en e! sentido que el hecho que " .. .la pericia genética no haya arrojado valor cargoso no autoriza a que sencillamente se repute al ataque como inexistente dado que la propia prueba demuestra que la pequeña se limpió la zona inmediatamente después de sucedido éste ... " (voto en primer término de! Juez Penal Nicosia). Agregamos que el argumento que propone la Defensa, en cuanto a que la referida "limpieza", con un trozo de papel, no equivale al efecto que podría tener un lavado -es decir, una higienización más a fondo-, solo constituye una manifestación de descargo, pero no cuenta con respaldo en ninguna prueba concreta que la respalde, en e! presente caso; es decir, que no es posible sostener fundadamente que, por haberse pasado un papel por la zona "sucia", necesariamente deberían haber permanecido allí rastros de! fluido que la humedeció, con el consiguiente efecto -diverso al obtenido- sobre e! resultado de la pericial genética.-

4) En cuanto al núcleo básico de la versión de la niña, esta fue respaldada ampliamente por las deposiciones de su madre y denunciante V. M. L., como asimismo de su prima S. A. L.; la primera de ellas por el descubrimiento del hecho, al haberse dirigido al cuarto donde tuvo lugar el suceso ...:dentro del domicilio familiar de la calle P. n°**** del Bo. Quimo Costa de esta ciudad- , para advertir que la sábana de su cama estaba mojada, mientras que su hija le relató que su padre le tocaba la vagina, y también colocaba su pene encima de las piernas, lastimándola. En cuanto a la segunda, en virtud de haber sido convocada por su tía (V.), para que le suministre un medio de movilidad, y poder concurrir a la Comisaría de la Mujer, en forma inmediata después del hecho.-
Si bien el delito de Abuso sexual simple, no requiere para su configuración de la existencia de rastros en el cuerpo, vestigios, lesiones, raspaduras, irritaciones cutáneas, etc., resulta elemental que en el caso que se verifiquen, ello ha de reforzar la prueba de cargo, máxime cuando esto ocurre en forma inmediata al hecho denunciado, previo a la actuación policial. En este sentido, debemos apuntar que la madre de la víctima claramente ha declarado en el juicio oral, que ella misma la revisó luego del hecho, y constató que tenía la vagina toda colorada; circunstancia también respaldada por la deposición ya citada de Silvana, quien reveló que así se lo había hecho conocer V., y esta además le transmitió los dichos de la víctima sobre la causa de aquella irritación, ya que le había confiado a su mamá cómo fue que B. "le metía" sus partes -todo ello cuando la testigo fue convocada para V., para conducirlas hasta la sede

prevencional, momento en que notó a la niña asustada, y a la madre llorosa gritando-.-
El testimonio de la Médica pediatra, Dra. V. G. C., también contribuye a fortalecer el cuadro probatorio que venimos reseñando, en tanto y en cuanto manifestó, entre otros extremos relevantes, que: " ... la niña relata que mientras estaba en la cama con su papá la tocó y colocó su pene en su vagina. Se advierte vulva eritematosa, edema a nivel de in troito vaginal, no segregaciones ni sangrados, a nivel anal se aprecia escoriación en hora doce, no se observan secreciones ni violencia ... la vulva es la región anatómica de los labios mayores y menores de la mujer ... eso está emojecido ... el orificio de ingreso a la vagina, está inflamado ... es una lesión transitoria ... es un hecho reciente y por eso se realizó el 'Kit' ... la escoriación es un raspón o pérdida de la piel, en hora doce es a nivel superior ... ". Al ser preguntada si lo descripto es compatible con una situación de abuso, contestó que podría ser; mientras que en tomo a la posibilidad de una situación compatible con constipación, declaró que no recuerda que se le haya hecho referencia a ello.-
En igual sentido, la docente C. -cuyo testimonio analizaremos a continuación, con mayor profundidad-, desconoció cualquier circunstancia relativa a antecedentes de infecciones urinarias, constipación, etc., en G..-
5) Corrobora el cuadro probatorio que vemmos historiando, el testimonio de la docente S. E. C., del Primer

ciclo de Educación primaria de la Escuela provincial n°153, 3er. grado (año 2014), quien reseñó que en los primeros meses del año la niña no tuvo mayores inconvenientes, salvo en lecto-escritura, para luego exhibir un cambio de actitud a partir del mes de mayo, en el que revirtió el avance que había comenzado a transitar, e hizo decaer su rendimiento. También se registraron inasistencias, motivo por el cual se consultó a la madre acerca de qué era lo que estaba ocurriendo, y después cuando se reincorporó se mostró aislada, sin hablar; en cuanto a la escritura solo hacía garabatos, en ocasiones con fuerza llegando incluso a romper la hoja -es decir, con furia- (la denunciante también se manifestó en igual sentido, es decir que G. no quería hacer nada en la Escuela, rayaba los cuadernos y estaba triste).-
Asimismo, explicó la testigo que la involución de G. no solo se dio en el aula, sino además en los recreos por ejemplo, momento en que se la veía empujar a sus compañeros varones, cosa que nunca había sucedido anteriormente; las posturas fisicas acompañaban su comportamiento extraño, como ser sentarse en posición de "indiecita", abriendo el cuaderno solo para hacer garabatos, muy ausente y en "su mundo". Por último, hubo de relatar que todo este deterioro incidió para que repitiera el grado, cuando a fines de año debieron evaluar su promoción al

cuarto año.-
6) Hemos optado por dejar para el cierre, la deposición de la Psicóloga forense Lic. A. M. A., por contener elementos que confluyen a corroborar todo lo expuesto precedentemente. Así, la profesional respaldó la versión de la niña, en base a varias entrevistas que tuvo con ella durante el pasado año 2014, en los meses de mayo y junio, es decir en forma contemporánea con el suceso que nos convoca: " ... una primera entrevista en el mes de mayo de 2014 Y otra en junio de 2014, ... con la pequeña y la mamá ... en la primera entrevista la niña había contado alguna situación de abuso sexual.. esto se logró en la segunda entrevista ... La niña se presentó en buenas condiciones, con vocabulario muy fluido ... muy desenvuelta ... es un relato con características similares al que realizó en Cámara Gesell, relatando que mientras se encontraba en su domicilio su papá le habría apoyado el pito en la vagina ... que sintió dolor y no tuvo pérdida de sangre ... A la primer persona que le contó fue a su mamá ... aportó como detalle que fue al baño y se limpió con papel higiénico porque se sentía mojada; no hubo sintomatología de desconexiones con la realidad, capacitada para realizar un relato válido ... hice dos entrevistas con la mamá y con la niña cuatro ... " (recordemos que la Defensa en la instancia procesal de la réplica, durante la audiencia de impugnación, sostuvo que las entrevistas con la niño habían sido solo 2).-
Añadió la Psicóloga que siempre hay que evaluar si el relato es consistente, en cuanto a las verbalizaciones propiamente dichas, y en el presente caso había coherencia, según los criterios técnicos que son de rigor en este tipo de abordajes, es decir que el relato no era fantasioso, ni incongruente, tampoco había frases que se repetían de modo mecánico, etc.
Al interrogarla la Defensa si, atento el año y medio transcurrido desde el hecho y el último informe, hasta el momento del juicio oral, el relato actual pudo estar influido por la madre, la profesional manifestó que el relato de la niña "fue igual que hace un año y medio o dos años", y en aquel momento no había encontrado en el relato de la niña, influencia de terceras personas; y en el relato de hoy "persiste esa afirmación", de manera entonces que ha quedado demostrada muy claramente, la persistencia de la versión, que como sabemos es un parámetro muy relevante para evaluar la credibilidad de un testigo único, y máxime si se trata de la víctima.-
Finalmente, resta aclarar en orden a la existencia o no de un "estrés post-traumático" en la niña G., que la Licenciada A. lo conceptuó como un sinnúmero de sintomatologías que tiene una persona cuando ha sido afectada su integridad física, específicamente en el abuso sexual puede traducirse en bloqueo asociativo, disociativo, problemas escolares y otra cantidad de cambios que pueden ser inmediatos o verificarse en el largo tiempo; y ello es así por cuanto el niño tiene una capacidad rescilente muy importante y cuenta con mayores recursos para no

desbordarse, lo que no quiere significar que en algún momento no aparezca la sintomatología. Asimismo explicó, al responder a una pregunta puntual de la Defensa, que el hecho de que la niña haya repetido de grado en sí, no necesariamente puede considerarse un síntoma post-traumático, pero sí las causas a las que ello obedeció, por estar "ausente, ida, agresiva", aspectos estos que fueron advertidos y descriptos por la docente S. E. C.
en sus deposición, y que coincide con lo expresado por la Psicóloga forense.
III.- 1) Agravio sobre el monto de la pena: advertimos
que la estructura de la sentencia presenta defectos en este punto. Con cita de Martín D. Farrell ("La Ley" 2003-F .1161), destacaremos que: "los jueces tienen la obligación de argumentar y razonar sus decisiones; y si bien no es **necesaria** la identidad de palabras y/o argumentos para **formar una mayoría** en un fallo colegiado, sí lo es, al menos, **el tratamiento de los mismos aspectos de un caso,** porque cuando se parte de premisas discordantes y se enfocan distintas facetas, es muy dificil que se arribe a una solución concordante en los términos exigidos por la jurisprudencia de la Corte" (cfme. Federico Morgenstem, análisis del fallo: "Cano, Jorge O.", CSJN, 15/6/10, publicado en "Jurisprudencia penal de la CSJN", 1. 13, págs. 207 Y ss., edit. hammurabi, Bs. As. 2012). Así lo hemos sostenido reiteradamente, por ejemplo, en las sentencias N° 19/11 Y 8/13 de esta Cámara en lo Penal, entre otras.-
En el caso concreto, no se encuentran debidamente
fundados el 2º y 3er votos, como para validar la sanción de cuatro años y seis meses, impuesta a B., tal como lo entiende la Defensa pública en su memorial de agravios: " ... la posición de la mayoría ... no tiene sustento, no solo ya porque se aparta del mínimo sino porque tan siquiera explica su apartamiento del voto que llevara la voz cantante en el acuerdo".-
En consecuencia, corresponde reducir la pena de prisión
al monto de cuatro años, por carecer de adecuada motivación la elevación en seis meses, que resolvió la mayoría del tribunal de juicio. Ahora bien, resta aún considerar la posibilidad de una rebaja mayor, de acuerdo a lo requerido en la impugnación ordinaria, es decir aplicar el mínimo legal.-
2) Entendemos que no es posible acceder a esta solicitud,
toda vez que las agravantes tenidas en cuenta por todos los integrantes del

colegiado de modo unánime, como ser la naturaleza de la acción; o bien al menos, por mayoría fundada-el 1er. y 2º votos-, talla calificante porla edad del acusado, resultan ajustadas al caso y suficiente motivo para elevar el cuántum, en aquella medida, es decir un año por encima del mínimo.-
En el Suplemento "La Ley", Penal y Procesal Penal, del
mes de febrero del corriente año (págs. 38 Y ss.), se publica la sentencia dictada por la CNCas. Crim. y Correc., sala 1, con fecha *03/09/2015,* en la causa: "C. D. E. *si* robo agravado"; en la que se lee, voto del Juez

Sarrabayrouse, sobre el grado de violencia empleado por el imputado, al cometer el delito, que: " ... Se trata de ponderar la naturaleza de la acción, que no es un concepto abstracto, sino **la manera concreta en que se ha ejecutadó la acción típica, particular de cada hecho** y reveladora de múltiples aspectos que pueden y deben ser valorados ... al momento de medir
,
en la pena la intensidad del reproche penal. Es que en las escalas correspondientes a los delitos conminados con penas divisibles están previstos, en principio, todos los modos posibles en que una conducta humana puede satisfacer el supuesto de hecho objetivo y subjetivo de la ley penal ... " (el destacado me pertenece).-
Por su parte, en el voto del Juez Luis M. García, se
sostuvo que: "El arto 41, inc. 1, CP no hace referencia al injusto sino a su grado (Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro *1* Slokar, Alejandro, Derecho Penal, Parte General, 2a. Edic. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 1047) y permite considerar que 'el ilícito culpable no sólo constituye el presupuesto de la punibilidad de la conducta, sino también la base para la graduación de su gravedad (Ziffer, Patricia: comentarios a los arts. 40 y 41 en BaigÚll, David/ Zaffaroni, Eugenio R. (Directores), "Cód. Penal y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial", 2° ed. Harnmurabi, Buenos Aires, 2007, p. 80). Así, la prohibición de doble valoración no obsta a que un elemento que forma parte del supuesto de hecho de la figura básica o de una figura agravada, sea tomado en cuenta en el en el momento de cuantificación de la pena 'para **particularizar su intensidad'** (Zaffaroni/plagia/Slokar, op. Cit. p. 1047), pues 'ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad' (Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, ed. ADHOC, Buenos Aires, 1996, p. 107), Y en este sentido he resaltado que si bien los conceptos de injusto y culpabilidad vienen dados por la teoría del delito existe una diferencia de perspectiva, ya que mientras a los fines de la imputación lo que interesa es si concurren sus presupuestos, lo que se considera en el ámbito de la medición de la pena, dado que se trata de nociones mensurables, es su intensidad (Righi, Esteban, Teoría de la pena, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 223) ... Sentado ese marco teórico observo que el *a qua* ha podido valorar **legítimamente** en el marco del arto 41 inc. 1, la intensidad de la violencia empleada ... " (el destacado me pertenece).-
Los agravios relativos a las agravantes: edad de la víctima
y extensión del daño causado, no deben ser materia de tratamiento en esta instancia, toda vez que se ha incurrido en un error en el recurso ordinario, ya que el colegiado de la cesura no las ha computado, sino que rechazó las mismas, al abordar la pretensión acusatoria.-
Finalmente, en orden a las circunstancias de atenuación,

las mismas han sido correctamente valoradas en la sentencia de grado, por lo que no corresponde receptar de modo favorable los agravios en tal sentido. Por un lado, se ha tomado en cuenta como menor índice de reprochabilidad el nivel de instrucción del encartado, y se ha señalado con acierto que el punto relativo al lugar de procedencia u origen, resulta insuficiente *per se* para fundar una atenuante específica. En lo concerniente al comportamiento procesal de B., que la Defensa califica de "intachable", tampoco ello resulta suficiente motivo, para convencemos, de la necesidad de no superar el mínimo de la pena aplicable.-

3) En lo concerniente a la declaración de reincidencia dispuesta en el pronunciamiento atacado por la Defensa, he de recordar que el debate acerca de su constitucionalidad es una antigua discusión que excede, incluso, el ámbito de los Tribunales, pero al menos en este plano se encuentra saldada, merced a plurales sentencias emanadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; que, en lo sustancial, se han pronunciado, de manera invariable, en favor de la validez constitucional del instituto. En tal sentido, es claro lo decidido en los casos "L." (Fallos 311:1451), "G." (Fallos 329:3680), "G." (Fallos 311: 1209), "Y." (Fallos 311 :522), y "A." (causa A.558.xL YI, del 27 de mayo de 1014), entre otros -cfme. los votos que hemos emitido, en las sentencias n° 23/13,3/15 Y otras, y también la jurisprudencia constante de la Sala Penal del STJ local-.-

A mayor abundamiento, y en lo que aquí interesa, creo pertinente memorar que en ocasión de convalidar el instituto en el precedente "Gómez Dávalos" (Fallos: 308: 1938, del 16 de octubre de 1986), el Tribunal Supremo de la Nación sostuvo: "5°) Que, ajuicio del Tribunal, el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en este aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance la conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida".-

Por su parte, en lo que atañe a la inaplicabilidad del instituto en el "caso puntual", reclamada por el impugnante -en cuanto restringe el acceso a la libertad condicional-, pondero, en primer término, que la norma en cuestión arto 14 CP, no impedirá a B. acceder a algunos de los beneficios contemplados en el arto 12 de la Ley N° 24.660, que establece el régimen de progresividad consagrado en el citado texto legal; por lo que no advierto que se afecte el ideal resocializador, enunciado como finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad, ni el principio de igualdad consagrado en el arto 16 de la Norma Fundamental, receptado en el arto 8 de la Ley N° 24.660.-

En segundo término, tengo en cuenta el monto de la pena
que aquí se impone -cuatro años de prisión-, el que le resta por cumplir con la fijada en la causa N° 137/06, en la que se encuentra en libertad

condicional desde noviembre de 2012 (Legajo de ejecución N° 252/09), que deberá ser objeto de unificación (art. 58 del CP), y la edad del acusado -cuarenta y nueve años-o Con fundamento en ello, cabe concluir que no se trata de una sanción significativamente gravosa, que conlleve el riesgo de que su objetivo recuperador pueda devenir abstracto por imposibilidad de que el justiciable, dada su avanzada edad, llegue a recuperar la libertad en algún momento, como podría serlo en caso de una pena perpetua o de muy extensa duración, en cuya hipótesis sí el análisis sobre la pretensión debería efectuarse valorando otros parámetros.-
En efecto, el instituto cuestionado no plantea senos
problemas de estimación de necesidades preventivo-especiales en las sanciones de corta duración como en el sub-júdice. Y un último aspecto a considerar, está dado en el hecho de que la declaración de reincidencia no obstará para que, eventualmente, B. acceda al régimen de libertad
asistida previsto en el arto 56 de la Ley 24.660, en caso de que reúna los requisitos para hacerse acreedor a la obtención de tal derecho.-
Por todo ello, la "inaplicabilidad" de la reincidencia que
se pretende, en la presente instancia, debe ser desestimada; sin perjuicio que, oportunamente, en la etapa de ejecución de la condena, pueda contemplarse alguna flexibilización mayor del régimen penitenciario frente al caso concreto, que la que supone la referida libertad asistida, ya sea en plazos de encierro, condiciones del mismo, lugar de detención, etc., siempre con el fin de mitigar cualquier efecto particularmente desocializante, de la pena de prisión .-
IV.- En base a lo expuesto hasta aquí, y al resultado de la
deliberación, propongo al Acuerdo mi voto parcialmente por la afirmativa a la presente cuestión.-
A la PRIMERA cuestión el Dr. MONTENOVO dijo:
1.- No he de reiterar el detalle de los términos de la
Sentencia en crisis, los agravios del impugnante, los argumentos de su contraparte, ni la descripción del hecho motivo de autos, más allá de lo estrictamente necesario a los fines de esta exposición, remitiendo a tal efecto, en honor a la brevedad, a la completa reseña que principia el primer sufragio de este acto.-
II.- Un apunte preliminar que aquí procede realizar,
consiste en que el A-quo consagró una de las hipótesis propuestas (hubo más de una en la Acusación, desistidas luego en Debate), por el Ministerio Fiscal respecto de la forma en que se desarrolló el evento endilgado a B.
El término hipótesis nos deriva al concepto de verdad, y allí apuntó el

esforzado Defensor el núcleo de sus críticas, aduciendo que solo por medio de arbitrariedad en la valoración de la prueba fue posible para los Sentenciantes adoptar el temperamento condenatorio en análisis, pero no contrapuso otra hipótesis, sino que intentó explicar que en realidad el origen del reproche podía ubicarse en múltiples factores, pero no en la conducta que la joven atribuyó a su padre.-

Hemos expresado en diversas ocasiones que la reconstrucción de la verdad material de lo acontecido, como objetivo histórico del proceso penal, ha perdido cierta vigencia en beneficio de otra clase de

verdad, la "dialéctica" o "procesal", en la que mucho tienen que ver las partes, sus proposiciones, actividad, más aún, o a partir de, la adopción estadual de un sistema de enjuiciamiento penal que responde al sesgo acusatorio y adversarial como el hoy vigente.-

No significa que lo realmente ocurrido carezca de trascendencia, sino que ante la imposibilidad de reproducirlo tal cual sucedió, exactamente, lo que resulta inalcanzable aún en los términos de la ciencia de la que hoy disponemos, debemos conformarnos, partiendo de un evento de la realidad, con explicaciones racionales del mismo, las que quedan a cargo de las partes, y deben cumplir con determinados estándares probatorios, los que varían conforme a cada tipo penal y sus particularidades.-

De eso hablamos cuando asignamos responsabilidad penal "más allá de toda duda razonable", y cuando afirmamos que se ha logrado superar el estado de inocencia, pues la reproducción de lo acaecido, si lo que se pretende es adjudicar responsabilidad penal, debe superar tal vallado constitucional.-

Entonces, lo que aquí se aprecia es que el Acusador Público presentó un caso en el que una joven que sufrió un ultraje, reveló a su madre lo acaecido, luego de que esta, de manera casi inmediata al suceso, ocurrido en el domicilio que compartían los tres, advirtiera una situación y comportamientos extraños de su hija G. A. y del propio B., el imputado.-

Vale aclarar que en los supuestos de Abuso sexual intrafamiliar donde el sujeto activo resulta ser el padre, y el pasivo una hija menor, un carácter ambivalente, producto justamente de la tensión afectiva señalada, ignorando lo evidente en la vida diaria, en muchos casos presenciando la revelación de los sucesos, formulando denuncias que posteriormente se pretende retirar, o invalidar, tomando contacto fluido con el acusado y perdiéndolo a lo largo del proceso, ritmo al compás del cual varían sus versiones de lo sucedido. La situación aún se toma más compleja si el imputado es el único sostén familiar.-

No obstante, aquí el acusado había, tiempo antes, egresado de un establecimiento carcelario, obtenido la libertad condicional, y concurrido a vivir con V. L. y la hija de ambos, G. A., de ocho años de edad al momento de los sucesos, **18/5/2014** a las 23 hs. aproximadamente, en la vivienda de la calle P. nro. **** del Barrio Quimo Costa de esta ciudad.-

Por ende, ni B. era el único sostén familiar, ni L. respondía a las características enunciadas supra. Quizás por ello tenía una postura de vigilancia sobre la conducta de su pareja, lo que la llevó a ingresar al dormitorio sorpresivamente esa noche, sítio en cuya cama se hallaban recostados G. y el encartado, en donde percibió algo extraño, su hija que abruptamente se retiró al baño, el imputado que comenzó a estirar las sábanas, y estas que ese encontraban mojadas.-

Allí fue cuando le ordenó a B. que se retire del domicilio, interrogó a la menor respecto de lo ocurrido, la que le dijo que su padre le había pedido que se quitara las prendas, y había frotado su miembro viril sobre sus partes vaginal y anal.-

Ante tal relato, llamó a su prima S. L., la que las trasladó hasta el Hospital, donde fue la niña revisada por la Dra. C.. Ambas confirmaron las expresiones de la menor, homogéneas con las manifestadas a su madre. Además la profesional constató que G. A. presentaba en sus partes Íntimas rastros atribuibles, entre otras causas posibles, a fricción con miembro viril.-

Ya en Debate, en Cámara Gessel, la menor reiteró la descripción de lo ocurrido en términos similares.-

Fueron convocadas al Juicio docentes del establecimiento escolar al que concurre G. A., las que sostuvieron que la niña siempre tuvo problemas de aprendizaje, aunque con posterioridad al hecho de autos evidenció un cambio actitudinal, se aisló, lo cual puede ser considerado una consecuencia del ultraje padecido, entre otras causas posibles.-

Por último, la Psicóloga Forense luego de dos entrevistas, en el contexto de la Averiguación Preliminar llevada a cabo por el Ministerio Fiscal, validó el relato de la menor. Aún conceptualizando su intervención como de carácter tan preliminar como la etapa procesal en la que se desarrolló, y al puro efecto de descartar una fabulación evidente, lo concreto es que asignó verosimilitud a la versión de la víctima.-

Nos hemos pronunciado, entre otras, en la Sentencia nro. 20/13 inherente a la Carpeta nro. l034 de la Oficina judicial de Sarmiento en lo referente a la importancia de la pericia psicológica de validación de las expresiones de la víctima en reproches como el que nos ocupa.-

Hemos expresado en dicho precedente, y lo hacemos habitualmente, que el tipo de conductas como la que aquí se analiza, se

desarrollan en un contexto de intimidad que impide generalmente contar con testigos presenciales, circunstancia que obliga, por imperio del método de valoración de la prueba vigente, la sana crítica racional (art. 25 3er. párrafo del CPPCh.), a extremar los recaudos de interpretación en tomo a la versión, de la víctima, la cual debe ser analizada necesariamente como incluida dentro de un todo compuesto a su vez, y especialmente, por la prueba pericial psicológica, la que permite otorgar al Sentenciante herramientas para que pueda decidir sobre la veracidad de la versión de los damnificados, que en los casos de ASI resultan ser niños o adolescentes.-

Así, sostenemos que el esquema de abordaje de los supuestos de ASI, parte de considerar que "los infantes no poseen conocimientos sobre sexo, por lo cual lo que expresen al respecto debe concitar la atención, más si lo refieren como experiencias propias, lo que constituye un fuerte indicio de veracidad en sus expresiones (con£. Clínica de Abuso sexual en la infancia y la adolescencia, Dra. Susana Toporosi, Archivos Argentinos de Pediatría 2003, 101 (6); Carlos Alberto Rozanski "Abuso Sexual Infantil, Denunciar o Silenciar" pags 189 y ssgts.)".-

En la Sentencia referida hemos expresado que tal esquema admite excepciones, consistentes en que los niños, por ejemplo, fabulen, mientan, exageren, posibilidades que aumentan en la medida que los menores van creciendo y convirtiéndose en adolescentes, etapa de la vida caracterizada, precisamente, por el despertar sexual.-

La Defensa ha criticado que la Psicóloga Forense ha mantenido unas pocas entrevistas con la niña, fruto de las que elaboró un informe. Por tal razón quizás no sea posible tomar tal pieza como "prueba pericial", pero sí como acopio de información, luego convertida en elemento de convicción incorporado al Debate, en los términos de la "Averiguación Preliminar" del arto 268 del CPPCh., que no requiere intervención de la Defensa o el imputado, sencillamente por que a esa altura no lo hay, no hay formulación inicial de cargos, pues el proceso penal, estrictamente, no comenzó.-

Es decir, el Ministerio Fiscal posee herramientas para evaluar provisoriamente una denuncia de Abuso sexual, a los fines de descartar mendacidad o fabulación evidentes, en el marco del mentado arto 268. Luego, ello debe completarse ya durante el proceso, con un abordaje más profundo, de naturaleza sí pericial, donde desde ya es esencial el control de la Defensa.-

No es necesario precisar que la prueba pericial que valida un relato de Abuso sexual tiene un peso de mérito muy superior al de una validación preliminar, que es con lo que contamos aquí. Pero ya nos alejamos del terreno de la validez de los actos y nos adentramos en el de la apreciación probatoria.-

Sin perjuicio que soy de los que piensan que las entrevistas, aún en el contexto señalado, deben ser registradas de alguna forma (audio, filmación etc), la Defensa no propició una contra prueba, limitándose a la crítica apuntada, la que, conforme venimos señalando, queda derivada a la evaluación del plexo en su totalidad, partiendo de la base que tanto el informe de la Licenciada A. como su declaración tienen un peso de mérito relativo.-

Más allá de ello, a lo largo del tiempo, las expresiones de G. A. se mantuvieron, fueron coherentes, expresadas a su madre, tía, médica, psicóloga forense, los Jueces el Tribunal de Juicio. A su vez, fueron corroboradas en su veracidad por indicios, si bien inespecíficos de AS!, como la prueba médica y los testimonios de sus docentes, compatibles con su versión.-

No deja de ser el plexo rendido uno del estilo propio de la clase de injusto del que hablamos, usualmente cometidos en la intimidad, por ende carentes de testigos presenciales, en donde deviene sustancial la coherencia interna del relato del damnificado, y la externa, su apoyatura en indicios específicos, o no.-

A todo evento, la posición del Acusador Público ha significado una explicación sólida de lo ocurrido, contra la cual solo se ha levantado un muro de negaciones.-

Los Jueces de grado han desplegado un método de análisis similar al que venimos desarrollando, con el resultado de consagrar la hipótesis Fiscal, más allá de toda duda razonable, como reconstrucción histórica de lo acaecido, lo cual se encuentra alejado de toda noción de arbitrariedad, extremo que impone el rechazo del agravio en tal sentido.-

111.- Las restantes quejas del impugnante remiten, en última instancia, a cuestiones atinentes a la dosis de pena, y su modalidad de cumplimiento.-

Hemos coincidido en el Acuerdo en que a tenor del arto41 del CP, en calidad de agravantes, solo pueden ingresan la edad de B. al momento del suceso, bastante lejana a la inmadurez, sus antecedentes computables, y una de las circunstancias previas de lo ocurrido, su aceptación para residir con su núcleo familiar luego de cumplir una pena privativa de libertad extensa, convivencia que culminó en virtud del hecho que analizamos.-

Lo demás, o no resultaba idóneo en tal sentido, o no fue conceptualizado por los Jueces de grado que compusieron la mayoría en este ítem, o no correspondía ser tenido en cuenta por haberse fijado su relevancia en la tipificación escogida (por ejemplo la edad de la víctima, el parentesco con el sujeto activo, etc.).-

Soy de la idea que con fundamento en un concepto de limitación de la respuesta contingente, se debe partir del mínimo de las escalas,

por lo cual la edad del acusado, sus antecedentes y la frustración de madre e hija, quienes dieron una nueva oportunidad ,a B., que culminó como hemos advertido, permite elevar la sanción hacia los cuatro años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, pero no más allá.-

Por último, no fue solicitada la inconstitucionalidad del instituto de la Reincidencia, a pesar que ya la Corte Nacional y la Provincial se han expresado en sentido inverso.-

Fue pedida su inaplicabilidad al caso concreto, con argumentos más vinculados a su colisión constitucional, que a circunstancias que en lo particular, deberían sugerir la posibilidad de, a priori, determinar la chance, eventual, de un nuevo período de libertad condicional para B. que la Reincidencia frustraría.-

Las oportunidades en las que hemos admitido peticiones en tal sentido, nos hemos basado en la elevada pena impuesta, prisión perpetua, y la calidad de reincidente del condenado, lo que desde un comienzo del tratamiento carcelario lo priva de la expectativa de obtener la libertad, una vez culminado este, pues nunca termina, y coarta la vigencia de la finalidad re socializadora de la pena, única con basamento legal explícito (art. 18 CN),

Pero aquí dichos factores no juegan, pues B. hoy posee la edad de cincuenta años, y luego de la unificación de sanciones que procede realizar, de verificarse con éxito el tratamiento penitenciario, podrá regresar al medio libre en un lapso no tan lejano, por lo cual aquel imperativo constitucional se encuentra a salvo, no apreciándose las razones por las cuales el art, 14del CP" sería inaplicable al caso concreto.-

En definitiva, sufrago por reducir la condena en la cuantía indicada, y por rechazar el planteo tratado en última instancia. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

1.- En lo concerniente a todo cuanto refiere a los antecedentes del caso sometido a conocimiento de este Tribunal me remito a la completa reseña efectuada por el Dr. Pintos con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

Las críticas de la Defensa se han ceñido a cuestiones de índole material vinculadas al mérito de la prueba, planteando en definitiva que la sentencia se basa únicamente en la versión de la víctima y los ilógicos

razonamientos de los sentenciantes para dejar de lado la posición exculpatoria de su asistido producto de una apreciación parcializada de la prueba.-

Sostiene que lo único que pudo probarse es que la menor tenía unas mínimas marcas alrededor de su vulva y zona anal, y de tan mínimas que eran podían, según la médica tratante, haber sido producidas por falta de higiene o parásitos y que el informe del CENPAT en relación a las muestras tomadas a la niña es negativo, quedando solo la posición de ésta

y la negativa de su asistido y ello no alcanza para condenar.-
También cuestionó el impugnante el valor asignado a los testimonios de las docentes del colegio al que concurre la niña y la tarea desarrollada por la Psicóloga Forense A. M. A. para validar sus dichos.-
1.- Para iniciar el análisis del caso entiendo pertinente destacar que la conducta atribuida a O. A. B. ha sido calificada como Abuso sexual simple doblemente agravado (art. 119, ¡ay 50 párrafo, en relación al 4₀ párrafo, apartados b) y f) del C.P.) por ende en su composición material bastan actos de tocamiento de las partes genitales de la víctima, desde luego en el contexto de un acto impúdico, sin que resulte exigible verificar daño fisico o que el sujeto activo haya eyaculado sobre el cuerpo de la niña, por lo tanto el alcance que pretende dar el impugnante a la falta de precisión del informe médico respecto a las causas que pudieron provocar las lesiones en la zona genital y al resultado de la pericia genética realizada sobre las muestras tomadas a la niña en cuanto no fueron hallados

rastros del imputado, toman intrascendentes las críticas y por ende no son de recibo.-
En este punto no podemos obviar que inicialmente el Ministerio Público Fiscal formuló acusación por varios hechos, y con respecto al que en definitiva le reprochó fue calificado provisoriamente como abuso sexual con acceso camal consumado y alternativamente en grado de tentativa; ahora bien durante el debate el Titular de la Acción readecuó la plataforma fáctica calificando la conducta del imputado como abuso sexual simple ceñido a actos del tocamiento, puntualmente frotar su miembro viril por la zona vaginal y anal de la niña postulando se lo declare culpable y ello en función del resultado de las pruebas propuestas y rendidas en el juicio, ya que de haberse establecido los extremos que inicialmente sostenía el órgano acusador indudablemente estaríamos ante un delito más grave.-
2.- Los Jueces del Tribunal correctamente han concluido sobre la materialidad y autoría del hecho; quedó debida y suficientemente establecido que el día 18 de mayo de 2014 siendo estimativamente las 23 hs. en la vivienda ubicada en la calle P. n° **** del Bo. Quimo Costa de esta ciudad, en circunstancias que O. A. B. se encontraba acostado en la cama de la habitación matrimonial con su hija G. A., de tan solo ocho años de edad, procedió a bajarse el pantalón y la bombacha a la pequeña para frotarle su miembro viril sobre la zona vaginal y anal.-
Sabemos que este tipo de conductas se desarrollan generalmente en un ámbito de intimidad que impide contar en la mayoría de

casos con testigos presenciales, circunstancia que impone, por el método de

valoración de la prueba, a extremar los recaudos de interpretación de la versión de la víctima, la cual debe ser analizada necesariamente como incluida dentro de un todo compuesto a su vez por prueba pericial . psicológica la que otorga el juez herramientas para que pueda decidir acerca de la veracidad de tal versión, que en los supuestos de abuso sexual infantil resultan ser niños o adolescentes; en tal sentido nos hemos pronunciado, entre otras, en las sentencias, N° 20/2013, N° 25/2014, 23/2015.-
Ahora bien este caso presenta ciertas particularidades que simplifican tan compleja tarea, y ellas no han escapado al análisis de los sentenciantes, por un lado tenemos que O. A. B. se encontraba en libertad condicional, luego de haber cumplido los dos tercios de una condena a diez (10) años de prisión y se insertó en el grupo familiar poco tiempo después de ser liberado allá por el 7 de noviembre de 2012, es decir que la niña no tuvo contacto con su padre durante toda su crianza y fue la madre, V. L., quien decidió darle una oportunidad de integrarse a la familia; pongo de resalto esta circunstancia dado que en los supuestos de abuso sexual intrafamiliar donde el sujeto activo es el padre y el pasivo una hija menor, es bastante usual que la madre adopte un carácter ambivalente, pero aquí la convivencia se motivó más en la necesidad de la niña de contar con la figura paterna y afianzar el vínculo, por ello es que inmediatamente de producido el hecho B. fue expulsado de la vivienda sin reparo alguno y la posición de la Sra. L. se ha mantenido inalterable durante todo el desarrollo del proceso, sin

vacilaciones.-

La otra particularidad radica en que el hecho fue descubierto por la denunciante dado que se encontraba en la vivienda preparando la cena y al concurrir hacia su dormitorio encontró a su pareja acostado con la niña, a quien le había dado el teléfono celular para que jugara; dirá que tuvo un presentimiento y al ingresar a la habitación la actitud de ambos fue más que sospechosa, la niña rápidamente se levantó y se introdujo en el baño, en tanto B. se puso nervioso y comenzó a tender la cama apreciando que las sábanas estaban mojadas, y ante ello discutió y lo echó de la casa acatando sin más la orden, lo que fue correctamente ponderado por el Tribunal destacando las consideraciones efectuadas por los Dres. Nicosia y Juárez en sus respectivos sufragios.-
Por otra parte, encontrándose la niña en el baño, fue interrogada por su madre a quien le relató al detalle lo sucedido por lo que decide actuar rápidamente llevándola al Hospital requiriendo para ello ayuda a su prima, S. A. L., quien la traslada al nosocomio siendo interiorizada sobre lo sucedido.-
La testigo dio cuenta del estado en que se hallaba tanto su prima como G. al arribar a la casa, para llevarlas en primer lugar al

Hospital y luego a la Comisaría de la Mujer, oportunidad en que fue informada de lo ocurrido y a ello corresponde aditar que la Dra. C. examinó a la niña a pocas horas del hecho y siguiendo el protocolo para un supuesto ASI, fue informada por G. de las acciones desplegadas por su padre manteniendo inalterable el relato efectuado a su madre lo que otorga mayor confiabilidad.-

También nos encontramos que el imputado ha negado los hechos que le atribuía el Ministerio Público Fiscal, manifestando solamente que nunca tocó a la nena y que no le ofreció una muñeca para que no contara lo ocurrido y desde ya el Tribunal ha cotejado las posiciones enfrentadas y ello sugiere a efectos de estar a una de ellas que necesariamente brinden argumentos por los que se toma una y se descarta la otra a riesgo de incurrir en arbitrariedad en caso contrario.-

Esta es una de las premisas para analizar el caso y otra es la confrontación de la versión de la víctima con el resto del material probatorio para rescatar indicadores de credibilidad de la misma. Se extrae del desarrollo que vengo efectuando que la niña ha mantenido su versión en forma coherente a lo largo del tiempo, desde el momento en que se madre advierte la conducta sospechosa de B., el relato que a pocas horas hace a la médica tratante, las posteriores entrevistas mantenidas en ámbito de la Fiscalía con la psicóloga forense y la declaración brindada durante el Juicio en cámara Gessel; sin dejar de atender que la niña al examen médico presentaba evidencias objetivas de haber sido abusada en los términos descriptos, es decir que se compadecen con el frotamiento o fricción del miembro viril al que siempre aludió.-

Hasta aquí la coherencia del relato se ha visto reforzada por las pruebas que acabo de mencionar y a no dudar han sido valoradas correctamente por el Tribunal de grado, no pudiendo el impugnante revertir con los argumentos esgrimidos la contundencia de las conclusiones a las que

arribaron por unanimidad los Sres. Jueces; no ha logrado demostrar de que manera debieron ponderar el plexo probatorio para llegar a una conclusión distinta, lo que le resta entidad al recurso y desde luego lleva a su rechazo en este punto.-

Sin perJUlclO de las consideraciones efectuadas brevemente me he de referir a la queja en tomo al valor asignado a los testimonios de las docentes del establecimiento escolar al que asiste la niña y las críticas a la tarea desarrollada por la Psicóloga Forense, Lic. A. M. A., para validar el relato de la menor.-

Las docentes dieron cuenta que la niña siempre presentó dificultades para el aprendizaje, y que por entonces se intentaba nivelarla brindándole un abordaje complementario para que pudiera superar su retraso y que pese al esfuerzo que venía realizando la niña para ponerse a la par de

sus compañeros, repentinamente dejó de asistir a clases y al reintegrarse todo lo que se había logrado avanzar quedó trunco, resultando notorio el retroceso y en lo actitudinal un cambio notorio en la relación con sus compañeros y con la docente, aislándose completamente cuando siempre se había desenvuelto como una niña alegre, cariñosa y apegada a sus compañeros.-
Extraigo de los sufragios que el valor que han adjudicado
los Magistrados a la información brindada por las docentes es el adecuado y no es más que indiciaria y reveladora de cambios de conducta propios en los supuestos de ASI, que en el contexto de la abundante prueba rendida viene a corroborar las secuelas de orden psicológico que evidenció la niña.-
En cuanto a la validación del relato por la Lic. A.,

cuestiona que fueron solo dos entrevistas y que no ha sido precisa respecto al los test y manera que los realizó.-
En el marco de la averiguación preliminar el Ministerio
Público Fiscal dispuso inmediatamente entrevistas de la víctima con la profesional para determinar en base a su relato indicadores de verosimilitud y veracidad tendentes a la averiguación de los hechos y su esclarecimiento, y para ello no se requiere autorización jurisdiccional por no tratarse de actos definitivos e irreproducibles quedando sujetos al contradictorio durante el juicio, pudiendo la parte en el curso del proceso formular objeciones o proponer otro profesional para que intervenga por la defensa, lo cual como es habitual nunca acontece, por ende la crítica, además de carecer de entidad, no encuentra apoyo pues la tratante al declarar ha sido sumamente clara describiendo la forma y técnica empleada pora el abordaje que arrojó como conclusión que la niña produjo un relato válido, sin creaciones o fabulaciones propias o de terceros.-
En síntesis, los jueces ponderaron en forma completa el
plexo probatorio, lo confrontan y le asignaron valor a cada una de ellas, fundamentando sus conclusiones resultando claro el razonamiento seguido para concluir por el reproche; por todo ello en relación a este agravio voto por la negativa.-
II.- Subsidiariamente se agravia la Defensa por el monto
de pena impuesto por mayoría, conformada en este caso por los Dres. Caviglia y Juárez y por los efectos que la declaración de reincidencia irroga a tenor de lo normado en el arto 14 del C.P., cuya inaplicabilidad solicita.-
1.- En relación a la dosis de pena pretende que este
Tribunal imponga el mínimo que se ubica en tres años de prisión. Sostiene que solo el Dr. Nicosia ha desarrollado en forma exhaustiva la cuestión y que la mayoría no ha dado suficiente sustento a la conclusión, incluso no explican el apartamiento del voto de quien lideró el acuerdo.-
Adelantando opinión existe parcialmente razón al
impugnante; como bien señala, el Juez Nicosia ha sido puntilloso al

momento de tratar la sanción penal y pondera debidamente, en función de los extremos acreditados en el juicio, las pautas mensurativas de los arts. 40 Y41 del sustantivo otorgando un correcto alcance a la naturaleza de acción pues sin lugar a dudas la práctica desarrollada implica un ultraje sexual de considerable magnitud y la edad del acusado, rechazando otras agravantes mencionadas por el Fiscal como la extensión del daño, la falta de arrepentimiento, la edad de la víctima y la frustración de la niña al no poder reestablecer la relación con su padre, aceptando atenuantes propuestas por la defensa para apartarse considerablemente del monto requerido por el Ministerio Público Fiscal y ubicar la dosis en cuatro años de prisión, la que en el proceso deliberativo hemos convenido se ajusta al caso.-

En razón de la queja y escrutados los votos de la mayoría extraigo que el Dr. Caviglia ha fundamentado su conclusión y si bien no ha realizado un desarrollo tan exhaustivo como su antecesor, satisface la .exigencia ritual de motivación y ha tenido en cuenta a los fines de la pena exactamente las mismas pautas que el Dr. Nicosia, aunque no explica porque se aparta del monto propuesto por quien lideró la votación y que como acabo de señalar, es el que entendemos responde a los principios de proporcionalidad y culpabilidad, no así el voto del Dr. Juárez que no supera el estándar mínimo de motivación, además de incorrecta la ponderación de las circunstancias agravantes del delito para elevar el monto, puesto que ello implica una doble valoración de de las mismas.-

Por último en cuanto a la queja relativa a la omisión del Tribunal de atender atenuantes tales como el lugar de nacimiento y desarrollo del acusado en una zona rural, puntualmente en Río Pico, o que no sabe leer ni escribir, no se verifica, al contrario han expresado razonablemente los motivos por los cuales se tienen como atenuantes comprendido dentro de lo que mencionan como bajo nivel socio cultural, y "que apenas lee y escribe que le ha privado de la posibilidad de motivarse en la norma" -del voto del Dr. Caviglia-, como así tampoco comprobamos que los jueces utilizaran la edad y grado de afectación de la víctima o la reincidencia del acusado como agravantes, al contrario, como ya detallé han sido excluidas destacando el voto del Dr. Nicosia.-

2.- En cuanto a la inaplicabilidad para el caso del arto 14 del Código Penal, cuya declaración peticiona el impugnante, en principio cabe señalar que en función de los elementos arrimados por el acusador público a la cesura no merece reparo la decisión del Tribunal de declarar reincidente a O. A. B. conforme las previsiones del arto50 del C.P ..-

En función de los argumentos esgrimidos por el impugnante, y sin perjuicio de las consideraciones que acabo de efectuar, entiendo pertinente señalar que la sanción aplicable al caso cumple con aquella regla que el límite de la pena está dado por la medida del injusto

culpable; al respecto la Sala n de la Cámara Nacional de Casación Penal tiene dicho que: "En tanto la pena debe establecerse según la medida del injusto, las condenas anteriores no permiten aumentarla por encima de la medida del injusto realizado en la ejecución del hecho. La prohibición legal del artículo 14 del CP reposa en consideraciones preventivas y de modo predominante, aunque no exclusivo, en consideraciones preventivo especiales y es la medida de la pena establecida en el marco de la única escala penal aplicable en cada caso, escala que no depende de la existencia de reincidencia, la que debe adecuarse al criterio de responsabilidad por el hecho punible. La exclusión de la libertad condicional en caso de reincidencia no se vincula con un juicio o presunción de mayor peligrosidad, la pena no se impone a un inocente sino a un culpable, y a lo sumo, hasta la medida de su culpabilidad por el hecho. Si se ha respetado la regla de que el límite de toda pena está definido por la medida del injusto culpable, que se ejecute la pena totalmente no implica una infracción a la prohibición *ne bis in idem.* Deben rechazarse los agravios relativos a la incompatibilidad de la norma con los fines de la pena establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos y a la frustración del fin de reintegración si el recurso carece de fundamentación (Dres. García, Mitchell y Yacobucci)" (C.N. CP., Sala n, **9-2-2011,** reg. 17892.2 citado por Edgardo Donna en "El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia", 2da. Edición T. I, pág. 212, Ed. "Rubinzal- Culzoni"); en sentido concordante nuestro máximo tribunal

ha expresado que "el principio non bis in idem, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" (cfr. e.S.J.N., causa L' Evequé, RR pI robo - 311: 1452).-

El planteo estrictamente apunta a superar la prohibición contenida en el arto14 del Código Penal en cuanto impide el otorgamiento de la libertad condicional a un penado declarado reincidente.-

Sin dejar de considerar que se trata de un planteo que se ajusta más a la instancia de ejecución, puesto que en función del arto 13 del e.p son varios los requisitos que se deben verificar y que no importa un otorgamiento automático porque los jueces pueden concederlo o negarlo en los casos concretos haciendo uso del margen de discrecionalidad que les reconoce la ley penal, el recurrente no ha presentado argumentos que justifiquen una declaración en tal sentido, no ha logrado demostrar la vulneración al principio de progresividad consagrado en el art.6 de la ley 24660, toda vez que aquel subsiste a través de los institutos de las salidas transitorias, la semilibertad y la libertad asistida (arts. 16, 23 Y 54 Ley 24660), maxime cuando, no obstante la rigurosidad de la pena, aquel no

resulta tan lejano en el horizonte carcelario proyectando la pena única a aplicar y teniendo en cuenta la edad del condenado, en consecuencia voto por la negativa.-
A la SEGUNDA cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

En base al resultado del tratamiento de la primera

cuestión, al que se arribara por unanimidad de sufragios, propongo al Acuerdo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del acusado O. A. B., contra la sentencia N° 4801115, de fecha 22 de diciembre de 2015; confirmar parcialmente la mencionada; readecuar la pena impuesta y condenar al nombrado, en definitiva a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29, inciso 3°, del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual simple agravado por haberse cometido por un ascendiente y por resultar víctima una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (arts. 1191° Y5° párrafos, en relación al 4° párrafo apartados b) y f) y 45 del C.P.), por el hecho ocurrido en la vivienda de Calle P. n° **** del Barrio Quimo Costa, el18 de mayo de 2014, en perjuicio de G. A. B. (art. 239 Y concordante s del C.P.P.), y tener presente la reserva del caso federal.-
Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de treinta (30) JUS (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII NO4 (antes Ley 2.200).-
A la SEGUNDA cuestión el Dr. MONTENOVO dijo:
De acuerdo al tratamiento de la cuestión precedente coincido con lo propuesta por el colega que vota en primer término y que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la

impugnación ordinaria deducida por la Defensa del acusado **O. A. B.,** contra la sentencia N° 4801115, de fecha 22 de diciembre de 2015; confirmar parcialmente la mencionada; readecuar la pena impuesta y condenar al nombrado, en definitiva a la pena de **cuatro años** de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29, inciso 3°, del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual simple agravado por haberse cometido por un ascendiente y por resultar víctima una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (arts. 1191° Y5° párrafos, en relación al 4° párrafo apartados b) y f) y 45 del C.P.), por el hecho ocurrido en la vivienda de Calle P. n°**** del Barrio Quimo Costa, el18 de mayo de 20 14, en perjuicio de G. A. B. (art. 239 y concordantes del C.P.P.) y tener presente la reserva del caso federal.-

Igualmente coincido con la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

Atento al tratamiento de la primera cuestión adhiero a los propuesto por mis colegas y que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del acusado **O. A. B.,** contra la sentencia N° 4801/15, de fecha 22 de diciembre de 2015; confirmar parcialmente la mencionada; readecuar la pena impuesta y condenar al nombrado, en definitiva a la pena de **cuatro años** de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29, inciso 3o, del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual simple agravado por haberse cometido por un ascendiente y por resultar víctima una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (arts. 119 1°Y5° párrafos, en relación al4 ° párrafo apartados b) Yf) Y45 del C,P.), por el hecho ocurrido en la vivienda de Calle P. n° **** del Barrio Quimo Costa, el 18 de mayo de 2014, en perjuicio de G. A. B. (art. 239 y concordante s del C.P.P.) y tener presente la reserva del caso federal. Asimismo adhiero a la regulación de honorarios profesionales.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------~~FALLA_~:----------

1°) HACER LUGAR parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del acusado O. A. B., contra la sentencia N° 4801115, de fecha 22 de diciembre de 2015 (arts. 374 y 382 Yss. del CPP).--

2") CONFIRMAR parcialmente la mencionada sentencia.----------

3°) ~ADECUAR la pena impuesta y CONDICONAR al nombrado, en definitiva a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 Y29, inciso 3°, del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual simple agravado por haberse cometido por un ascendiente y por resultar víctima una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (arts. 119 1° Y 5° párrafos, en relación al 4° párrafo apartados b) y f) Y45 del C.P.), por el hecho ocurrido en la vivienda de Calle P. n° **** del Barrio Quimo Costa, el18 de mayo de 2014, en perjuicio de G. A. B. (art. 239 Yconcordantes del C.P.P.).----------

4°) **TENER** presente la reserva del caso federal .----------

5°) **REGULAR** los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de treinta (30) rus (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII N° 4 (antes Ley 2.200).--------

6°) Cópiese, protocolícese, **notifiquese.**----------~----------