---------- En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los once días del mes de diciembre del año dos mil catorce, previo haberse reunido en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Leonardo Marcelo PITCOVSKY, Flavia Fabiana TRINCHERI y Rafael LUCCHELLI, bajo la presidencia de éste último, dictan sentencia en estos autos caratulados: **"I., M. É. S/ DENUNCIA S/ IMPUGNACIÓN" Expte. N° 11/14 CPPM, Carpeta Nº 5178**, seguidos contra: **H. R. L.,** argentino, nacido el día 1 de Septiembre de 1991, en la ciudad de Puerto Madryn, provincia de Chubut, hijo de O. y de M. A. C., soltero, instruido, DNI N° XX.XXX.XXX, con domicilio en B. G., Pasaje L. Nº XXX, Casa Nº XX de esta ciudad, actualmente con arresto domiciliario en dicho domicilio, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor del nombrado, Dr. Lucio Hernán BRONDES contra la Sentencia Nº 2112/14 OFIJUPM mediante la cual el Tribunal de Juicio, condenara por unanimidad a L. como AUTOR material y penalmente responsable en orden al delito de Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la convivencia (Arts. 45 y 119, cuarto párrafo, inc. f) del C.P.) a la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Arts. 12, 29 inc. 3º 40 y 41 del C.P.) por el hecho ocurrido el día 28 de octubre del año 2013 en perjuicio de la menor X.T.V.----------

---------- Intervino por la Acusación la Sra. Fiscal General, Dra. M. A. CÁRCANO, por la representación promiscua de la menor víctima, el Abogado Adjunto de la Defensa Pública Dr. Martín Damián SÁENZ y por la defensa técnica del imputado, el Defensor Público Penal Dr. Lucio Hernán BRONDES.----------

---------- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dra. Flavia

Fabiana TRINCHERI, Dr. Rafael LUCCHELLI y Leonardo Marcelo

PITCOVSKY.----------

---------- 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 XV Nº 9, antes Nº 5.478).----------

---------- **La Juez Flavia Fabiana TRINCHERI dijo:**----------

---------- Ha llegado el presente caso a la instancia ordinaria para resolver la impugnación (art. 374 del C.P.P.) que fuera deducida por el Señor Defensor Público Dr. Lucio Hernán BRONDES, contra la sentencia glosada a fs. 56/104 por la que se condena a su pupilo H. R. L., como autor en orden al delito de Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la convivencia (Arts. 45 y 119, cuarto párrafo, inc. f) del C.P.) a la pena de Nueve años de prisión, accesorias legales y costas del proceso (Arts. 12, 29 inc. 3º 40 y 41 del C.P.) por el hecho ocurrido el día 28 de octubre del año 2013 en perjuicio de la menor X.T.V.---------- El impugnante interpuso recurso contra el resolutorio aludido por considerar violado el principio de congruencia, lo que afecta al derecho de defensa y al principio de imparcialidad. Así, indicó que la Fiscal en su alegato final calificó el hecho como Abuso sexual con acceso carnal y el Tribunal resolvió condenar a L. en orden al delito de Abuso sexual gravemente ultrajante.---------- Criticó los votos de los Magistrados, alegando además que la Fiscal no formuló acusaciones alternativas conforme el art. 291, tercer párrafo del CPP., ni que tampoco hizo uso en el debate de la facultad que le otorga el art. 322 del rito.---------- Señaló asimismo que el Tribunal omitió advertir a esa Defensa sobre el posible cambio de calificación legal (art. 332 del CPP), aludiendo que si bien la figura escogida tiene idéntica escala punitiva, consta de elementos objetivos y subjetivos diferentes y que ha variado así la plataforma fáctica del caso, comprometiendo los principios antes referidos y quebrándose la

estricta correspondencia que debe existir entre la acusación y la sentencia. Citó doctrina del maestro Maier en alusión a su postura.---------- Adujo que el principio *"iura notiv curia"* no posibilita que el Tribunal pueda romper con los alcances del principio acusatorio y la estricta separación de funciones entre acusador y juzgador, en el que le está reservado al Juez la tarea de decidir conforme a los hechos y el derecho introducido por las partes, so pena de incurrir en la afectación del principio de imparcialidad.---------- Respecto del hecho en sí, alegó que en tanto que el delito de Abuso sexual con acceso carnal exige la prueba y la introducción del órgano sexual masculino en las cavidades anal o vaginal de la víctima y del dolo directo del sujeto, el abuso sexual gravemente ultrajante requiere de actos corporales de los previstos en el primer párrafo del art. 119, sin que constituyan penetración y siempre que por su duración o por las circunstancias de su realización implique para la víctima una humillación más allá de lo normal, variando igualmente el elemento subjetivo que consiste en un especial ánimo de sometimiento. Hizo

mención de doctrina de Pandolfi y Donna.---------- Resaltó que dicha mutación avasalló garantías constitucionales del acusado, no sólo en lo que hace a su estrategia defensista sino por variación de los supuestos del evento, impidiéndole debatir acerca de las circunstancias invocadas.---------- Indicó que los Jueces no precisaron si ello se debió a su duración o a las circunstancias de su realización, violando así el derecho de defensa y aplicando erróneamente la ley sustantiva. Trajo a colación el fallo "Sircovich" de la Corte Suprema y explicitó detalles del mismo, alegando que en este caso la violación al principio de congruencia ha sido aún más grosero. Citó también el fallo "Fermín Ramírez vs. Guatemala" y comentario al mismo del jurista Bovino.----------

---------- Concluyó solicitando la revocación de la sentencia y la absolución de su defendido, dado que el reenvío traería aparejada la vulneración de los principios de preclusión procesal, progresividad y *ne bis in idem*.----------

---------- En subsidio del agravio anterior, invocó la falta de motivación suficiente de la sentencia en lo que hace a la autoría por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, lo que conlleva a la afectación del principio de razón suficiente y al de defensa (Arts. 18 C.N. y 45 C.Ch.).---------- Calificó a la sentencia de poseer sólo una aparente fundamentación, que desaparece al analizar la correspondencia entre la prueba y las conclusiones de los judicantes. En ese razonamiento, argumentó la falta de explicación acerca de la figura endilgada en el caso, esto es, los motivos de la "duración" o "circunstancias de su realización", tal como lo impone la norma. Reprodujo pasajes de los votantes al respecto. Dio detalles del tipo penal en cuestión. Hizo mención a la crítica constitucional que se le ha achacado a dicho tipo penal.---------- Señaló la oscuridad del texto de la figura aludida, la que pone en crisis el principio *nullum crimen sine lege* (art. 18 CN), y por ende conlleva a que el juzgador deba tener presente las reglas de la hermenéutica penal y la prohibición de la analogía al momento de su aplicación, debido a su dificultad. Adunó jurisprudencia alusiva.----------

---------- Expresó también que por tratarse de una figura penal abierta, como ha sido considerado por parte de la doctrina, de discurrir que la norma posee un defecto de redacción insuperable, debe declararse su inconstitucionalidad, toda vez que no es dado a los magistrados completar tales inconsistencias, tal como lo sostiene el Juez Juliano.----------

---- Afirmó que la dificultad de la expresión "gravemente ultrajante para la víctima" que requiere valoración jurídica, resiente el principio de máxima determinación de

los hechos que se deriva del principio de legalidad, ya que permite la arbitrariedad en su apreciación, y además la dificultad para refutar los hechos, menguando el principio de defensa en juicio. Ello llevado al caso permite subsumir el hecho como abuso sexual que no es gravemente ultrajante, toda vez que no se observa, según las peritos O. y S., que la acción de su pupilo haya incapacitado o dificultado la vida sexual normal en el futuro de la

niña.----------

---------- Razonó en base a su argumento que la reformulación del tipo penal de acuerdo con la conducta de su pupilo y las circunstancias probadas, quedaría en abuso sexual agravado por resultar un gravo daño en la salud física de la víctima, ya que esa es la plataforma fáctica adecuada jurídicamente.----------

---------- No obstante ello, solicitó la absolución en este punto. Subsidiariamente de los agravios postulados, postuló la nulidad parcial de la pieza en crisis por arbitrariedad de la determinación fáctica de la agravante.----------

-- En ese orden, cuestionó la existencia del aprovechamiento de la menor por la convivencia preexistente con la que se agravara a la conducta de L.. Adujo que los Jueces sostuvieron que el imputado es el tío de la niña, que ésta lo reconocía como tal, como señalara la Lic. O., lo que permitió la consumación del hecho, teniendo en cuenta que vivían en el mismo sitio.

Recorrió pasajes de los votantes en lo pertinente y concluyó afirmando que los Magistrados pecaron por defecto de fundamentación en cuanto a dicha agravante, toda vez que no señalados cuáles fueron los testimonios que así lo confirmaran, señalando sólo referencias genes, sin soslayar la falta de evidencia aportada por el acusador público.----------

---------- Asimismo sostuvo que omitieron prueba decisiva para la resolución de

dicho tópico, como fue la declaración del Oficial Z., quien declaró haber constatado la existencia de dos viviendas en el predio, una principal y otra precaria, no dejando de lado que debe haber aprovechamiento de esa convivencia, lo que aquí no se acreditó, ya que de acuerdo a los dichos de la madre de la menor y de V. C., no hacían más de veinte días que I., Q. y la niña estaban en esta ciudad.----------

---------- Por otra parte, en forma subsidiaria también se agravió por la arbitrariedad en la determinación judicial de la pena, sosteniendo una errónea aplicación de la ley sustantiva y planteó la nulidad parcial de la sentencia.---------- Luego de reproducir extractos de la sentencia en lo que a la cuestión atañe, cuestionó al Juez C. por no haber efectuada ninguna consideración acerca de los motivos del accionar del imputado, tomados en cuenta por los restantes magistrados, no obstante haber arribado a la misma pena.--

---------- Resaltó la existencia de contradicciones entre los distintos sufragios, el disímil abordaje de similares circunstancias, la valoración de cuestiones que otros desestiman, lo que debe concluirse en que se incurrió en doble valoración de ciertos elementos, tales como la edad de la víctima, elemento éste del tipo objetivo sistemático del tipo básico del art. 119 primer párrafo del CP, al contemplar el abuso de una persona menor de trece años, que es tomado para la calificación

escogida por el A Quo.----------

En segundo término se refirió a la ponderación como agravante del vínculo parental de tío y sobrina de L. y la niña, lo que no está contemplado en el inciso b del cuarto párrafo del art. 119, fundado ello en criterios culturales de respeto entre parientes, la relación de preeminencia y mayor poder del autor sobre la víctima. Así, sostuvo que los Jueces hicieron una interpretación moral y no jurídica de dicha agravante, transformando delitos de acción en delitos de omisión pues todos las personas

tenemos prohibidos tales actos, además de considerar que se hizo una interpretación analógica extensiva *in malam partem*, lo que está vedado constitucionalmente, ya que la niña nunca mencionó al imputado como su tío sino sólo como "H. malo".----------

---------- Concluyó en que no existen fundamentos válidos para imponer a su pupilo una pena más allá del mínimo legal, excesivo con su sólo verificación, además de no considerar adecuadamente sus circunstancias de vida pasada.----------

---------- Solicitó se aplique el mínimo de la pena para el caso.----------

---------- Hizo reserva del caso federal.----------

---------- A su turno, la Fiscal actuante, Dra. CÁRCANO contestó los agravios defensistas, sosteniendo que la sentencia que se impugna es el resultado de un razonamiento lógico, motivado y con adecuada fundamentación legal, en la que se le asignó valor a cada prueba y cada una de las cuales fue merituada en forma certera, total e integradora.----------

---------- Citó voto del Dr. ORLANDO para rebatir la postura defensista adoptada en el primer agravio resaltando que los hechos discutidos en el debate y el encuadre típico de los mismos en orden al delito por el que resultara condenado el imputado, resultan idénticos a aquellos, por los que se elevó la causa a juicio por lo que el Tribunal pudo otorgar al hecho acusado una calificación jurídica distinta a la expresada en la acusación, sin por ello afectar el principio de congruencia.----------

---------- Así es que entendió que no ha existido mutación o cambio del sustrato fáctico, tal como sostiene el impugnante, que no se ha visto vulnerado el derecho de defensa, ni los principios de acusación ni de imparcialidad del juzgador. Citó jurisprudencia local en autos "Jara" Carpeta Nº 3500 y "Montoya" Carpeta Nº 98 para ilustrar su postura y la del Tribunal A Quo.----------

---------- De igual modo, calificó de correcto el razonamiento de los sentenciantes en cuando al escogimiento de la figura penal, entendiendo que el Defensor no se agravia de ello, sino del tipo penal en sí, mencionando que hizo una larga disquisición acerca de la imprecisión de la norma en cuestión, de la vaguedad de la redacción, todas expresiones dogmáticas que nada tienen que ver con el asunto y la decisión del Tribunal A Quo.----------

------ Refutó la postura defensista, argumentando que yerra el Dr. BRONDES al cuestionar a ese Ministerio, en lo que hace al agravante de la convivencia, lo que surge del audio del debate, quedando más que claro que la niña vivía en la misma casa que el imputado y que llamaba al imputado como "tío H.". Señaló que los Jueces dieron acabados fundamentos acerca de que ha quedado demostrado que L. es el tío de la niña y que no puede

eximirse de la aplicación de dicha agravante.----------

---------- Reprodujo la sentencia en lo sustancial respecto del tópico. Agregó que induce a error la Defensa cuando manifiesta lo dicho por la Sra. I. acerca de que ese día se encontraban en la casa de la mamá, ya que también señaló que era el lugar donde todos convivían, lo que el Defensor omite mencionar.---------- En lo que respecta a la pena sostuvo que la invidualización de la misma ha sido realizada por los sentenciantes a la luz de los arts. 40 y 41 del C.P., dando acabadas razones de la mensura, Citó doctrina en lo que refiere a los vínculos personales entre el autor y la víctima, la que redunda en la sanción aplicable, habiendo además tenido en cuenta el A Quo los motivos que lo llevaron a delinquir, no existiendo razón válida que pueda justificar tal actitud, la intención de satisfacer el deseo sexual ultrajando a una niña de tres años, lo que resulta aberrante per se. Dijo coincidir en lo relativo a los atenuantes, esto es, la corta edad del imputado que tiene influencia en su maduración y su escaso nivel de educación, así como la falta de antecedentes penales

y el grado de vulnerabilidad en la que se encontraba al momento del hecho.----------

---------- Trajo a colación doctrina especializada y puso de resalto el trabajo intelectual de los judicantes al sopesar los agravantes y atenuantes, por lo que concluyó diciendo que no corresponde retrotraer la pena al mínimo legal.---------- Efectuada la audiencia dispuesta por el art. 385 del rito procesal, las partes sostuvieron sus respectivos libelos y reforzaron los fundamentos vertidos por escrito.----------

---------- El representante promiscuo de la menor, en cabeza del Dr. Damián SÁENZ ilustró al Tribunal acerca de las actuaciones civiles que acontecieron

después del hecho.----------

---------- La base fáctica fue la siguiente *"El día 28 de Octubre de 2013 entre las 17,00 y las 18,00 horas aproximadamente en circunstancia de encontrarse la niña X. T. V. en su domicilio sito en la calle L. Nº XXX del B. G., en forma violenta abusó sexualmente de la niña sometiéndola mediante acceso carnal vía anal. A resultas de ello, a la revisación médica la menor presentaba área erimatosa de 7 x 4 cm. en región sub-escapular derecha del dorso, lesión semejante a la anterior de 2 cm. de diámetro en línea media del raquis, en el vértice de la curva dorsal y claros signos de abuso con penetración*

anal."----------

---------- Paso sin más a emitir mi voto. Comenzaré por esbozar los argumentos que hacen al primer agravio, esto es, la sorpresa a la que alude el Señor Defensor ante el cambio de la calificación legal respecto del hecho por el que fuera acusado en juicio su pupilo L., cuestión por la que solicitara la

nulidad de la pieza en crisis.---------- Sabido es que toda irregularidad en el proceso debe ser nulificada en tanto que el acto tenga capacidad para conculcar un derecho constitucional.---------- Analizada la situación traída a esta instancia advierto que el planteo no logra *per se* lograr aquel cometido. Cabe destacar que el hecho por el que el imputado fue intimado y en el que radicó el alegato final de la Acusadora, es precisamente el mismo que fuera considerado por el Tribunal de Juicio en la sentencia; mas claro está, que ante la falta de certeza acerca de que las lesiones producidas en el ano de la niña hayan sido provocadas por el pene del imputado ameritaron el cambio del tipo penal.---------- De modo que ante tal situación no puede desconocer el impugnante que surge con claridad que el hecho endilgado es precisamente el que sirve de base a la condena impuesta a su pupilo, siendo que sólo se modifica el elemento productor, el que a decir del galeno interviniente, quien efectuara la pericia en los genitales de la niña, se trata de un objeto romo, regular y redondeado, no pudiendo descartar que haya sido con el pene, existiendo también otras posibilidades, como la introducción de algún elemento de características similares, dedos, etc. Escuchados los audios en lo pertinente no observo desvío alguno en el derrotero seguido por los sentenciantes.---------- En es línea de pensamiento ha dicho nuestro Máximo Tribunal Provincial: *“La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez contra Guatemala” resulta una herramienta útil para comprender la significación del instituto en lo que a nuestra materia concierne y marca un sendero que, por imperativo de nuestra filiación constitucional y los tratados a los que el Estado ha adherido debe observarse. Al respecto, se definió que: “.....Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte*

debe considerar el papel de la "acusación" en el debido proceso penal vis-à-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamada "principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia" implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación. Por constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observan en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) de la Convención....""Del voto del Señor Ministro Dr. Jorge Pfleger en autos "Solsona Stoianoff, Patricia Margot s/ Abuso sexual" Expte. 21.309-72-2008.---------- Estimo que en el caso de marras, no se ha violado principio alguno y que el Tribunal ante la situación que se le presentara, tal como ya explicara, consideró que era menester escoger conforme al principio *"iura novit curia"* una calificación menos gravosa para el imputado, garantizando con ello sus derechos.---

---------- El representante de la Defensa Pública ha efectuado un pormenorizado estudio del tipo penal escogido esforzándose por lograr la absolución de su defendido o en su caso disminuir su condena; sin embargo no ha conseguido conmover la tesitura que al respecto mantiene este Alto Cuerpo.----------

- Y en este punto tomaré postura adoptada por el destacado colega Dr. Daniel Luís M. Pintos en autos "Nahuelmir, Orlando s/ Abuso sexual" Carpeta Nº 2913 OFIJUCR con cita de Langevin *"constituye una excepción al régimen general de la correlación entre la acusación y la condena, por entenderse que no se vulnera el principio acusatorio cuando el juzgador condene por un delito distinto del que ha sido objeto de la acusación, siempre que aquel sea homogéneo. El autor citado, profundiza el punto explicando que los supuesto de homogeneidad y heterogeneidad han sido establecidos, por la jurisprudencia, en forma casuista; pudiendo afirmarse en modo general, que se permiten los cambios de calificación en los siguientes casos: a) Si la condena impuesta lo es por un delito de igual o menor gravedad que los acusados, b) Cuando existe identidad del hecho probado punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituye el supuesto fáctico de la calificación de la sentencia, c) Todos los elementos fácticos del segundo tipo aplicado por el juzgador deberán estar contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación; y d)*

El delito objeto de la acusación y el delito objeto de la sentencia son de la misma naturaleza, o bien homogéneos, por tratarse de tipos penales cuyo supuesto fáctico es sustancialmente el mismo."----------

---------- Insisto. El relato del evento acontecido la tarde del 28 de Octubre del pasado año fue el dado a conocer por la Fiscalía en el transcurso del proceso y aquel por el que se articuló la estrategia defensista del imputado, por lo que en el caso existe congruencia entre la acusación y la sentencia. Esta intimación de los hechos

clara, concreta, precisa y circunstanciada ha dejado sin argumentaciones válidas a la aguerrida postura defensista. Por ello, entiendo que este agravio no ha de prosperar.-

---

---------- Ya posicionados en la calificación legal escogida, por el A Quo, de abuso sexual gravemente ultrajante, se puede determinar que el hecho obedece a las circunstancias de su realización, esto es, tal como surge de la sentencia tratándose de un hecho único, se excluye sin más la calificación por el elemento temporal. Al respecto diré también que tales cuestiones deben ser evaluadas en el contexto de la sana crítica racional y teniendo en consideración las propias circunstancias del caso, en relación a la postura adoptada por el imputado y la víctima ante un acontecimiento de esta naturaleza. De ese modo ha sido considerado por el Tribunal A Quo y así surge del voto del Dr. PÉREZ que reproduciré: *"No existen acreditadas en la causa ninguna prueba biológica que pueda determinar que efectivamente el imputado haya accedido carnalmente a la menor por vía anal a través de su pene, pues no pudo recogerse ni certificarse la existencia de semen del imputado en la víctima, ni ninguna otra prueba directa que de manera científica pueda determinar la introducción del pene de L. en el ano de la menor. Así, entonces existen dudas de que el elemento productor haya sido el pene del imputado, y existe también la posibilidad de que pueden haber sido ingresados al ano de la menor cualquier otro tipo de elementos, los que haría ingresar esta situación dentro del ámbito del abuso sexual gravemente ultrajante."*.---------- En esa misma línea *"la conducta de introducir los dedos en el ano de una menor resulta típicamente abusiva en virtud de la edad de la menor, la fuerza eventualmente empleada y el hecho de que supone una intromisión prematura e indebida en un ámbito de pudor constitucionalmente protegido"* Trib. Cas. Pen. De Buenos Aires, sala III, 30-6-

2011, “T., J. S/ Recurso de casación”, LP 33861, RSD825-11 S (JUBA). De Donna, Edgardo Alberto. “El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia” 2ª edición ampliada y actualizada. Tomo III. 2ª ed. – Santa Fe – Rubinzal Culzoni, 2012.----------

---------- Es claro entonces que la figura opera residualmente al no haberse probado el acceso carnal y lo ha sido en función de las circunstancias de su realización, toda vez que tratándose de un solo hecho no corresponde el otro tópico que introduce el tipo penal señalado. De modo que, este agravio también debe ser rechazado. No comparto el cuestionamiento constitucional de la figura, la que a mi criterio, no obedece observación dentro de los parámetros de la hermenéutica del juzgador.----------

---------- En lo que respecta al aprovechamiento por la situación de convivencia preexistente tengo dicho en autos “Sepúlveda” Carpeta Nº 1181 OFIJUPM que *“se dan los elementos subjetivos del tipo penal, este es el dolo típico ya que según se tiene dicho basta con que el individuo actúe voluntariamente consumando el resultado que sustenta la acción.”*----------

Aquí surge que el imputado pretendió satisfacer su deseo sexual y no necesitó para ello salir del predio de su vivienda, simplemente echó mano para ello de su pequeña sobrina con la que convivía, sustrato fáctico éste que no puede ser soslayado, toda vez que si bien de los testimonios vertidos se ha comprobado que no convivían desde mucho tiempo atrás, el lapso transcurrido desde que la progenitora se instalara en la vivienda familiar junto a su hija y a su pareja, no obstan a la exclusión de la agravante, porque tal como dijera, en esa cuestión la niña fue presa adecuada para materializar de modo inmediato la lascivia del imputado.----------

---------- No le asiste razón al postulante cuando dice que la madre de la víctima

se refirió a quienes se encontraban en el lugar en ese momento, y no a quienes convivían en la vivienda. Ello no es así. Surge del voto del Juez PÉREZ *"Era un grupo familiar compuesto por la familia y que en los últimos días (un mes aproximadamente) se agregó M., su pareja y la nena, que se agregaron a convivir todos bajo el mismo techo. Entonces en el caso se acreditado la agravante establecida desde que todos convivían en dicho sitio..."*----------

---------- En ese entendimiento, es que considero que esta postulación no tendrá éxito.----------

---------- En referencia al tratamiento dado a la sanción penal, adelanto que no comparto la tesis acerca de que se ha incurrido en una doble valoración. En esa consideración es que no hallo contradicción en la sentencia en oportunidad que los Jueces valoran de distinta manera circunstancias atenuantes y agravantes. Sabido es que conforme la corriente doctrinaria que se adopte, para parte de la doctrina y jurisprudencia, un mismo hecho puede constituir una circunstancia agravante y para otro atenuante ----------

---------- Encuentro acertadas las agravantes escogidas en la penalidad del incuso, teniendo por considerada de mayor gravedad el hecho de las características deleznables de su conducta para con su sobrinita pequeña de tres años de edad, teniendo en cuenta que el injusto adquiere mayor gravedad cuando menor es la víctima y mayor el margen de vulnerabilidad que posee ante su agresor.----------

---------- Han sido también sopesadas las desgraciadas circunstancias particulares que ha debido transitar a lo largo de su vida el imputado y la falta de antecedentes penales que han atenuado la pena aplicada.----------

---------- Ha dicho la Sala Penal en "Prov. del Chubut c/ A., R; A., F....s/

Impugnación" Expte. Nº 21.597, Fº 122, Año 2009 Pfleger, Panizzi y Pasutti que *"Lo esencial en la determinación de la pena, dentro de las pautas que prevé el artículo 41 del CP, es que los jueces de mérito den razones particulares atinentes al caso y no brinden argumentos genéricos que impliquen una apariencia de fundamentación."*----------

---------- Como bien han ponderado los Jueces, también ha de estarse a que teniendo la figura escogida un mínimo de ocho años, los agravantes reseñados por los Magistrados ameritan la aplicación de la sanción adoptada.----------

---------- Tengo para mi lo ya sostenido en otras oportunidades, acerca de que todas las posiciones de los Jueces son respetables siempre y cuando cumplan con la manda del art. 25 del CPP, lo que los Jueces del juicio han cumplido sobradamente en la presente pieza jurídica.----------

---------- Así los mismos han dejado sentado que han ingresado a la pena por el mínimo de la escala establecida por el legislador, y teniendo en cuenta que la motivación de la decisión que impone una pena debe permitir conocer de manera correcta cuáles son las razones por las que el Tribunal ha escogido la sanción que aplica, lo que en el caso que nos ocupa, tal como dijera *supra*, la exigencia se encuentra correctamente plasmada en la sentencia, por lo cual, propongo la confirmación de la pena tal como fuera dispuesta por el Tribunal de Juicio.----------

---------- En síntesis de lo argumentado propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: No hacer lugar a la nulidad planteada en primer término, rechazar la impugnación deducida por la defensa del condenado L. y en consecuencia confirmar la sentencia condenatoria que lleva el Nº 2112/14 en su totalidad. Así lo voto.----------

---------- Asimismo estimo justo fijar los honorarios del Sr. Defensor por la labor desarrollada en esta instancia, en Quince Jus con cargo al imputado. (Ley V Nº 90, antes Nº 4920).----------

- ---------- **El Juez Rafael LUCCHELLI dijo**:----------

---------- Habiéndose señalado detalladamente los antecedentes que motivan el recurso por la colega que me precede en el voto, comenzaré a tratar en particular los agravios que dieran motivo a la impugnación deducida por el Defensor Público Penal, Dr. Lucio BRONDES.----------

---------- El Defensor en primer término se agravia, ya que a su entender, se habría violado el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia. En ese sentido señala que la Titular de la acción pública habría calificado el hecho como constitutivo del delito de Abuso sexual con acceso carnal calificado y el Tribunal decidió condenar al imputado en orden al delito de Abuso sexual gravemente ultrajante calificado.----------

---------- Fundamenta su agravio en que la Fiscal no habría realizado una acusación alternativa (art. 291, tercer párrafo del C.P.P.), ni se habría realizado lo que la doctrina llama formula de advertencia (art. 322 del C.P.P.), lo que hubiera posibilitado una adecuada defensa ante la nueva calificación jurídica.----------

---------- El doctrinario Maier explica con meridiana claridad las pautas que se deben seguir para determinar la afectación del principio de congruencia. En ese sentido señala que: *"...La reglamentación rigurosa del derecho a ser oído,.....no tendría sentido si no se previera, también, que la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído; ello implica vedar que el*

fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso que garantiza el derecho de audiencia (ne est iudex ultra petita). La regla se expresa como el principio de correlación entre la acusación y la sentencia; su categoría constitucional ha sido reconocida por la Corte Suprema Nacional

(Fallos SSJN, t 242, p. 227; t. 246. p. 357; t. 302, p. 328; t. 30. p. 482; t. 298 p. 104; t 209, p. 308; t 302, p 791; t. 284, p- 54). La regla fija el alcance del fallo penal, su ámbito máximo de decisión, que se corresponde con el hecho descripto en la acusación – eventualmente; el auto de apertura del juicio o procedimiento principal – con todas sus circunstancias y elementos, tanto materiales como normativos, físicos y psíquicos...La base de la interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. ***Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende****, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado.* ***Y esta pauta hermenéutica decide en los casos concretos****.(* Julio B. J. Maier. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Editores Del Puerto S.R.L. Bs. As. – 1999 – 2ª edición, pág. 568, el resaltado me pertenece).----------

---------- Tomando la pauta interpretativa que señala el citado autor, se debe descartar de plano el agravio planteado, ya que ha sido la Defensa – a través de las preguntas que formulara al Médico Forense – la que sembrara dudas sobre el elemento productor de las lesiones anales que sufriera la víctima. Dicho de otro modo, nunca la Defensa puede sentirse sorprendida por el cambio de calificación que ella misma ha propiciado.----------

---------- En ese sentido, el Juez Orlando señala que : *"...Tal como lo indicara este Tribunal, al momento de dictar veredicto de responsabilidad penal, entiendo que asiste razón a la defensa técnica*

del imputado L., en cuanto a la existencia de "dudas" respecto del elemento provocador del acceso carnal, específicamente que hubiere sido el pene del imputado, por lo que, tomando como referencia sobre la posibilidad de que hubiere sido "otro el elemento provocador del acceso mencionado, como lo ha señalado el médico forense en su declaración, no puede acreditarse la existencia del elemento normativo, por el cual el Ministerio Público Fiscal acusara al imputado..."---------- Fuera de la circunstancia del elemento productor que, *favor rei* mediante, se ha entendido que no fue el pene del condenado, todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar de la acusación guardan correlación con la sentencia condenatoria.---------- Con relación a la calificación de Abuso sexual gravemente ultrajante, por la cual se lo condenara a L., la doctrina es clara al definir que clase de conductas quedan subsumidas en la misma. Así se ha dicho que: *"Por nuestra parte entendemos que lo "gravemente ultrajante", son los actos sexuales que objetivamente tienen una desproporción con el propio tipo básico, y que producen en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí. Con lo cual no se puede tomar en cuenta la sensibilidad extrema de la víctima, sino el carácter objetivo del acto. Por ende tampoco depende la agravante de una víctima poco sensible, como en el caso de una prostituta acostumbrada a ser sometida, ya que el hecho es objetivo, por lo que en este caso a la mujer o el hombre que sufre el abuso, tendrá la misma protección por la ley. Esto debe ser abarcado por el dolo, por lo que el sujeto debe querer abusar de una manera más gravosa para la víctima.....Gavier entiende que quedarían comprendidos en este concepto actos objetivamente impúdicos, tales como el empalamiento, la introducción de dedos, lengua y otros objetos o elementos*

ortopédicos, un implante no consentido, etcétera, toda vez que es indudable que hechos de tamaña gravedad no podían estar reprimidos con la misma pena que un furtivo tocamiento de nalgas o senos, en un colectivo repleto de pasajeros. Asimismo se subsumen en la figura el cunnilingus, la utilización de otros instrumentos que no sean el órganos sexual masculino, el sometimiento violento y prolongado que no culmine en penetración, etcétera. Edgardo Alberto Donna. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Segunda edición actualizada. Editores Rubinzal – Culzoni. 2003.---------- La Defensa también se agravia porque los sufragantes no han precisado si la subsunción legal que finalmente se le diera, a la conducta de L. fue debido a la duración del abuso o a las circunstancias de su realización, indicando que esta falencia violó el derecho de defensa de su asistido.---------- Entiendo que la esforzada Defensa, ha introducido una cuestión que, si bien en forma abstracta podría tener andamiaje para invocar el agravio aludido, cuando lo confrontamos con el hecho por el cual se lo condena al imputado, se puede apreciar con meridiana claridad que no ha existido afectación alguna del derecho de defensa ni ha impedido realizar ningún tipo de defensa que pudiera haber mejorado la situación procesal de L.. Fundamento.---------- Los Magistrados han llegado a la certeza que el condenado penetró en forma anal, a una niña de tres años de edad, produciéndole dos amplios desgarros longitudinales de 3 y 2 cm entre pilares a la hora 11 y 12 y dos desgarros en pilares a hora 5 y 6 respectivamente del cuadrante horario. Desgarros radiadores en el esfínter externo con hebra de fibrina secundarios a sangrado, por la introducción de un elemento romo, regular y redondeado. Teniendo en cuenta el cuadro de lesiones que presentó la niña al momento del examen, resulta claro que el Abuso sexual es gravemente ultrajante por la circunstancias de su realización, por lo que no tendrá acogida favorable el presente

agravio. Así lo voto.---------- El impugnante cuestionó la existencia del aprovechamiento de la menor por la convivencia preexistente con la que se agravara a la conducta del

imputado.----------

---------- En relación al agravante por el aprovechamiento del sujeto activo originado en la situación de convivencia, he dicho en autos **"**I., M. Ester s/ denuncia abuso sexual s/ Impugnación" Expte. Nº 14/2010 CPPM, Carpeta Nº 1794 OFIIJUPM *"En relación a la crítica de la Defensa respecto del agravante impuesto – aprovechando la situación de por la convivencia preexistente con el mismo art. 119 inc. f) – ha de ser rechazado pues conforme se ha podido escuchar en las declaraciones de M. I., P. H. y la propia niña víctima, existía respecto del imputado una relación estrecha y familiar que posibilitaba que este se manejara con total libertad. Es por ello que concuerdo con la solución dada al caso por los Jueces de grado, pues sus conclusiones son lógicas y concordantes con la prueba que se ha producido en el debate. Asimismo respecto de la cuestión he de tener en cuenta lo resuelto por este Tribunal en la causa: "Sepúlveda, Belmar Hipólito p.s.a. abuso sexual agravado" Carpeta N° 1181/07OFIJU actuando como Cámara Criminal, sentencia que fuera confirmada, en la cuestión, por el Tribunal de Impugnación en fecha 27/02/10, en la que también, como en este hecho, el imputado se aprovechaba de la convivencia en el seno familiar al encontrarse a solas con la víctima dada la proximidad y la relación de confianza con la misma."*.----------

---------- El impugnante señala que, de acuerdo a los dichos de la madre de la menor y de V. C., no hacían más de veinte días que I., Q. y la niña estaban en esta ciudad.----------

---------- La circunstancia antes apuntada, en nada debilita la

agravante impuesta, ya que existía la convivencia que la ley de fondo exige para agravar la figura escogida, hecho éste que sin duda fue determinante para la consumación del ilícito, en atención a la corta edad de la niña.----------

---------- Por último, el impugnante se agravia de la determinación de la pena impuesta. Señala en primer término que se habría caído en una doble valoración al ponderar la edad de la víctima, ya que esta circunstancia está contemplada en el tipo objetivo sistemático del tipo básico del art. 119, primer párrafo del Código Penal, donde se indica el abuso de una persona menor de trece años, que es tomado para la calificación escogida por el A Quo.----------

---------- Juzgo que no se ha incurrido en una doble valoración. Resulta atinado ponderar la edad de la víctima, ya que cuanto menor sea, menor posibilidad tendrá de resistir el embate de su agresor, marcando de ese modo el grado de vulnerabilidad de la misma y de esa forma, ajustar de una manera más adecuada la magnitud del injusto.----------

---------- Tampoco considero desacertado ponderar como agravante el grado el vínculo de parentesco de tío y sobrina de L. y la niña. Ello así, toda vez que este vínculo permitió un mayor grado de confianza entre la víctima, la madre de la niña y el victimario (hermano de ésta), lo que sin duda facilitó el accionar del mismo.----------

Por lo demás debo decir que se ha realizado una correcta ponderación de los agravantes y atenuantes conforme las pautas establecidas en los artículos 40 y 41 del C.P. En ese sentido se ha ponderado como atenuante la corta edad del condenado, su escaso nivel educativo, así como la falta de antecedentes penales y el grado de vulnerabilidad en la que se encontraba al momento del hecho, habiéndose apartado los Magistrados en un año, del mínimo legal que la escala penal

establece.----------

---------- Así las cosas, juzgo acertado confirmar en todas sus partes la sentencia impugnada. Así lo voto.----------

----- Corresponde, por último, adherir a la regulación de honorarios dispuesta por la Magistrada que me precede en el voto.---------- **El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo**:---------- Ha llegado a esta instancia de análisis la sentencia fechada el 25 de agosto de 2014 y registrada bajo el Nº 2112/2014OFIJU en virtud de la impugnación ordinaria deducida por el Sr. Defensor Público Penal Dr. Lucio Hernán BRONDES, a favor de su pupilo H. R. L.. ---------- Los antecedentes del caso, como los agravios de la Defensa y su responde por parte de la Fiscalía han sido expuestos en detalle al principio de la sentencia, por lo que en honor a la brevedad a los mismos me remito, expresando los fundamentos de mi sufragio conforme la manda procesal y constitucional de los arts. 25 del CPP y 169 de la C. Ch. ----------

---------- El Sr. Defensor en su libelo de impugnación glosado a fs. 106/124 se agravió por entender que en la sentencia se violentaron: el principio de congruencia, se ha afectado el derecho de defensa, se ha lesionado el principio acusatorio y se ha afectado el principio de imparcialidad (arts. 8.1, 8.2 b) y c) CADH; 14.1 y 2 PIDC y P; 4 inc. 2 Reglas de Mallorca; 18 C.N.; 44 y 45 C. Ch; 3, 6 y 332 CPP.----------

---------- La queja principal del Dr. BRONDES radicó en que se condenó a su pupilo por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la convivencia en carácter de autor (arts. 119, 2do. párrafo, cuatro párrafo inc. f) y 45 del CP), cuando la Fiscalía lo había acusado por abuso sexual con acceso carnal agravado por la convivencia (119 3er. párrafo, inc f) en función del 4to. párrafo del

CP), violándose de esta manera el principio de congruencia.----------

---------- Sobre este asunto, he expresado en sentencia de reciente data -18 de Noviembre de 2014-, en autos caratulados: "Almirall, Jorge O. p.s.a. Estafa s/ Impugnación" Expte. Nº 09/2014 CPPM, Carpeta Nº 2973 OFIJUPM, citando lo dicho por el Superior Tribunal de Justicia local en causa Liempi: *"que debe existir – siempre – una relación proporcionada entre la plataforma fáctica presentada por el Ministerio Fiscal y la sentencia definitiva; que ese umbral, ese punto de partida, implica que el fallo ha de expedirse sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación que han sido debidamente intimadas y sobre las que – básicamente – tuvo ocasión de ser oído el atribuido. Ello implica vedar que aquél se extienda a hechos no contenidos en el proceso que garantiza el derecho a audiencia, sintetizado en la regla de correlación entre acusación y la sentencia (claramente, al respecto, Julio B. Maier en su "Derecho Procesal Penal" T.I. pág. 568; ... "La Corte Suprema Nacional, en sus sentencias, parece requerir, como condición para casar el fallo, no solo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en el, sino también las defensa concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esa circunstancia.." ; ...no se trata – el así pensar – de un mero capricho intelectual o de una veleidad dogmática, sino de asegurar al imputado el ejercicio real y efectivo del derecho a defenderse materialmente durante el proceso (art. 18 CN, 8 de la CADH y 14 del PIDCyP, art. 75 inc. 22 de la CN y art 44 de la CPCh) que envuelve la circunstancia de no ser sorprendido por lo que no espera: que el juez se pronuncie acerca de un hecho sobre el que no ha podido confrontar o controvertir, ni aún ofrecer prueba."* Autos "Boutinet" sentencia 19/2014 STJ.---------- ---------- En el caso en tratamiento no puede decirse que haya existido sorpresa alguna para la Defensa respecto del cambio de calificación, pues fue esa misma parte quien basó

sus esfuerzos en el contradictorio, y lo apuntaló en los alegatos, sobre la existencia de duda, conforme la prueba producida – informe médico forense – que otro elemento y no un pene haya sido el que produjo las lesiones constatadas en el ano de la menor.---------- Esta falta de certeza en el mecanismo productor fue lo que llevó al

Tribunal a cambiar la calificación legal que había sido enrostrada en la acusación. Es decir, esta circunstancia meramente normativa fue la que ha variado en forma favorable respecto a los intereses del imputado, atendiendo claro está lo discutido en la audiencia de debate y en los mismos alegatos. Fue así, que en ese sentido el Juez Marcelo ORLANDO textualmente expresó: *"Justamente, las conclusiones arribadas por el informe médico forense, corroborado por este en el marco de la deposición del debate, por cuanto señala; "configuran claros signos de abuso con penetración anal, reciente, menos de 6 horas antes del examen, realizados por elemento romo, regular, redondeado", siendo por ello, que en esta cuestión, asiste razón a la defensa, en cuanto al valorar el testimonio del médico forense, señaló que una de las hipótesis es que la penetración pudo haber sido con el pene, sin poder descartarse por completo otras posibilidades como ser manos, dedos u otros elementos que pudieren asemejarse; ello atenta con la constatación de certeza exigida en esta instancia, encontrándose vedado a los suscriptos cualquier interpretación supuesta de que el elemento productor efectivamente hubiere sido el pene cuando hay otras alternativas." "En tal sentido, y conforme lo sostenido al tratar la materialidad y autoría, existe plena certeza que la niña fue sexualmente abusada por el imputado, quien le provocó desgarros en la zona anal, sin poder determinarse el elemento productor, por lo que la conducta desplegada por este, se encuentra incursa dentro del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, previsto*

y reprimido por el artículo 119, 2º párrafo C.P. Así, reiterada doctrina y jurisprudencia, han sostenido la tipicidad de este delito, en aquellos supuestos en que existiere actos de empalamiento, introducción de dedos, lengua, y objeto….."----------

---------- En efecto, de lo antes dicho se extrae que la plataforma fáctica se mantuvo indemne pues el objeto del proceso, esto es el hecho fundante, surge de la propia audiencia de debate como de los alegatos de las partes. Esto es, que no ha quedado duda que la lesión en el ano de la menor fue producto de la introducción de un objeto indeterminado mediante la acción del imputado, cuestión que ha sido discutida en el curso del debate. ----------

---------- A mayor abundamiento corresponde la siguiente cita volcada en causa: "Montoya, Roberto Moises p.s.a. Abuso Sexual" Carpeta Nº 00098/06

OFIJU PM, sentencia de fecha 30/11/2007, al decir: *"En el caso que me ocupa la calificación del hecho que damnificara a J. A. M. es constitutiva de Abuso Sexual gravemente ultrajante agravado por su carácter de ascendiente de la víctima (Arts. 119 párrafos 1ro y 2do con relación al 4to inc. "b" del C. Penal). Elijo esta calificación y no la escogida por el Fiscal, pues es bien cierto que no se puede afirmar que el elemento utilizado para la penetración hubiera sido el pene del imputado y sí se puede afirmar que pudo ser cualquier objeto animado o inanimado. Atento ello, entiendo con la mayoría de la doctrina que se configura la característica de sometimiento gravemente ultrajante que exige la figura. En cuanto al elemento "sometimiento" el mismo no ofrece mayores complicaciones en su significado ya que se identifica con la idea de dominio en el que el autor pone a la víctima bajo su entero control como objeto de placer. En el caso de un niño de sólo cinco meses tal dominio absoluto es de toda evidencia. En cuanto a la categoría de "gravemente ultrajante", tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional y extranjera incluyen*

dentro de la misma a actos como el empalamiento, la penetración digital vía anal o vaginal y la introducción de objetos por esas vías.

Asimismo y siguiendo a Gustavo Aboso (Suplemento de Jurisprudencia Penal, La Ley del 24 de Marzo de 2003), "En el caso de los menores de edad, el fundamento de aplicar la agravante comentada a estos supuestos de penetración digital por vía anal (o vaginal, según el caso) puede hallarse en la grave afectación que representa este tipo de agresión contra natura para su indemnidad sexual y que lesiona su normal y sosegado desarrollo sexual que se proyectan indefectiblemente en la dignidad del menor de edad cuya mayor tutela penal se justifica por la natural situación de vulnerabilidad en la que se encuentra". Dicha sentencia fue confirmada por el Superior Tribunal de Justicia en fecha 23 de septiembre de 2009.----------

---------- En definitiva, y tal como lo han subrayado con precisión los colegas preopinantes advierto que no ha existido sustitución alguna del objeto procesal, en tanto el Tribunal, luego de un exhaustivo análisis de la prueba producida en el debate ha dado un encuadre jurídico distinto al hecho traído por la acusación, el cual se mantuvo incólume en el debate, la deliberación y la sentencia, pues sólo operó en la condena una calificación jurídica distinta y menos gravosa, ello conforme lo estipula el art. 332 del CPP, por lo que el agravio será desechado. Así voto.----------

---------- El segundo agravio versa sobre la falta de motivación suficiente en la sentencia respecto de la construcción de la autoría en orden al delito de abuso sexual gravemente ultrajante.---------- En relación a la autoría, de un repaso de los testimonios de V. Cristina C. y S. Emiliano E., se advierte claramente que la menor habría ingresado en el pasillo habitación

donde dormía el imputado, momento después la escuchan gritar y la ven allí encontrándose únicamente en ese preciso lugar H. L.. Esta circunstancia luego es corroborada por la madre de la niña y C. D. Q..---------- De ello dan cabal muestra los sufragios de los Jueces quienes han descripto lo narrado por cada uno de los testigos analizando sus dichos integralmente y conforme la sana crítica racional. ---------- El Dr. Daniel Camilo PEREZ expresó: "*Así entonces puede desprenderse de los testigos precedentemente descriptos, que la nena se encontraba al momento de gritar y llorar en la parte de la habitación y/ pasillo donde se encontraba H., ya que en la cocina estaba S. con V. y su suegra y en el galpón M., C. y M.. No había más personas en la casa y que la nena profiere gritos de dolor tocándose la cola y saliendo del sector donde estaba H.. A ello le debemos agregar que momentos antes S. sorprende a H. junto a la nena y que cuando lo ve la empuja a la nena. A ello le agregamos que las lesiones certificadas por el médico forense son de reciente data, es decir que ocurrieron en el preciso instante en que H. estaba en su habitación, ya que todo duró apenas unos minutos después que arribó a la casa y que ocurrieron luego que arribara H. al domicilio. Todo esto en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar y especialmente que el imputado está presente en el lugar y en compañía de la nena. .. También se analiza las manifestaciones de la menor ante C. Q. diciéndole que el tío "la había apoyado" y con movimientos pélvicos de lo que había hecho el tío…. Se analiza también los propios dichos del imputado quien habría referido a preguntas de S. de que la nena se había golpeado con un fierro y se puede colegir que las lesiones de la nena no son compatibles con un fierro. También se analiza el testimonio de las licenciadas O. y S. quienes si bien concluyen que en su opinión no encontraron indicios de abuso sexual, si afirman que la nena se refería a H. como "H. malo" y que además hacia expresiones de agarrarse la*

boca con las manos, lo que indicaría obviamente y en cierta forma alguna vivencia ocurrida en la menor que intentó referir a las expertas. Además refiere que la menor refiere que su tío H. le pegó en la cola…" ---------- Mientras tanto el Juez Gustavo C. dijo: *"Es así que al momento en que la niña comienza a llorar É. M. I. se hallaba junto a su pareja C. Q. y los tres hijos de la primera en el galpón del inmueble clasificando ropa, mientras V. C., S. E., M. A. C. y M. A. Cortes, se encontraban en la cocina jugando a las cartas y H. L., quien había arribado al domicilio alrededor de las 17 horas de ese día, se encontraba en el pasillo donde el mismo tiene su habitación y desde donde X. vino llorando... El indicio de presencia física. Ha quedado acreditado que H. L. se encontraba solo en el pasillo de donde viene X. llorando. Así expresamente lo dicen V. C. y S. E.. La primera afirmó que la niña sale llorando del pasillo donde H. tiene su habitación, mientras tanto S. E. manifiesta que observa como H. en un primer momento empuja a la niña en la cama de su padre, se retira a la cocina y escucha los gritos de la niña que provenían de la habitación de H. , S. se dirige a la habitación y H. le dice que se había golpeado, agregando que le creyó porque era la única persona que estaba con la niña en ese momento.* ---------- Tal cual se puede observar de las citas realizadas encuentro los fundamentos dados por los Magistrados correctos y suficientes, determinándose por ello sin lugar a duda la autoría del ilícito accionar del imputado L..---------- Respecto a la agravante establecida en el párrafo 2º del artículo 119 del CP, particularmente establecer si el abuso calificado lo fue por su duración o por las circunstancias de su realización, tampoco tendrá acogida favorable la

petición de la Defensa. ---------- En efecto, principiaré el desarrollo del punto señalando que en el presente

caso la intensidad vejatoria ha sido muy grave, pues se trata de la introducción de un elemento en el ano de una niña, *"cuestión que sin dudas objetivamente tiene una desproporción clara con el tipo básico y que produce en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí. De sentencia del STJ del Chubut en causa "R.E.A. s/ denuncia abuso sexual" (11-10-2011).*----------

----------En ese sentido el Juez Daniel Camilo PÉREZ, destacó, luego de citas jurisprudenciales y doctrinarias, cuáles serían las conductas desarrolladas que configuraran la agravante llevándola al caso particular, al decir: *"Entiendo que se ha acreditado ese sometimiento que requiere la figura, en el caso una menor de tres años de edad, quien quedó a su dominio en la habitación y que se fundamenta la agravante por "la grave afección que significa para la menor haber sido accedida contra natura para su indemnidad sexual y que lesiona su normal y sosegado desarrollo sexual que se proyectan indefectiblemente en la dignidad de la menor de edad cuta mayor tutela penal se justifica por la natural situación de vulnerabilidad en la que se encuentra" Gustavo Aboso "Suplemento de Jurisprudencia Penal, La ley 24 de Marzo de 2003." "Hay un sometimiento o menoscabo a la dignidad a través de la conducta enrostrada, una acción humillante y de algo contenido vejatorio para quien se encontraba absolutamente*

impedida de resistir".----------

---------- Tal cual se vislumbra del voto del Juez, de las dos posibilidades que plantea la disposición legal introducida por la Ley 25087 cuando agrava el abuso simple, es decir, "…cuanto el abuso por su duración o circunstancias de realización, hubiere configurado un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima" que el mismo ha encuadrado la conducta de L. en esta

última.----------

---------- No se trató, pues así fue acreditado por la prueba producida en el debate, de un caso cuya modalidad haya sido continuada o reiterada sino que sólo fue un hecho y como tal se descarta de plano la primera situación. Esto es así pues se han tenido en cuenta las circunstancias de realización de este único suceso del cual resultara víctima una niña de tres años, accedida con algún elemento vía anal por el imputado. ----------

---------- Sobre ello explica Edgardo Alberto Donna en Delitos contra la integridad sexual, Rubinzal –Culzoni Editores. pág. 44 al tratar específicamente las circunstancias de realización: "*Esta variante prevé la realización de un acto único que resulte altamente dañoso para el sujeto pasivo, ya sea por su carácter degradante de la conducta o por el peligro que ella trae aparejada para la víctima. Gavier los define como actos que, en sí mismo, son intrínsecamente escandalosos, humillantes, peligrosos, y de un alto contenido vejatorio para la víctima".*----------

---------- En suma, entiendo que no resulta inmotivada la sentencia en este acápite tal cual lo plantea la Defensa, por lo que he de desechar este punto de agravio. Así voto.----------

---------- En relación a la calificante prevista en el inciso "f" del cuarto párrafo del artículo 119 del CP, he de compartir los argumentos traídos por el Sr. Defensor. Subrayo en tal sentido que no se debe confundir el aprovechamiento que se materializa en el propio abuso, con una situación preexistente de convivencia. Especifico: la norma no identifica el vivir en un mismo predio, con una situación de convivencia anterior de la cual se aprovecha el sujeto activo para acceder a la víctima. Adviértase que del imputado L. se dice que vivía en el lugar, sitio donde arriban la menor y sus padres un mes antes aproximadamente, pero nada se refleja

en la sentencia, ni aún con expresiones de testigos, que el encartado haya aprovechado esta situación para abusar de la niña, en tanto no se ha acreditado la convivencia en el mismo sitio de modo efectivo, pues la menor vivía con sus padres, no con su tío, otro escalón fundamental para punir más severamente la disvaliosa acción.---------- Ni los padres ni los testigos pudieron confirmar que el imputado haya tenido contacto previo o relación de trato frecuente con la menor – a partir de la propia vecindad – donde se pueda inferir que L., aprovechándose de esta situación abusó sexualmente de la menor. Más bien aprecio que en el hecho la conducta fue de aprovecharse de la niña de tres años en ese ocasional momento, pero no en un contexto de convivencia anterior del cuál sacó provecho en forma

dolosa para lograr el abuso. ---------- Que, en todo caso, si se pretende agravar la pena, debe estarse al contenido del injusto, donde los artículos 40 y 41 del CP dan amplias referencias para apreciar la sanción a imponer, empero no considero justo ni razonable, que se agrave la misma en forma automática por aplicación de una agravante que entiendo no se ha acreditado debidamente en autos. ---------- Por todo ello, debe remitirse la Carpeta a la Oficina Judicial para que un nuevo tribunal fije nueva pena conforme los parámetros dichos. Así lo voto.---------- Habiendo quedado en minoría respecto a la cuestión relacionada con la agravante prevista en el inciso “f” del cuarto párrafo del artículo 119 del CP, paso a detallar mi opinión sobre la pena impuesta.---------- Sobre el particular observo que los Sres. Jueces en sus votos han ponderado y dado razones suficientes respecto de las agravantes tenidas en cuenta para alejarse del mínimo legal. En primer lugar en cuanto a la existencia de una doble ponderación respecto de la edad de la víctima, por entender la defensa que está incluida en el

tipo penal enrostrado –menor de trece años- ha de descartarse, pues, si bien es sabido que la figura básica requiere ser menor de esa edad, no puede dejar de considerarse la temprana edad de la niña – tres años; cuestión que sin dudas la colocó en una situación de absoluta indefensión, situación que de por sí torna el suceso de mayor gravedad. En segundo a lugar en relación a la crítica presentada por la Defensa respecto de que los Jueces ponderaron agravantes distintos para arribar a una misma pena, entiendo que también ha de desecharse, pues, cada uno de los Magistrados en atención a las amplias pautas que prevén los arts. 40 y 41 del CP determinaron conforme un razonamiento lógico y legal la sanción que en el caso correspondía imponer. ---------- En cuanto a las atenuantes han ponderado las cuestiones referidas a su historia de vida personal, la falta de antecedentes y la edad del joven imputado –

22 – lo que entiendo acertado.---------- ---------- Por lo expuesto entiendo adecuada la pena de nueve años de prisión impuesta en la sentencia al imputado H. R. L.. Así voto.---------- En cuanto a los honorarios profesionales de la Defensa en esta etapa encuentro justos los asignados por la Juez preopinante. Así voto.---------- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, pronunciándose por mayoría el siguiente **FALLO**:---------- **I) RECHAZAR** la impugnación ordinaria deducida por la defensa de H. R. L., a cargo del Dr. Lucio Hernán BRONDES con

costas (Art. 385 y cc. del C.P.P.).---------- ---------- **II) CONFIRMAR** la sentencia dictada a fs. 56/104, registrada bajo el Nº 2112/2014 OFIJU.---------- ---------- **III) REGULAR** los Honorarios profesionales del Dr. Lucio Hernán

BRONDES en la suma de Quince Jus con cargo a su defendido. (art. 59 de la Ley V Nº 90, antes N° 4920).---------- **IV) TENER** presente la reserva de caso federal (art. 14 Ley Nº48).---------- **V) REGISTRESE**, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (Art. 331 del C.P.P.).----------

La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior de la Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI (art. 331 última parte del C.P.P.).----------

Leonardo Marcelo PITCOVSKY
Juez de Cámara

Rafael LUCCHELLI
Presidente

Ante mí:

Stella M. EIZMENDI
Secretaria de Cámara

REGISTRADA BAJO EL NRO 15/14 CPPM. CONSTE.

Stella M. EIZMENDI
Secretaria de Cámara