---------- En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los treinta días del mes de Diciembre del año dos mil quince, previo haberse reunido en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Flavia Fabiana TRINCHERI, Rafael LUCCHELLI y Leonardo Marcelo PITCOVSKY, bajo la presidencia de éste último, dictan sentencia en estos autos caratulados: **"S., P. (en rep.de su hijo) S/ DENUNCIA ABUSO SEXUAL " Carpeta Nº 5023 OFIJU-PM-Expte. Nº 13/15CPPM;** seguidos contra: **M. A. B.**, hijo de J. A. (f) y de M. R. B., nacido en Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, en fecha 12 de mayo de 1.971, instruido, casado, gasista, DNI XX.XXX.XXX, con domicilio sito en la calle D. Nª XXX de Mar del Plata, Bs.As., actualmente en prisión preventiva, alojado en la dependencia policial de la localidad de Dolavon, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por la Sra. Defensor Pública Penal Dra. Gladys Mabel D. B. contra la Resolución de fecha 28 de Septiembre de dos mil quince, por la que el Tribunal de Juicio integrado por los Sres. Jueces Penales Dres. Marcela PÉREZ BOGADO, Stella Maris EIZMENDI y Francisco Marcelo ORLANDO condenara a M. A. B. a la pena de TRECE AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas, por encontrarlo autor material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VINCULO EN LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO (Art. 119, tercer y cuarto párrafo, inc b del Código Penal); por los hechos ocurridos en esta ciudad de Puerto Madryn en perjuicio de su hijo L.J.B.----------

-- Intervino por la Acusación la Sra. Fiscal General, Dra. María Angélica CÁRCANO y por la defensa técnica del imputado la Sra. Defensora Pública Penal Dra. Gladys D. B..----------

- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Rafael

LUCCHELLI, Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI y Dr. 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).----------

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

---------- Ha llegado a revisión de esta instancia la Carpeta Nº 5023de la OFIJUPM- en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por la Sra. Defensora Pública Dra. Gladys Mabel D. B., contra la sentencia registrada bajo el Nº 2586 OFIJU fechada el 28 de septiembre de 2015 por la que el Tribunal integrado por las Sras. Juezas Penales Dras. Marcela PÉREZ BOGADO, Stella EIZMENDI y Dr. Francisco Marcelo ORLANDO condenaran a M. A. B. como autor material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, AGRAVADO POR EL VÍNCULO EN LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO (Arts. 119, tercer y cuarto párrafo, inc. b del Código Penal) a la pena de TRECE AÑOS DE PRISIÓN, accesoria legales y costas (Arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del Código Penal), por los hechos ocurridos en esta ciudad de Puerto Madryn en perjuicio de L.J.B.----------

---------- El hecho objeto de imputación se describe en la sentencia de la siguiente manera: "*A partir del año 2009, en el domcilio familiar sito en la calle P. XXX, departamento 3, de esta ciudad, M. A. B., padre biológico de L. J. B., menor de edad, le ha realizado tocamientos en sus genitales, así como también lo ha penetrado por el ano, posteriormente al separarse los padres de L. B. a partir del año 2012 aproximadamente, en el domicilio sito en el B! C. IV, casa XXX de esta ciudad, es allí donde concretamente M. B., nuevamente, consumó los tocamientos y penetración por el ano a L., en la cama donde domrían junto con K. B., de cinco*

*años, que ha podido relatar estos hechos ocurridos durante las visitas a su padre. Realizado el examen físico del menor, se pudo determinar que el niño presentaba esfínter anal anormal (entre abiertoinfundibuliforme) con borramiento de pilares en perímetro lo que lo hace*

*incontinente."* ----------

---------- Planteada la plataforma fáctica del juicio, corresponde analizar si los agravios vertidos por los recurrentes resultan procedentes.----------

---------- En su libelo la Dra. D. B. señala como primer motivo de agravio: la nulidad del juicio por acusación defectuosa, afectación al principio de congruencia, lesión al principio acusatorio, violación al derecho de defensa; afectación al principio de imparcialidad (Arts. 8.1, 8.2b) y c) CADH, 14.1 y 3 a) PIDC y P. 4.2 Reglas de Mallorca, 18 de la CN, 44 C.Ch y 3 del CPP.----------

Así reitera en esta instancia el planteo de nulidad de la pieza acusatoria, que fuera rechazado por el Juez de la audiencia preliminar y al inicio del debate, por entender esa Defensa que se ven afectadas las garantías

constitucionales.----------

---------- Sobre el particular indica que en los términos en que ha sido intimada la acusación no permiten una adecuada y eficaz defensa pues no ha sido formulada en forma concreta, expresa, clara y precisa, además de circunstanciada, integral y oportuna –cita a Vélez Mariconde y Maier.---------- ----------

-- Dice que la acusación se refirió a un extenso lapso temporal, desde el año 2009 a la fecha de la denuncia -julio 2013-, en la que se le atribuyen a su defendido hechos de tocamiento de genitales y penetración en el ano a su hijo L. en forma genérica y sin singularidad alguna que proporcione algún

acontecimiento concreto.---------- ---------- Alude que dichos hechos, en la modalidad de delito continuado, habrían ocurrido primero en la domicilio de calle P. XXX y a partir del año 2012 –con la separación de los padres- en el ubicado en el Bº C. IV, donde "concretamente" habían acaecido, en oportunidad de las visitas a su progenitor y en la cama donde dormían junto a K. B.. Que esa dilatada extensión temporal sin aditamento circunstanciado alguno impedía una defensa plena y eficaz frente a la pretensión acusadora.---------- ---------- Expresa que la acusación se basó en una cantidad indeterminada de hechos sin especificidad, y que sólo se intimó un concepto jurídico "penetración" por el ano sin describir acciones puntuales, como tampoco contó con la descripción de los elementos probatorios en las que basaba su tesis a fin de evitar abusos y arbitrariedades por variaciones durante el debate.---------- ---------- Se refirió específicamente a la falta de referencia en la acusación de que los hechos habrían ocurrido desde 2009, en circunstancias que la madre del niño se hallaba trabajando, lo que impidió a esa parte ofrecer pruebas para contrarrestarlo. Tacha de erróneo el razonamiento de la Juez Dra. PÉREZ BOGADO en su voto por incorrecto y violatorio del derecho de defensa, pues dice que aunque el delito atribuido sea en la modalidad de continuado ello no exime a la acusación de realizar una descripción circunstanciada. Cita a Maier.---------- Agrega que en el periodo comprendido entre el 2009 y hasta el año 2012, es decir el primer tramo de hechos, no existió ni la más somera descripción, en la acusación, de las circunstancias esenciales iguales que requiere el delito continuo como sustrato de la renovación de la resolución delictiva que se le atribuye a B.. Señala que dicha orfandad quedó plasmada en la sentencia misma en el voto de la Juez EIZMENDI –cita el fragmento, agregando que ello no

puedo ser valorado contra el imputado pues pudo la acusación solicitar prórroga en el plazo de investigación a fin de completar y cumplir con el anoticiamiento de los hechos atribuidos.---------- ---------- Alude que dicha prórroga no fue negada, como lo sostiene el Dr. YANGÜELA en la audiencia preliminar, sino que surge de la carpeta que la misma no fue rechazada. Explica en detalle que el Ministerio Público no volvió a peticionar la elongación de plazos al ya solicitado el 27/12/13, cuando el original -29/05/14- no estaba vencido, y culminó presentándola en fecha 16/05, es decir, antes del término fijado.---------- ---------- Señala violación al principio de congruencia e imparcialidad del juzgador en cuanto los jueces han valorado en la sentencia el empleo de violencia y amenazas ejercidas sobre el joven, o circunstancias relevantes en cuanto al tiempo en que consideran habrían tenido lugar el suceso juzgado –cuando la madre laboraba-, la que no se encontraban en la hipótesis fáctica atribuida.---------- ---------- Indica importante de la cuestión en base que se acusó de manera continuada y por hechos que se dicen cometidos a partir del año 2012, es decir, cuando L. cumplió los trece años de edad. Por ello dice haber solicitado en el alegato de clausura la atipicidad de los hechos enrostrados con posterioridad a los trece años de L. y hasta la fecha de la denuncia -12 de julio de 2013, en atención a la inexistencia de medio comisivo alguno, elemento normativo del tipo penal sobre el que debió ser intimado; que no obstante ello los jueces tuvieron por acreditado, en un número indeterminado de veces, el delito de abuso sexual con acceso carnal por vía anal. ---------- ----------En virtud de lo consignado solicita se deje sin efecto el pronunciamiento absolviendo al Sr. B. puesto –dice- que la solución de reenvío traería aparejada vulneración de los principios de preclusión procesal y *ne bis in idem*.----------

---------- Como segundo agravio, y en defecto del anterior, plantea arbitrariedad en la valoración de la prueba respecto de la autoría como de la materialidad. Afectación al principio de razón suficiente. Vulneración al derecho de defensa (Arts. 18 CN y 45 C.Ch.----------

---------- Manifiesta que se debe tener en cuenta el contexto conflictivo en el que irrumpe la denuncia. El testimonio del Dr. Ledesma Lozano dando cuenta de la contienda judicial por la tenencia de los menores, el advenimiento y la voluntad de los niños de viajar junto a su padre a Mar del Plata en enero de 2013. La demanda por la custodia de sus hijos por parte de B. y la oposición de la Sra. S. en mayo 2013 articulando una medida cautelar de suspensión de contacto. Los dichos de la Lic. F. del E.T.I. dando cuenta en fecha 1 julio de 2013, después de una entrevista con los menores, que no existía motivo para hacer lugar a la pretensión de la Sra. S., y el descontento manifestado por ésta según la operadora del servicio de Protección, ampliamente validado por su titular Dra. H., todo lo que fue reconocido en debate para la madre de L..---------- El contexto anterior, la proximidad de las vacaciones de invierno y el pánico de S. de que su marido se mudara y se llevara a su hijos a Mar del Plata fue el marco en donde interrogó a su hija K. –a quien ni esa parte ni el tribunal escuchó-, sobre la relación de L. con su padre. ---------- Expresa que existió arbitrariedad por parte de la Sra. S. respecto de la interpretación de lo que la niña le decía y que luego el relato de K. fue variando ante la Licenciada R. (quien no fue citada) y que ello no fue valorado por los jueces.----------

---------- Detalla los dichos de la madre en el debate sobre la negación, respecto de lo ocurrido, por parte de L. durante la entrevista con la Licenciada G. y luego de realizado el examen médico. El significado de “aplastar” para la misma y que los

Magistrados han omitido valorar seriamente la influencia en el relato del niño "convencido".----------

----- Trae a colación lo manifestado en audiencia por la Dra. F., integrante del ETI, respecto de la conflictiva relación familiar en que se encontraban los menores y que eran propensos a sostener lo que complaciera al progenitor con quien estuvieren.---------- Expresa que no debió pasar inadvertido para los jueces los dichos de L. a la Lic. O. en octubre de 2013 y 12 de diciembre de 2013 y de la Lic. S. –en el debate- sobre la intención de eliminación y destrucción de L. respecto de su padre. ----------

Hace cita del voto del Sr. Ministro PFLEGER en autos: "ALVARADO, …. Expte. Nº 22164 del S.T.J , respecto que la valoración de las opiniones de los expertos no prueban el hecho ni certifican la veracidad del relato, sino sirven apara orientar la apreciación que deberá formular el Juez. Sobre ello se refiere al voto de la Juez PÉREZ BOGADO sobre las manifestaciones de la Lic. O. de las cuales –dice- no encuentra una base de sustentación razonable. Que tampoco la Magistrada hizo referencia a los dichos de esta licenciada sobre que el menor no podía especificar el cómo ni el cuándo de los sucesos, predominando en el relato de éste indicadores de psicosis y falta de contacto con la realidad. También le achacó falta de coherencia interna a los dichos de la licenciada de mención y que ello no debió pasar desapercibido por la Magistrada.----------

Marca contradicciones entre las manifestaciones de las Licenciadas H. y O. respecto de la niña K.. ----------

Señala que tampoco los jueces valoraron en forma correcta el testimonio de la Lic. G. –terapeuta particular de L.-, quien antes de la referida revelación de la niña K., siendo consultada por S. acerca de los indicadores de abuso sexual, había señalado

su inexistencia y que posteriormente, luego de dos semanas, L. repetía que: "*su papá le había roto el músculo del ano"*; sin contextualización alguna y "*sin relato emotivo*".----------

-- Indica la instalación de un "constructo" en la memoria de L. y que los jueces no hicieron una correcta valoración de los medios probatorios existentes. Cita respecto de ello el voto del Juez ORLANDO.---------- Luego la Sra. Defensora efectúa un análisis del contenido de la Cámara Gesell en base a los criterios de confiabilidad. De allí que señala, que tanto la Lic. O. como S. se pronunciaron acerca de la imposibilidad de que el menor declare atento que no se evidenciaba una buena discriminación de la realidad interna y externa, presentando –según la Lic. S.- una personalidad de pensamiento psicótico; por su parte la Lic. O. afirmó que no se adecuaba en tiempo y espacio y no podía especificar el cómo y cuándo de los sucesos, dando lugar a un inadecuado contacto con la realidad. ---------- Señala que en el marco del art. 198 del CPP, la Defensa designó una consultora técnica, la Lic. L. S., tal como se desprende de los informes incorporados, y a los fines de evaluar previamente si el menor se encontraba en condiciones de declarar en Cámara Gesell. Ello fue vedado por el Tribunal valorando, posteriormente en la sentencia como creíbles las manifestaciones del menor, a los efectos de la condena de su defendido. ---------- Recurre a los lineamientos mínimos requeridos por el "Statement Validity Assessment" para demostrar la arbitrariedad de los jueces al sostener la fiabilidad de los dichos de L..---------- Luego de trascribir lo declarado en Cámara Gesell califica como sugestivas las preguntas formuladas al menor marcando que en la misma no se ha recurrido a la técnica del recuerdo libre. Habiendo efectuado un análisis exhaustivo de los criterios concluye la Defensora que los mismos resultan inexistentes por lo

que su testimonio no responde a criterios de credibilidad y por lo tanto son inhábiles para fundar una sentencia condenatoria. ----------

-- Dice que de la observación de la entrevista video grabada se podrá advertir en el menor lo referido por la Lic. E. S. en el Debate sobre que L. posee una dinámica comportamental y cognitiva de tipo psicótico y que con ello además se comprueba que no estaban dadas las condiciones para que declare de esa forma; que se puede advertir odio hacia su padre y una verbalización explícita de inducción externa.-----

---------- Alude a la existencia de arbitrariedad en la determinación del lugar en que se dice ocurrieron los hechos pues destaca que luego de la separación la Sra. S. se muda a otro domicilio distinto que el consignado en la acusación, y no obstante ello fue puesto de manifiesto en los alegatos de clausura, los jueces tuvieron acreditado el consignado por el Ministerio Público Fiscal sin realizar consideración alguna.----------

---------- Seguidamente se refiere a la materialidad. Expresa que los jueces la tuvieron por acreditada con las manifestaciones vertidas en el Debate por el médico Forense Dr. N., junto a las medicas Dres. N. y H. al revisar a L. el día 22 de Julio de 2013. Que descartaron las conclusiones del médico legista Dr. J. J., quien a partir del análisis de los informes del médico forense y de las fotografías tomadas al menor en el momento del examen, sostuvo que se trataba de un ano infundibuliforme, tal como lo verificaran los anteriores, pero que ello no implicaba derechamente la corroboración de una

situación de abuso. ----------

---------- Indica que la materia fecal fresca no pudo ser vinculada con la incompetencia del esfínter interno debido a que surge acreditado, por la historia clínica del menor, que éste sufría de encopresis, lo que puede relacionarse con un sinnúmero de causas, cobrando importancia lo dicho por la Dra. N. sobre que: "*el*

*ano infundibuliforme puede constituir una variante anatómica*", que es la primera vez que lo ve en treinta años de médica y que desde 2011 realiza exámenes de posibles abusos sexuales.----------

---------- Señala como relevante, a los efectos de desvirtuar la vinculación hecha, –esto es incontinencia esfínter interno: encopresis-, la falta de realización de las pruebas pertinentes (tacto rectal, manométrica) confesada en audiencia, para determinar la real incompetencia del referido esfínter. Dice que los jueces para desechar esas apreciaciones médicas incurren en un razonamiento circular y parcial donde parten de una situación de abuso para validar las conclusiones del forense.----------

---------- Destaca la Defensora que al momento de la pericia médica no se advirtieron lesiones actuales de ningún tipo ni resultados de análisis de enfermedades de trasmisión sexual que permitan establecer una evidencia física de la existencia del abuso aludido. ----------

---------- Recalca que tampoco los jueces valoraron la ausencia de acreditación médica de la insuficiencia de esfínter interno, de cuya existencia deriva el Dr. N. la presencia de materia fecal en las adyacencias del orificio anal, cuando constituye uno de los elementos en los que sostiene su conclusión de abuso. Por otra parte afirma que de los testimonios surge que L. padecía encopresis cuyas causas pueden ser múltiples.----------

-- Se refiere al valor que los Jueces le otorgaron a la opinión del médico forense. A la vinculación efectuada por el mismo (encopresis=incompetencia esfínter interno –a la que le dio carácter de irreversible- y esto a su vez hallazgo que permite inferir abuso), por no encontrar base sustentable a lo producido en el debate. En relación a esto cita los testimonios de S. y de la Lic. O. respecto que existieron periodos (febrero/13 y julio a octubre/13) en los que L. no tenía problemas de encopresis. ----------Concluye que no

se verifica en el caso el estado de certeza necesaria y tal incertidumbre debe resolverse a favor del imputado (Arts. 14.5 del P.I.D.C y P. y 8.2h.de la C.A.D.H, 44 último párrafo C.Ch y 28 C.P.P.).---------- Como tercer punto de agravio postula nulidad parcial de la sentencia en la determinación de la pena: a) violación del principio de doble valoración. Afectación del *ne bis in idem,* b) violación del principio de culpabilidad (Art. 19 CN) c) arbitrariedad en la determinación fáctica de las circunstancias valoradas d) vulneración de la necesaria congruencia.---------- Hizo referencia a las agravantes planteadas por el Ministerio Publico Fiscal al realizarse el juicio de cesura: extenso daño psicológico, y en la salud del menor, el daño psicológico a la niña K., como también la extensión del daño a la familia –los cambios de hábitos de la Sra. S. al tener que pedir licencia en el trabajo por los requerimientos de sus hijos. Sobre ello entiende que ese Ministerio pretendió introducir una agravante no invocada en la acusación y de la cual no se había tampoco solicitado su ampliación.----------  Indica que el daño en la salud física o mental de la víctima constituye una agravante específica del tipo básico contemplado en el art. 119, cuarto párrafo, inc. a) del CP y exige la acreditación de una relación directa causal para que sea procedente. Siendo inaplicables cuando existen concausas preexistentes asociadas a un factor de vulnerabilidad de la víctima. Que éste debió ser intimado previamente a los fines de posibilitar la defensa.---------- Alude que también se tuvieron en cuenta para agravar la pena –cita el voto de la Dra. PÉREZ BOGADO- el vínculo de paternidad de su defendido con la víctima, el aprovechamiento de tal calidad, la asimetría en la relación de confianza y el abuso de poder ejercido sobre el niño aprovechando de ese estado de vulnerabilidad, estando ellas contenidas en el tipo penal, incurriendo así en una doble valoración –en la subsunción típica y en la

graduación de la pena.---------- Señala arbitrariedad por inadecuada fundamentación al valorarse: “las circunstancias de ocurrencia del hecho” (aprovechamiento y creación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar ) y los cambios de hábito de la familia en

general.----------

---------- Marca confuso el periodo tenido en cuenta por la Dra. EIZMENDI en relación a la ocurrencia de los hechos pues ella lo sitúa hasta el 12 de lulio de 2013, cuando –conforme se ha certificado- L. contaba con 13 años de edad, resultando necesario la acreditación de los medios comisivos para tener por configurado el primer párrafo del art. 119 del CP. ---------- Dice que la Magistrada utiliza sólo para agravar la pena: “ la existencia de amenazas” cuando las mismas resultan ajenas a la intimación realizada por el Ministerio Público Fiscal a esa parte.----------

También que la Juez pondera la frecuencia de abusos, sin precisar los mismos, cuando el hecho fue calificado de continuado, en el que se considera como un solo hecho la repetición de conductas. ----------

Indica que también ha valorado las consecuencias que la familia debió enfrentar, particularmente la madre al dejar de trabajar, cuando sólo se puede dar relevancia, en la extensión del daño, a consecuencias que tengan alguna relación con el fin de protección de la norma al encontrarse comprometido el principio de culpabilidad que impide cargar al autor aquellas circunstancias que no pueden serle atribuida subjetivamente. Dice no haber recibido tratamiento lo postulado por esa parte lo que anula la sentencia como acto jurisdiccionalmente válido.----------

Agrega que tanto las consecuencias familiares como las psicológicas respecto de la menor K., resultan sólo dichos de la Sra. S. en el debate sin ningún correlato probatorio ni la acreditación de vínculo subjetivo con

B..----------

---Sostiene que la Juez expresa que no obstante la ausencia de intimación del agravante contenido en el inc. a ) del cuarto párrafo del art. 119 del CP, la extensión del daño físico y psicológico del menor puede mensurarse como agravante de la pena afectando ello el derecho de defensa al ponderar una

situación, que no se pudo contradecir, al no estar intimada.----------

---------- Por último critica que si bien el Juez ORLANDO concuerda con la Defensa en el punto tampoco explica, como no lo hacen las demás Magistradas, cómo llega al quantum punitivo al que arriba. Solicita que en caso de desecharse la pretensión de absolución, se ejerza competencia positiva y se readecúe la pena al mínimo legal conforme el delito por el que fuera condenado.----------

--

---------- Hace reserva del caso federal.----------

---------- Por su parte la Fiscalía en su escrito de conteste solicita se rechace la impugnación interpuesta por entender que la sentencia atacada es producto de un razonamiento lógico y armonizador de absolutamente toda la prueba ventilada en el debate. Que la Defensora realiza un análisis parcializado de la misma lo que la

lleva a conclusiones falsas.----------

---------- Se refiere al planteo de imprecisión en la acusación criticado por la Defensa y cita los fundamentos dados por los Magistrados al rechazarlo. Analiza que se trata de un abuso sexual en donde no existe posibilidad de describir los hechos como lo sería en un delito de robo, señalando burda la comparación.----------

-- Señala que la hipótesis fáctica presentada y probada por esa Fiscalía resulta ser circunstanciada en tiempo, modo y lugar, que en el transcurso del Debate se demostró la existencia de más abusos, además de los descriptos, y aún anteriores en el tiempo pero no estaban incluidos en esa intimación, por lo que no se acusó por

éstos. ----------

Sobre la crítica al voto de la Dra. PÉREZ BOGADO responde que el imputado siempre supo de lo que se lo acusaba, que si la Defensa no ofreció la prueba pertinente no puede indicarle ni tampoco decirle a esa Fiscalía cómo debió actuar. ----------

---------- Manifiesta que se ha establecido específicamente qué se le atribuyó a B. y cuál fue el lapso temporal en que los hechos sucedieron. Hace cita de los votos respecto del tópico. Niega que exista afectación al principio de congruencia entre la acusación efectuada y la sentencia. ---------- Sobre los cuestionamientos respecto de la autoría enrostrada a B., marca que la Defensa siempre trató de demostrar que sólo existía una sería situación de conflicto familiar y que la causa era un "armado" de la Sra. S. hacia el padre de sus hijos. Cita el testimonio de la madre de L. y detalla según los dichos de ésta, estableciendo que nunca negó la relación conflictiva que existía y que de su accionar, se demostró que si había algo que ella no quería es que su hijo haya sido efectivamente abusado por el imputado. Que de los dichos de la Lic. G. se desprende la falta de signos que permitan dudar de la veracidad de la Sra. S. y la secuencia en que se fueron dando los hechos: el develamiento, el enojo por parte de Lauro, los signos físicos y psíquicos que padecía, la situación de abuso, a lo que se aduna el testimonio de la Lic. H. quien resulta la psicóloga tratante de K. B., que corrobora también los dichos de la niña y de la Sra. S..----------

En relación al agravio sobre la realización y el contenido de la Cámara Gesell y la alusión a las licenciadas S. y O., dice que esa Fiscalía lo ofreció en caso que se pudiera realizarse durante el juicio y que ello pudo hacerse.----------

------ Respecto de la crítica a la forma de llevarse a cabo la entrevista a L., afirma que esa Defensa tuvo en sus manos el pliego de preguntas que se realizarían y sólo

formuló oposición respecto de una de ellas –la que se obvió-, además controló el acto y formuló preguntas.---------- Detalla cuál fue la valoración que hicieron los jueces del testimonio del menor L., que el mismo se realizó en aras al interés superior del niño, su derecho de ser oído, siendo validado en relación a su credibilidad por la Lic. O.. Luego detalla el análisis efectuado por los jueces enlazándolo con la demás prueba producida analizando, que contrariamente a lo expresado por la Defensa, la misma no resulta inconsistente ni incoherente, y debe ponderase en forma integral y no aisladamente.---------- ---------- Se refiere al agravio sobre el domicilio y hace cita del voto de la Dra. EIZMENDI afirmando que el mismo ha sido tratado y explicado.---------- Sobre la crítica respecto que no se atendió, por parte del Tribunal, las explicaciones y razonamientos dados por el perito de la Defensa, niega que haya sido así pues dice que los Magistrados dieron razones del por qué sus dichos no fueron suficientes para conmover los restantes profesionales –Dres. Héller, N., N.. Hace cita de fragmentos de los votos. ---------- ----------En relación al agravio respecto de la determinación de la pena efectuado por la Defensa, aclara que esa parte debe atacar la sentencia no la posición sostenida por esa Fiscalía. Dice haberse merituado por parte de los jueces en forma correcta los agravantes y atenuantes, conforme los arts. 40 y 41 del C.P. Seguidamente hace una trascripción de los votos de las Juezas a los fines de dar respuestas al embate defensista.---------- ---------- Por último solicita se rechace la impugnación articulada y se conforme la sentencia en todas sus partes.---------- ---------- Efectuada la audiencia que prevé el código de rito –art. 385 del C.P.P.- la Defensa continuó con los mismos lineamientos del escrito presentado realizando un pormenorizado detalle de sus motivos de agravios y la Fiscalía realizó el conteste

con iguales argumentos a los desarrollados en su libelo, todos éstos contenidos en el audio de la audiencia desarrollada.---------- Por su parte la Asesoría de Civil de Familia, representada en la audiencia por el Dr. D. M. S. dijo acompañar lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal y peticiona se confirme la sentencia. Entiende adecuada la imputación y el análisis del plexo probatorio realizado por los Jueces, a la vez que señala concluyente los informes de los facultativos actuantes.---------- Seguidamente realiza una reseña de lo actuado por esa Asesoría, la medida cautelar que tramita en esa, los informes de los organismos que han tomado intervención en este caso y el abordaje interdisciplinario que se ha efectuado del mismo. También se refiere a la madre de L. la Sra. S. resaltando que la misma ha sostenido en el tiempo la concurrencia a la escuela y a las citas de especialistas que realizan el tratamiento del menor.---------- ---------- Por último se refiere a la medicación que recibe L., a las actividades que realiza el mismo, y los logros que ha obtenido a través de las mismas.---------- Fijada la cuestión, paso a emitir mi voto.---------- ---------- El primer agravio impetrado por la Sra. Defensora se centra en la nulidad del juicio por entender que la acusación resulta defectuosa, ya que el mismo violentaría el principio de congruencia y el principio acusatorio, quejándose de la imprecisión de la intimación respecto al hecho y entendiendo que los jueces, al momento de resolver, evaluaron circunstancias nuevas que no se encontraban

intimadas. ---------- Adelanto que este agravio no va a prosperar por no encontrar vulnerado el derecho de defensa de B. en los términos esgrimidos por su esforzada defensa, considerando por ello que no se debe dar acogida favorable a la nulidad planteada. Fundamento.----------

Debemos ser sumamente cuidadosos al momento de utilizar el remedio procesal de la nulidad, puesto que, como ya tengo dicho en autos

"Currumil, Abel y otro p.s.a. Homicidio agravado s/ Impugnación" Expte. Nº 01/2012 CPPM, Carpeta N° 2.620 OFIJU *".... la declaración de nulidad, junto con los alcances que se le acuerda a la misma, debe ser ponderada con suma prudencia. Dado que si se administra este remedio procesal de forma*

*desaprensiva, lejos de ayudar a vivificar el proceso, lo mataría. Ese es el espíritu que anida en nuestra Constitución Provincial, cuando establece que las sanciones procesales deben ser interpretadas restrictivamente (Artículo 44, cláusula II, C.*

*Ch). Del mismo modo, esta regla es reproducida en nuestro Código de Procesal Penal (Artículo 31 C.P.P.).*----------

---------- Sabido es que en el principio de congruencia se centra en una garantía que hace a la esencia de la inviolabilidad de defensa, y "*...para que se conmueva la garantía constitucional de la defensa en juicio –dice Ángela Ledesma- es necesario que se haya producido una* ***mutación esencial*** *entre el hecho intimado y la base fáctica contenida en el documento acusatorio, con el hecho juzgado produciéndose un menoscabo en la facultad de refutación por parte de los imputados. Tal perjuicio solo ocurre cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la factibilidad de presentar pruebas en su interés o si la diversidad comprometió la estrategia defensista*" ("La Congruencia Procesal", Guillermo

Jorge Enderle, Ed. Rubinzal Culzoni, Pág 342, el resaltado me pertenece).----------

---------- Ahora bien, habiendo analizado el relato del hecho por el cual se intimó al Sr. B. desde el inicio del proceso, no encuentro fundamento al agravio impetrado por su Defensa técnica.----------

---------- Tal como lo explicara en su sufragio la Jueza PÉREZ BOGADO "… *El sr. M. B. desde el inicio del proceso que lo trajo a juicio pudo conocer que se le atribuyó tocamientos y la penetración por el ano de su hijo*

*L. B.. Conoció los lugares donde ello habría ocurrido: la casa de P. XXX y el Barrio C. IV. Conoció el lapso temporal por el cual se lo trajo a juicio desde 2009, cuando la familia se encontraba en el primer domicilio, y luego de la separación del matrimonio, lo que aconteció a partir del año 2.012, en el domicilio que residió. Asimsimo, conoció que fue K. B. quien develó lo que ocurría y que ello después fue confirmado por la prueba científica. Es decir, sigo sosteniendo que las circunstancias de tiempo, modo y lugar han sido detalladas con la precisión necesaria, a los fines de que el*

*Sr. B. ejerza su defensa material, como lo hizo en la audiencia celebrada el día 22 de Julio de 2.013, conforme acta de audiencia de la Carpeta Judicial que tuve a la vista, rodeado este acto de las garantías necesarias para su realización: ante el Juez natural, en audiencia y asistido por su Defensora Pública".*----------

- De lo dicho surge claramente que existió una intimación clara respecto del lugar, modo y lapso de tiempo suficientemente determinado, para hacer posible la defensa del Sr. B. y la construcción de su estrategia defensista, habiendo tenido la posibilidad de refutar los hechos que se estaban endilgando desde el inicio del proceso, y en efecto, asi lo realizó.----------

---------- Si bien es cierto que el devenir del debate permitió precisar mayores detalles de los hechos históricos imputados desde un principio, ello no importó incorporar circunstancias nuevas o modificar las que conformaron la imputación. Ésta incorporación de precisiones se deben, razonable y fundadamente, a las características propias del hecho y la singularidad de la víctima menor, que recién con posterioridad a un tratamiento psiquiátrico y al momento de prestar declaración

en Cámara Gesell, pudo expresar en palabras y con mayor precisión los hechos que acontecían en la intimidad con su padre.----------

---------- Y señalo a las características del presente hecho puesto que no puedo soslayar que estamos ante un tipo de delito con particularidades propias, y cuyo análisis jamás podría asimilarse al del resto de delitos tipificados, como ser un robo, tal como lo pretende la Sra. Defensora.---------- ----------

---------- Al respecto, señala Rosanzky: "*El abuso sexual infantil es un fenómeno delictivo con características propias que lo diferencian de la mayoría de los restantes delitos del Código Penal… No es comparable que un adulto sea víctima de un robo con que una niña haya sido abusada durante años en el seno de su hogar, y actuar como si ambos delitos se rigieran por los mismos parámetros, más que negligencia, es una violación de los deberes*" *(Carlos Alberto*

*ROZANSKY, ABUSO SEXUAL INFANTIL. ¿Denunciar o Silenciar? Ed. B Argentina S.A. 2003. Pág. 36 y ss).* Amplía el mencionado autor explicando que*"…Las víctimas de delitos sexuales no pueden ser consideradas como un testigo tradicional. Las circunstancias particularmente traumáticas que han vivido, las han llevado a estados de conmoción de tal magnitud que requieren de precauciones especiales a la hora de pretenderse de ellas un relato…" (Obra*

*citada, pág. 105).*----------

---------- No coincido con la tesis defensista que postula que los Magistrados hicieron mérito e introdujeron de determinadas circunstancias de carácter relevantes las que se encontraban ausentes en la descripción del hecho intimado, violando de esta forma la debida congruencia. Tal como lo expresara

anteriormente, esos detalles que se pudieron develar en el debate, son producto de las incidencias del presente delito, pero que en nada conmovieron el derecho de

defensa, encontrando una correcta correlación entre el hecho intimado y el encuadre fáctico por el cual fuera condenado el Sr. B..---------- Disiento, asimismo, que lo que se intimó haya sido una atribución vaga del hecho. Se queja la Sra. Defensora respecto a que "penetración por el ano" no es más que un concepto jurídico y no describe acciones puntuales, cuando en realidad ya el hecho de mencionar la penetración por parte del padre conlleva la referencia al miembro viril masculino del mismo. En igual sentido lo explicó la Jueza, Dra. EIZMENDI, en su voto: "*El acceso carnal tal como se ha entendido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es con el miembro viril maculino, denominado por las ciencias biológicas pene: (Del lat. Penis)…". "… La introducción de otros objetos o de un dedo, por caso, no es considerado acceso carnal. Así sostiene Jorge Luis Villada en su obra "Delitos Sexuales", que el delito de acceso carnal abusivo conforme a la nueva legislación, consiste en: tener acceso carnal o inmisión (de acceder, de entrar, de ingresar) del órgano genital masculino, lo que generalmente se entiende realizado cuando existe efectiva penetración (aunque la misma sea total o parcial, perfecta o imperfecta), en persona de uno u otro sexo… (…) No hay mayor discusión, sin embargo, respecto a que la expresión "acceso carnal" significa penetración o acceso o introducción del órgano sexual masculino (pene), quedando excluidas otras partes del cuerpo que no tienen contenido o significación "específicamente" sexual (…) (Ob. Cit., 1° edic. – Bs As.: LA Ley, 2006, págs.. 116 y 119)"*. ---------- Distinta sería la respuesta al cuestionamiento si la intimada por el delito de abuso sexual fuera una mujer. *"El medio utilizado para acceder carnalmente a otro no puede ser más que el órgano sexual masculino… En el caso del hombre no se requieren mayores precisiones, pero en la alternativa que encierra la intervención de una mujer, es menester aclarar que el medio utilizado por ella deberá consistir necesariamente en la*

*intermediación de un hombre."(*Derecho Penal Sexual, Gustavo Eduardo Aboso, Editorial B de F, pág.

204).- ----------

---------- Asimismo, y respecto a la queja de la falta de precisión respecto del medio comisivo, en particular a partir de que el menor cumpliera trece años, se desprende del hecho relatado en la denuncia y de la que fue debidamente intimada la defensa, con las características que ya se mencionaron, que los abusos siempre fueron mediante violencia y en ningún momento se ha descrito que el niño de alguna manera consintiera libremente alguno de estos actos que constituyeron el abuso sexual con acceso carnal calificado por el vínculo. ----------

--------- Tampoco existen dudas respecto a la modalidad continuada del delito, puesto que hubo un factor final y un factor normativo en común. El factor final se ve claramente manifestado a través de la unidad del designo que mantuvo siempre el autor en cada uno de los actos que realizó, es decir a su desfogue sexual a través del coito anal con su hijo. Y el factor normativo puesto que siempre cae en la misma figura penal, es decir el abuso sexual con acceso carnal calificado por el vínculo.--

---

-- Que por todo ello, juzgo que debe ser rechazado el presente agravio. Así lo voto.-

---

---------- Respecto del segundo agravio, el que se centra en el cuestionamiento respecto a la autoría del Sr. B. y la materialidad del hecho, adelanto que tampoco han de prosperar.---------- ----------

------ Todas las circunstancias traídas por la defensa, referidas al contexto familiar que estaban viviendo la familia B.-S., no me llevan a pensar respecto de alguna animosidad por parte de la madre, ni un constructo en el relato del menor, conjeturas que no tienen apoyatura fáctica.---------- ---------- Si

partimos del análisis del mencionado contexto, como lo requiere la defensora, se debe concluir –contrariamente a la pretensión defensista y a su pesar- que la Sra. S. se negaba a creer la posibilidad de que su hijo L. hubiera sufrido un abuso sexual por parte de su padre, previo a realizar la denuncia, a pesar de que la misma reconocía en sus hijos determinados signos de ASI.----------

---------- ---------- Así, la denunciante, al momento de deponer en debate, reconoce la existencia de una problemática familiar, que incluso existía violencia por parte de su ex concubino, pero los síntomas antes señalados del niño L. se los achacaba a esta violencia que manifestaba el condenado hacia ella y sus hijos, y no como signo de abuso sexual.----------

---

---------- Éste análisis no hace más que reforzar las conclusiones respecto a la autoría en cabeza de B., realizada por los Magistrados.----------

---------- Continuando con su defensa, la Dra. D. B. transcribe la Cámara Gesell del menor L., cuestionándola por entender que las preguntas realizadas al menor fueron sugestivas y que no existió un relato libre del niño.-------

---------- Y aquí cobra gran significado analizar el relato del menor desde dos perspectivas: considerando las características propias del delito de abuso sexual de menores, tal como lo expresara con anterioridad, y el estado de la psiquis de L..-----

---

---------- Las Licenciadas S. y O. son contestes al expresar que el menor posee una personalidad con rasgos psicóticos, y uno de los médicos psiquiatras tratantes de L., Dr. G., expresó con claridad que el mismo presenta un estrés postraumático, depresión, trastornos físicos que pueden ser gastrointestinales, cefalea, fatiga, entre otros.---------- Que conociendo estos datos, y habiendo escuchado y visto atentamente la entrevista cuestionada no coincido con

que la misma esté invadida de preguntas sugestivas, sino que a las claras surge que la profesional utilizó técnicas psicológicas adecuadas para el presente caso y a los fines de crear rapport con el menor y así lograr su testimonio..----------

---------- ---------- También es oportuno aquí dar respuesta a la queja de la Defensa cuando reprocha que el Tribunal inexplicablemente vedó a esa parte la posibilidad de evaluar al menor respecto de su habilidad o no para deponer en Cámara Gesell.-

---------- Este acto procesal no merece el más mínimo reproche de la forma en que fue realizado, no pudiendo agraviarse la defensa por tal omisión, puesto como ya lo he expresado en autos "**Legajo de Investigación Fiscal n° 4357**, **carpeta individual n° 59**, de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia …"*entiendo que las deposiciones realizados en Cámara Gessel, son el mecanismo adecuado para honrar la Convención de los Derechos del Niño que, vale la pena recordar, por imperio del Art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, goza de jerarquía constitucional. He dicho que a través del mecanismo antes indicado, se respeta las disposiciones de la Convención antes aludida, ya que conforme lo explica la doctrina especializada en el asunto"….en cuanto a la protección específica de los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño(art. 75 inc. 22CN) establece en su art.3.1que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño…" "Cada vez que en el ámbito judicial se dispone alguna medida respecto de las víctimas infantiles que las haga sufrir o que pueda dificultar su rehabilitación, se viola el aludido principio rector, y, por lo tanto la Convención*", concluyendo en el mencionado voto que: "… *Este procedimiento… en forma alguna puede llegar a menoscabar el derecho de defensa*

*del imputado. En ese sentido Sagües explica que, en la tarea de interpretar la Constitución Nacional, hay temas ya resueltos por la doctrina y la jurisprudencia. Así, la Corte Suprema argentina ha establecido que la exégesis que se haga de la Constitución debe ser sistemática y orgánica porque "la Constitución es un todo orgánico y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente" ("Bernuchi", Fallos, 289:200, y "Riego Ribas", Fallos, 258:267). En esa senda, se debe señalar que ningún artículo de la Constitución Nacional puede interpretarse aisladamente ("Brizuela, Fallos 296:432). No hay por consiguiente, "cláusulas solitarias" en la Constitución. De ello se desprende que toda cláusula de nuestra Constitución, debe interpretarse coordinándola con las demás ("Cardillo", Fallos, 240: 319), evitándose la autodestrucción de ellas ("Procurador Fiscal c/Calvete", Fallos, 1:300). Cuando se emprende dicha tarea "debe cuidarse de no alterar el equilibrio de su conjunto" ("Brizuela", Fallos, 296:432), debiendo propender, la tarea interpretativa hacia algo constructivo ("Grisolta", Fallos, 234:482). Además, entiende nuestro Cimero Tribunal que, "cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, o rechazarse como superflua"("Gedes Hnos", Fallos, 95:334).(SAGÜES, Néstor Pedro, "Elementos de derecho constitucional", Tomo I, págs.61/62). He dicho que la Cámara Gessel no menoscaba el derecho de defensa ya que, si realizamos una exégesis de nuestra Carta Magna buscando que la misma sea coordinada, anticonflictiva, equilibrada y útil abarcando, de ese modo, la totalidad de los derechos y garantías que emergen de sus cláusulas, veremos que el mecanismo señalado, además de defender "el interés superior del niño", ya que lo protege de ser revictimizado, permite un adecuado contralor de la defensa, pudiendo la misma en dicho acto, contra-examinar el testimonio brindado bajo esa*

*modalidad*".----------

---------- Así, los Jueces compatibilizaron las garantías del sometido al proceso, fundamentalmente el derecho de defensa, con los derechos que gozan las víctimas y el interés superior del niño al momento de disponer la realización de la misma. Evidentemente no se le permitió a la Defensa Pública expedirse sobre la posibilidad de que el menor depusiera en Cámara Gesell ya que ello de ninguna manera podía afectar los derechos del imputado, los cuales se velaron al momento de realizar la diligencia, siempre con la presencia de la Defensora y con la posibilidad de contralor de la misma y realizar preguntas. Contrariamente, la intervención solicitada por la Defensa podría haber soslayado el interés superior del niño que siempre debe tener en miras el tribunal al momento de evaluar su

decisión.----------

---------- Siguiendo con los agravios presentados respecto al testimonio de L. en Cámara Gesell, tampoco es cierto que el mismo cae en

inconsistencias e incoherencias. Sobre este punto, cuestiona la Dra. D. B. que resulta imposible que el menor haya sido abusado en los horarios de la mañana, mientras su madre trabajaba y que concurra a la escuela en horario matutino, haciendo por ello referencia al mismo espacio temporal. Este razonamiento no resiste el más liviano análisis a la luz de la experiencia: resultan totalmente probables los dichos del menor. Veamos, en primer lugar, y tal como surge de la más común de las experiencias, sabemos que en época escolar el menor no concurría a clases al menos dos veces a la semana - sábados y domingos-, así como tampoco lo hacía en los numerosos feriados y asuetos escolares –que perfectamente podían ser días laborables- y que no concurría a clases en las épocas de recisión escolar –vacaciones de invierno y verano-, tiempo en el que pudo, y así quedó acreditado, estar al cuidado de su progenitor mientras su madre trabajaba. Independientemente de ello, bastaban

solo unos escasos minutos en los que el niño quedara al cuidado del padre para que éste pudiera consumar el coito. Así, al relatar el menor el suceso de acceso carnal, el mismo expresó que su padre le decía "si, ya va, ya termino, ya termino, tranquilo", haciendo referencia a un escaso lapso

temporal del acto. ---------- Por todo ello, no considero que sobre este punto el testimonio del menor sea incongruente.---------- Tampoco resulta incoherente, tal como lo señala la Defensa, que los abusos hayan acontecidos de noche y en el colchón. Reprocha la Sra. Defensora que este punto es inconsistente puesto que tal hecho, si fuera así, habría acontecido a la luz de la presencia de los restantes miembros de la familia. Y así ocurrió, puesto que es la propia hermana menor de la víctima, K. de cinco años, la que en definitiva realiza el develamiento y relata a su madre y a la Licenciadas H. y O. haber visto una "pelea" entre su hermano y padre, con lo que se validaría el relato del menor L.. ---------- Si bien es cierto que el relato del niño es desafectivado, al momento de realizar su testimonio, esto resulta claramente explicado en su voto por la Jueza EIZMENDI, quien al meritar la Cámara Gesell del menor expresó: *"Cada niño reacciona de determinada manera ante situaciones de peligro o traumáticas, no pudiéndose por tanto generalizar ya que ello resultaría riesgoso en el entendimiento que cada situación abusiva posee su propia idiosincrasia al igual que el vínculo que se genera entre el abusador y el abusado. Lo que hemos podido observar en L. es la forma en la que él pudo manifestarse en relación a los acontecimientos vividos. La Defensa se refirió a que el niño efectuó un relato desordenado, impreciso, sin demasiados detalles, pero de modo alguno ello constituye un menoscabo en su deposición, la que no ha sido vista como alterada en su coherencia. El niño dijo lo que pudo decir en las condiciones que se*

*encuentra; no habló de la encopresis que padecía por ejemplo, sin embargo a preguntas de la entrevistadora mencionó descomposturas; la lógica aplicada a sus dichos me lleva a inferir que omitió señalar con quince años ya, que se hacía caca encima*". ---------- -

---------- Con todo lo analizado, y tal cual lo acredita la prueba física, el testimonio resulta con coherencia interna y externa, con lo cual es verosímil. -------

---------- Otro punto cuestionado por la Dra. D. B., y ya atacando la materialidad del hecho, es que los jueces descartaron las manifestaciones del médico legista Dr. J., quien a partir de análisis de los informes del médico forense y de las fotografías por este tomadas concluye que la existencia en L. de un ano infundibuliforme no implica derechamente una situación de

abuso.---------- --

---------- He aquí de resaltar que justamente el médico de parte corrobora la característica particular del ano del niño, tal como lo verificaran el médico N. y la Dra. N.. Es decir que apoya las conclusiones médicas a las que han arribado los médicos que depusieron, y junto a los mismos, confirma que el mismo resulta ser infundibuliforme. ----------

Posteriormente el Dr. J. relata que ésta variante anatómica resulta si bien normal infrecuente, y que no está asociada, conforme la moderna bibliografía médica, con una situación de abuso sexual.---------- ---------- No voy a cuestionar la idoneidad del mencionado galeno, pero los dichos del mismo y su apoyatura a moderna bibliografía médica no me conmueven para descartar que nos encontramos ante la presencia de un menor que presenta signos de abuso sexual, ya que la presencia de un ano con tales características se debe analizar en conjunto a los demás elementos - como el testimonio del menor víctima, de su hermana de 5 años, de la madre, del relato de los psicólogos tratantes, los psiquiatras y sus

respectivos informes- que nos llevan a la mencionada conclusión. ----------
---------- ---------- Tal como se expresa y en relación a un ano infundibular: *"La tendencia actual es considerarlo como una variante normal de la disposición anatómica del ano, careciendo de validez cuando se lo halla en forma aislada. Sin embargo, en el atentado sexual anal agudo, el aspecto infundibular del ano aparece como consecuencia de la contractura refleja del músculo elevador del ano que acompaña a las lesiones anales, que hunde y deprime los tejidos perianales"*

(Evaluación física médico forense del abuso sexual infanto – juvenil, Marcela Criado y Graciela Eleta, Dos y Una Ediciones Argentinas, pág. 72 y ss).----------
---------- Si bien es cierto que no todo ano con éstas características confirmen un abuso sexual, si se parte de un relato en el que se devela un abuso sexual, clara y lógicamente, la presencia de tal característica física es consecuencia del mismo.----
-

---------- También se cuestionó que la encopresis de larga data que presenta L., se podría atribuir a un sinnúmero de causas. Si bien ello es cierto, no debemos soslayar que éste dato no resulta ser aislado y se apontoca con el resto de las probanzas ya expresadas.---------- ----
---------- Tal como lo enseña Rozansky, en la obra ya citada *"... es frecuente observar diversas reacciones orgánicas que Intebi agrupa como "indicadores físicos inespecíficos" ya que si bien no tienen una relación causal con el abuso, y pueden aparecer sin que éste exista, están estrechamente vinculados a situaciones de estrés elevado. Estos son… Encopresis (incontinencia de material fecal) en niños que ya habían logrado el control esfinteriano) (*Ob. Cit., pág 60).---------- ------
---------- Con todo lo expuesto, la tesis defensista pretende analizar datos objetivos acreditados como elementos aislados– ano fundibuliforme, encopresis-, los cuales

al ser analizados con el resto del plexo probatorio, en nada me conmueven para no tener por acreditada la materialidad del hecho, descartando sobre este punto los agravios impetrados. ---------- El último agravio se refiere a la determinación de la pena.----------

---------- Con relación al mismo, he de expresar que le asiste parcialmente la razón a la recurrente.----------

---------- Así existe una doble valoración, cuando la Magistrada PÉREZ BOGADO pondera, al momento de cuantificar la pena, la relación de asimetría por la relación de confianza y el abuso de poder ejercido sobre el niño. Esta circunstancia está contenida en la figura penal en la que se encuadró la conducta de B..------- ----------- Tampoco puede sostenerse que resulte ponderable las consecuencias a nivel familiar que debió afrontar la madre del niño, ni la afectación psicológica de la menor K..---------- ---

---------- Sí hallo correcta la valoración de la ponderación realizada como circunstancia atenuantes –falta de antecedentes penales- al mismo tiempo, que aquellas circunstancias agravantes correctamente ponderadas por el Juez Orlando, cuando explica claramente que lo llevan a alejarse del mínimo de la escala penal, las cuales comprenden la extensión del daño y la

naturaleza de la acción. ----------

---------- Al respecto comparto lo manifestado por el Magistrado cuando expresa: *"... no puede obviarse en el presente caso el daño psíquico que sufriera el niño L., como consecuencia del ilícito del cual resultada víctima. Pues desde tal óptica, se cuenta con el testimonio del Dr. G., quien refirió la presencia de un stress pos traumático en el joven, con las consecuencias que ello trae aparejado, (depresión, trastornos físicos que pueden ser gastrointestinales, cefalea, fatiga, etc.). Esta circunstancia entiendo se advierte objetivamente comprobada, por*

*cuanto ingresa dentro de los parámetros de extensión del daño y como tal debe ser ponderado. No en los términos esgrimidos por la Sra. Fiscal, que le otorga un alcance de amplísima extensión, con clara repercusión en la ponderación de la pena, por cuanto allí habré de compartir los fundamentos expuestos por la defensa, en cuanto a que el grave daño en la salud está contemplado como reproche penal, en la señalada norma, pese a lo cual, la Sra. Fiscal, no formuló acusación. Ponderar en los términos peticionados la cuestión, es equivalente a imputar el elemento normativo sin que éste integre la acusación. No así, como circunstancia agravante, que permite a mi juicio apartarse del mínimo, dado que efectivamente hubo una situación de daño psíquico en el menor, corroborado por ese stress post traumático. A partir de lo expuesto, entiendo que se encuentra acreditada la existencia, en cuando a la extensión del daño; la cual tiene límites y se encuentra objetivamente corroborado*". ---------- ---------- No coincido con la defensa al esgrimir que el Dr. Orlando no ha explicado la forma en que arriba al quantum de la pena, pues como lo expresara el mismo, la valoración de la extensión del daño y las características del hecho, lo hacen apartarse del mínimo legal aplicable al presente caso. ---------- ---------- Así las cosas, considero justo reducir la sanción penal, imponiéndosele una pena de DOCE años de prisión. Así lo voto.---------- ---------- Por último, con relación a los honorarios profesionales de la Defensora Pública Penal, Dra. Gladys D. B., por su actuación en esta etapa, juzgo adecuados fijar los mismos en Dieciséis JUS (Ley V Nª 90, antes Nª 4920, art. 59). Así lo voto.---------- ---------- **La Juez Flavia Flavia TRINCHERI dijo:**----------

---------- Comienza haciendo uso de la palabra la Dra. Gladys D. B. por la Defensa del señor M. A. B. ratificando el escrito que oportunamente presentara, impugnando la sentencia 2586/15 dictada por los Jueces

Penales Marcela Alejandra PÉREZ BOGADO, Stella EIZMENDI y Francisco Marcelo ORLANDO en fecha veintiocho de setiembre del corriente año, que condenara a su pupilo a la pena de trece años de prisión. ----------

---------- Los argumentos dogmáticos impetrados por la señora Defensora, la base fáctica sobre los que se sustenta y la réplica de la señora Fiscal Dra. María Angélica Cárcano fueron volcados por el colega que me precede en el voto, por lo que a ellos me remito y no he de reiterarlos.---------- ----------

-- Comenzando con los agravios conforme al orden que le diera la defensa me ocuparé de la nulidad de la acusación por existir una indeterminación en el hecho imputado, encontrándose consecuentemente vulnerado el principio de congruencia.----------

---------- El principio del congruencia deriva de la garantía de *defensa en juicio* que se encuentra compuesta por reglas procesales, entre ellas, la *correcta intimación de la imputación* que la defensa encuentra viciada. Esta regla procura evitar la lesión a los derechos del imputado quien no debe sufrir variaciones en el marco fáctico que constituyan *sorpresas* y le impidan el ejercicio de la defensa. ----------

----- Este principio busca asegurar que el relato del hecho que se realiza en el proceso tenga una estrecha correspondencia con los hechos de la causa.---------- ----------

-- Dicho esto y, analizando aquellas indeterminaciones en el hecho que señala la defensa encuentro que las mismas son sorteadas con éxito por los jueces en oportunidad de responder el embate, aclarando que no reseñaré la parte pertinente de sus votos a fin de no sobreabundar.----------

---------- Así se aclaró la cuestión relativa al año –2009- en que el Ministerio Público Fiscal tuvo por acreditados los hechos objeto de la acusación y que fueran tomados a partir de la denuncia radicada por la señora S., también el tiempo y lugar en que se produjeron los hechos esto es, cuando los padres aún convivían en el departamento de calle P. y luego de la separación en una vivienda del Barrio C. IV, habitada sólo por el imputado. Se determinó como lugar de ocurrencia de los hechos el interior de esos domicilios, resultando irrelevante la duda que busca generar la defensa acerca de si algunos de los acometimientos se produjo en un sillón- tomando las palabras de la menor K.- y no en la cama donde dormían. ----------

---------- Para finalizar en cuanto al *modo*, la defensora en la audiencia de impugnación se preguntaba a viva voz *"¿Qué es penetración por el ano?"* queriendo demostrar con ello que el tribunal de juicio realizó una equiparación entre el concepto de *acceso carnal* contenido en la norma jurídica con esa explicación –*penetración por el ano*- que sólo constituye una respuesta formal. No he de transcribir lo dicho por los magistrados, pero del examen de sus votos, opino que se halla debidamente detallada la modalidad delictiva que se le enrostra a B.. ----------

-- Como dijera cada una de estas cuestiones estaban expuestas y no constituyeron sorpresa alguna para el señor B.. Él mismo en las oportunidades en que declaró durante el proceso –tanto en la etapa preliminar como durante el debate- se expresa en relación a los hechos, niega la imputación, se proclama inocente, lo que me lleva a inferir que comprendió la acusación que pesaba sobre él. Adviértase que se refiere a las actividades que hacía con el niño, al trato que le daba y hasta ensaya una justificación en cuanto a la anatomía que presenta el ano del menor diciendo que la madre le introducía el dedo cuando era bebé para que pudiera defecar.----------

---------- Dicho esto, colijo que B. tomó

real conocimiento de los hechos que configuraban su conducta disvaliosa a través de una relación clara, precisa y circunstanciada pudiendo tal imputación ser confrontada y contradicha a lo largo del juicio.----------

---

---------- Como sostuviera al inicio, si hubiera variado el supuesto fáctico o existiera una indeterminación tal que llevara a la sorpresa de la imputación, estaríamos ante una vulneración del principio de congruencia y consecuentemente una violación al derecho de defensa en juicio del señor B.; pero no es el caso que nos ocupa y opino que si acogiéramos favorablemente el minucioso examen parcelado que plantea la defensa, se desnaturalizaría la finalidad de la garantía procesal que esa parte encuentra vulnerada.----------

---------- Con acierto, en relación a esta consideración la doctrina tiene dicho: *"De allí, pues, que, sea exacto que la mutación esencial del factum contenido en la acusación es incompatible con la legítima intervención del imputado en el debido proceso, impuesto por la Constitución Nacional como presupuesto de la pena (art. 18 CN). Sin embargo, no es infrecuente la aparición de casos que apuntan, sobre todo, a delimitar teóricamente los poderes del juzgador, aunque en rigor de verdad la frecuente apelación a transformar las cuestiones fácticas en meras divergencias jurídicas, aunadas a la percepción de la incongruencia como una mera infracción formal sin contenido alguno, torna bastante difícil su concreción real, en notorio contraste con la teoría expuesta desde la doctrina procesal".* Julián Horacio Langevin. Nuevas Formulaciones del principio de Congruencia: Correlacion entre Acusacion, Defensa y Sentencia. Fabián J. Di Plácido Editor –Buenos Aires- 2008, pág. 42.----------

---------- Por lo dicho, propongo al acuerdo rechazar la nulidad de la acusación planteada por la defensa.----------

- ---------- En cuanto al agravio acerca de la modalidad de delito continuado por el que resultara condenado B., adelanto que no tendrá éxito. ---------- El embate lo hace la defensa valiéndose en parte del agravio anterior: como existe imprecisión en el hecho enrostrado, no hay una conducta típicamente idéntica o similar y no puede sostenerse que exista delito continuado.-- ---------- Sabido es que si bien el delito continuado no está expresamente contemplado en nuestro Código Penal, en la práctica se admite tal modalidad a fin de permitir la imposición de una pena única y no una pena acumulada.- Características de esta modalidad son la unidad de resolución criminal y de lesión jurídica, elementos unificantes que borran la diversidad objetiva de los actos ya que para que se configure el delito continuado, es indispensable la pluralidad de acciones separadas en el tiempo.---------- ---------- Tales cualidades se encuentran cumplidas en el presente caso. La modalidad de la imputación está dada por la resolución criminal de B., quien satisfacía su lascivia sometiendo sexualmente vía anal a su hijo varón menor de trece años y también después, hechos que ocurrieron de forma similar y

sucesiva entre los años dos mil nueve y dos mil trece. ---------- ---------- Por lo ya dicho y remitiéndome a los conceptos vertidos, propongo al acuerdo rechazar tal agravio. ---------- ---------- El siguiente ataque comprende la materialidad del hecho y la autoría en cabeza del señor B..- He de decir que el Tribunal A Quo arribó a la certeza requerida para la determinación de ambos extremos, realizando los Jueces un análisis pormenorizado de los numerosos testimonios vertidos en debate, de la lograda declaración en cámara Gessell de la víctima, de la prueba documental y pericial aportada, llegando a sus conclusiones en base a un concienzudo examen del cuadro probatorio, descartando fundadamente todas las quejas realizadas por la

Defensa. ----------

---------- Los jueces valoran el testimonio de la Sra. S., madre de L., quien relata las circunstancias en que se desenvolvía su vida familiar junto a M. B., previo a su separación, los lugares donde convivieron, las situaciones de violencia sufridas, así como los problemas de sus hijos que la llevan a realizarles diferentes tratamientos psicológicos y estudios médicos – particularmente a L., respecto del cuadro de encopresis que sufría. También relata los pormenores de su separación, y las circunstancias en que su hija K. le explica que L. y su padre *peleaban*, mientras el niño era *aplastado* por éste último, develación la llevó a realizar la denuncia, a pesar que aún no podía creer que su hijo fuera abusado sexualmente por su padre.---------

---------- Éste último aspecto es corroborado por la Sub Oficial V., empleada policial que toma la denuncia a la Sra. S., y quien recuerda que la misma estaba en un estado de descreimiento, como que *no caía* que estuviera ante un abuso.----------

---------- Lo expresado por la denunciante es aunado con lo relatado por el niño L. en Cámara Gesell, quien dice cómo su hermana K. devela la situación de abuso sexual a la que era sometido por su padre, cómo desconoce el abuso en un principio, para después expresar que su padre lo accedía analmente mediante la fuerza, diciendo textualmente "*lo que él me hacía era agarrarme fuerte los brazos, ponerme boca abajo y ahí empezaba. Y me decía "si, ya va, ya termino, ya termino, tranquilo". Y de ahí tengo un rompecabezas, tengo un rompecabezas que le faltan piezas*." ----------

---------- En cuanto a la ponderación que efectúan los Magistrados del testimonio del menor, particularmente la Jueza EIZMENDI en su voto merita respecto al mismo: "*Hemos oído a las psicólogas E. S. y O. acerca de las dificultades que el niño tenía al momento de recordar el abuso, siendo invadido por una carga emotiva*

*y agresiva dirigida hacia la persona de su padre que le impedía continuar hablando del tema. Tal es así que como dijera, ello le impidió declarar antes del debate, sosteniendo aquel develamiento que como pudo, de acuerdo a las herramientas que su psiquis le proveía, le contó a su madre, a la Lic. G., su terapeuta, a la Lic. O. y a la psicóloga forense E. S., oportunidades en las que refiriera ante las profesionales que su padre le había roto el músculo del ano, que había abusado de él, siendo así como él lo entendía"*.---------- Concatenados estos testimonios, los mismos también se corresponden con elementos objetivos llevados al debate: la prueba médica aportada por el forense Dr. Leonardo N., quien además de realizar una pericia sobre el menor, junto a las Dras. N. y H., lo examinan y concluyen que L. presentaba "ano infundibuliforme y borramiento de pilares en perímetro". También debe destacarse lo aportado por los médicos G. y B., quienes corroboran lo consignado en la Historia Clínica del niño, y explican al tribunal los estudios médicos que realizaron a L. a raíz de la encopresis que el mismo padecía –previamente a la sospecha de la denunciante del abuso sexual que estaba sufriendo su hijo- concluyendo ambos galenos que tal cuadro no se debía a patologías del niño, que los estudios arrojaban resultados con parámetros normales en su persona, lo cual se condice con las expresiones aportadas por las terapeutas que depusieron respecto al estado emocional y

psicológico del menor.---------- Entiendo que todas las críticas realizadas por la Defensa, respecto a la valoración arbitraria de la prueba, no encuentran asidero. Es así como el agravio referido a la falta de coherencia en el testimonio del menor y los sucesivos dictámenes acerca de si podía o no declarar, fueron clarificados por los judicantes con sustento probatorio. Explicaron su cuadro emocional, sus dificultades al expresarse y su disociación ideativa, su falta de expresión al deponer lo vivido; todo

ello como un mecanismo de defensa ante lo sufrido. ----------

------ A pesar de la insistencia de la defensa y los testimonios brindados por las familiares del encartado –quienes tienen interés en el resultado del juicio- no pudo demostrarse de manera alguna que la señora S. manipulara al imputado, direccionara el relato de sus hijos para perjudicar a su ex marido e hiciera conclusiones propias acerca de lo ocurrido y que éstas se alejaran de la verdad –ello en alusión a los dichos de la denunciante que la señora defensora tildó en audiencia de *arbitraria asociación de ideas*: "*... cuando K. dijo que el papá aplastaba a L., ahí me cayó la ficha se trataba de un abuso"*. ---------- La señora S., impulsó el proceso penal cuando vio que su hijo era víctima de un delito con contenido sexual a manos de su padre, no lo hizo cuando sólo existían desavenencias familiares las que de por sí contenían violencia verbal y moral llevadas adelante por parte del condenado. Ella buscó averiguar en mas de una profesional cuales podían ser las causas que llevaban a sus hijos a sufrir las dificultades que tenían: en el aprendizaje escolar, la enuresis, la encopresis; no surge de ninguna prueba que ella haya dirigido la imputación hacia B. hasta que no fue confrontada con la prueba científica que le demostró casi de manera indubitable el abuso sexual al que había sido sometido. ----------

---------- En relación a esto último he de decir - así lo apreciaron los jueces del tribunal- que ha resultado ligero y falto de convicción el testimonio del médico legista Dr. J. J.. El profesional examinó la documentación pericial, informes de los demás médicos y placas fotográficas tomadas al joven para ensayar una estrategia disuasiva de la prueba de cargo basada en un número ínfimo de probabilidades que no alcanzaron a desvirtuar el cuadro cargoso. Es así como sostuvo que la anatomía del ano del joven *era normal pero infrecuente*, que era *lombrosiano* pensar que esa conformación anatómica se debe a practicas sexuales anales, que la encopresis en sí misma *no* es un indicador de abuso sexual infantil, pudiendo deberse a múltiples

factores. ---------- Como dijera, este testimonio resulta insuficiente para otorgarle entidad probatoria de descargo, ello no puede hacerse ni aún valorándolo aisladamente. Sus aseveraciones son muy poco probables y su eventual fuerza convictiva cede ante la ponderación del cuadro cargoso que compone la acusación que lleva a los jueces a tener por acreditada la materialidad del hecho y la autoría por parte de M. B.. ---------- ---------- A modo de cierre del enlazamiento de pruebas que vengo detallando, cabe citar el voto de la Juez EIZMENDI el que en su parte pertinente dice: "… infiero la materialidad y autoría de los hechos que le fueron imputado a M. B., de las manifestaciones del niño en Cámara Gesell; de la declaración de su madre Sra. P. S. que introduce los dichos de oídas de su hija menor K.; de informes de las distintas profesionales de la psciología, la Lic. G., la Lic. O., la Lic. H., la Lic. S.; de las certificaciones de los Dres. N., médico forense; de la Dra. Z. N., de la Dra. G., neuróloga infantil: de la Dra. H., demás pericias, informes policiales y sus declaraciones testimoniales vertidas en audiencias coincidentes con la denuncia radicada en sede de la Comisaría de la Mujer por la denunciante, madre de L., las que contrapuestas por los testimonios aportados por la Defensa no logran conmover la estructura conformada por la prueba de cargo…".----------

---------- Por lo dicho y ponderado, propongo al acuerdo rechazar este agravio.-

---------- Por último, en relación al embate respecto de la dosificación de la pena impuesta a M. A. B. he de adelantar que tendrán acogida favorable en forma parcial pues tal como sostiene la Defensa se ha incurrido en una doble valoración al ponderar circunstancias contenidas en el tipo penal enrostrado y al mismo tiempo al determinar la pena, correspondiendo consecuentemente

disminuir el monto punitivo . ----------

---------- En tal yerro incurre la Juez Marcela Pérez Bogado. La defensora critica que en su voto en la página setenta y tres, la Magistrada le dedica un acápite completo a *" la agravante por ser el progenitor del niño"* , ello es correcto porque tal análisis está enmarcado dentro del **Punto III: Calificación legal**. Ahora bien, lo cierto es que más adelante en la página setenta y siete al explayarse en el **Punto IV: La pena a imponer**, cae en el error señalado. ----------

--------- Así se advierte: *"... En lo que hace a la magnitud del injusto valoro, que el bien jurídico protegido establecido la libertad sexual de L. B., ha sido vulnerado, por la persona que al momento del hecho por su padre debía protegerlo, y en el año 2009 contaba con nueve años, es así que para lograr su propósito criminal, se aprovechó de la relación de asimetría existente entre ambos*…." (Vid. Fs. 77 o folio 124).---------- ---------- Conforme se vislumbra la calidad de padre del menor L., la edad del mismo, y el aprovechamiento de la relación resultan ser circunstancia contenidas en el tipo penal enrostrado a B. del art. 119 CP, tercer párrafo y último párrafo inc. b) tal como destaca la señora Juez, no obstante ello lo pondera como agravante nuevamente al aplicar la sanción.---------- ---------- Tal como ya dijera en autos "Llorens, Ceferino" Expte 13/13 CPPM en relación a un planteo similar con intervención de la misma judicante, se pondera la prueba de una forma expresamente vedada al momento de imponer la sanción penal. - Respecto de la prohibición de doble valoración la doctrina tiene dicho: *"... los tipos penales describen las conductas de las que puede derivarse una pena; se trata de requisitos mínimos para que alguien sea castigado; seria entonces ilógico que la pena que el juez selecciona para el caso fuese agravada por haberse realizado un aspecto del hecho necesario para el perfeccionamiento del tipo; este principio, que veda la*

*consideración de componentes de la figura básica, atenuada o agravada para la medición de la pena, no se encuentra explicitado en el Derecho argentino..."* Conf. Abel Fleming y Pablo López Viñals, "Las Penas" Rubinzal Culzoni Editores, Sta Fe, Octubre de 2009 pág. 369. ---------- ---------- La circunstancia de haber echado mano como agravante a componentes de la figura legal ya escogida ha empeorado la situación de B. por lo que he de apartarme del monto de pena impuesto.- A ello volveré a referirme más adelante.---------- ---------- También encuentro le asiste razón a la defensora en cuanto ponderaron como agravantes comprensivos de la extensión del daño causado, los cambios de hábitos en la familia (vid. Voto de la Juez PÉREZ BOGADO) o el acompañamiento de los niños ante los profesionales tratantes que debió hacer la señora S. (vid. Voto de la Juez EIZMENDI).---------- ---------- Ahora si he de referirme a los agravantes debidamente evaluados. ---------- Los miembros del tribunal de juicio se explayan acerca del daño psíquico del menor L., constituyendo ello la extensión del daño. Con apoyo en los testimonios y profesionales intervinientes, dan cuenta que el niño a la fecha presenta un cuadro de trastorno post traumático con depresión crónica secundaria, con inhibición y ánimo deprimido, que debió ser medicado por su encopresis, teniendo una respuesta satisfactoria pero no total. El Dr. G., médico psiquiatra enumeró las consecuencias desde el punto de vista neuropsicológico, déficit de atención selectiva, sostenida, memoria episódica, problemas en la voluntad, rasgos inhibitorios y desconexión encontrándose afectados el reconocimiento, el ánimo descendido, déficit en la relación con los pares y muestras de desinterés con el entorno. En cuanto al futuro, habló de un mal pronóstico, dado que el joven tenía rasgos de caer en la depresión u otros cuadros de tipo psiquiátricos. ----------

---------- Dicho esto y en relación a la crítica acerca del grave daño psicológico de menor L. que no fue incluido como agravante del tipo penal del art. 119 cuarto párrafo inc. a) del CP en la acusación estando contemplado en el código de fondo, ello no obsta, a que comprobadas dichas circunstancias, pueda ser tenido en cuenta como agravante de la pena. – Encuentro adecuada la terminología del tribunal al decir *grave daño*. Se trata de un concepto gramatical, entendiendo como tal *un daño de entidad, de importancia*. Aquí se ha utilizado para ilustrar un cuadro de situación sin tener que ajustar las palabras literalmente a la agravante del inciso a). ----------

---------- Para concluir con las circunstancias agravantes, también debe ser tenido en cuenta el daño psíquico provocado a la niña K., acreditado con el testimonio de la Licenciada H.. Sobre este tópico, en relación a lo analizado por el Juez ORLANDO en su voto al decir: " … *Ello abarca el comportamiento desplegado por el imputado, en el marco de la ejecución de los hechos por los que resultara condenado, siendo que en dicho marco poco le interesaba la posibilidad que su otra hija, observara o conociere tales episodios por cierto ilícito, peso a lo cual, continuaba su acción sin importar las consecuencias que pudiere originar en la psiquis de su otra hija*…", se advierte que este Juzgador enmarca tal conducta realizada por B. como "naturaleza de la acción" encontrándola como circunstancia agravante y descartando que sea "extensión del daño" como critica la defensa. – Esta diferencia de interpretación entre los judicantes, no invalida *per se* la mensuración de la pena toda vez que los tres coinciden en que se trata circunstancia agravante. ----------

-------- Sobre este tópico en particular, soy de la opinión que en cuanto a K., estamos ante una víctima secundaria del delito que nos ocupa. Ella con sólo cinco años vio como su padre de forma desaprensiva abusaba sexualmente de su hermano, vivencia que le dejó secuelas psíquicas que fueron descriptas y se tienen por acreditadas,

comprensivas de la extensión del daño causado. ---------- Por último, los atenuantes valorados por los Magistrados como ser, la falta de antecedentes penales y un buen concepto entre sus amigos y allegados

resultan adecuados.----------

---------- Asi las cosas y conforme la mensuración de pena que hicieran los jueces de grado y descartando las desajustadas ponderaciones que efectuaran, encuentro justo y razonable reducir la pena impuesta a M. A. B. a DOCE años de prisión. Así voto.---------- ---------- Respecto a la regulación de honorarios de la Dra. Gladys D. B., comparto lo propuesto por el Juez que lidera el Acuerdo.- Así lo voto. ---------- **El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo**:---------- ---------- Ha llegado la presente Carpeta a esta Alzada en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por la Sra. Defensora Pública Penal Dra. Gladys D. B., a favor de M. A. B., contra la sentencia Nº 2586/15 de fecha 28 de septiembre de 2015, donde se condenara al nombrado a la pena de Trece Años de prisión en orden al delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo en la modalidad de delito continuado (Arts. 119 tercer y cuarto párrafos inc. b del C. Penal. ----------

---------- Dado que se encuentran descritos los agravios al principio de esta sentencia, los que constan además en el escrito impugnatorio y en el audio correspondiente, en honor a la brevedad a ellos me remito, por lo que omitiré aquí nuevamente su reproducción. ----------

---------- Ha dicho en su alegato la Sra. Defensora que el juicio es nulo por acusación defectuosa; que se ha afectado el principio de congruencia; que la sentencia es arbitraria en la valoración de la prueba tanto respecto de la autoría como de la materialidad del hecho y que, en su caso, de desecharse los agravios anteriores, se decrete la nulidad parcial de la sentencia en la determinación de la pena por

violación del principio de prohibición de doble valoración, por afectación del *ne bis in idem*, por violación del principio de culpabilidad, por arbitrariedad en la determinación fáctica de las circunstancias valoradas. ----------

---------- Comenzando con el análisis de los agravios, adelantaré que salvo aquel que se refiere al monto de la pena impuesta, los demás no tendrán favorable acogida. ----------

---------- Del repaso de las piezas procesales en examen se advierte que al tiempo de acusar el Ministerio Fiscal, previo a la audiencia preliminar, al inicio de debate y al final del mismo, describe los hechos que imputa como ocurridos luego del año 2009 en una determinada vivienda –ubicada en calle P. XXX- y desde el año 2012 en otra casa –ubicada en el Bo. C. IV-, sitio donde vivía el imputado y donde el menor lo visitaba, ambos domicilios en esta ciudad de Puerto Madryn. Al respecto ha sido tan clara la determinación del espacio de acometimiento que la Defensa sólo atinó a cuestionar, en cuanto a este tópico, que no se detalló el lugar -dentro de la vivienda- en que habrían ocurrido los accesos, empero, no que ellos habrían tenido lugar dentro de esos domicilios. Estas circunstancias espaciales no podían ser discutidas pues efectivamente eran sitios donde vivía el imputado. El primero con su núcleo familiar y el segundo, ya separado, donde vivía sólo. ----------

---------- Desde este punto de vista, no encuentro para nada cuestionable la imputación, tanto que el condenado en todo tiempo pudo perfectamente ejercer su derecho a defenderse a partir que se trataba de domicilios donde residía. Pretender declarar la nulidad de la acusación y de la sentencia por no haber determinado el menor el espacio del interior de las viviendas donde era sometido por el padre, relato que a su vez se lleva a cabo en el juicio -Cámara Gessell-, en momentos en que transitaba por un tratamiento psicológico-psiquiátrico a resultas de los abusos,

debe desecharse sin mayor análisis. ----------

---------- Es débil el recurso en este aspecto, al intentar fulminar de nulidad una acusación y su correspondiente sentencia de condena, cuando el sustento es la ausencia de descripción pulcra de espacios dentro de un domicilio perfectamente señalado y reconocido por el imputado. A guisa de ejemplo de que la imputación en la acusación y el reproche final en la sentencia esta adecuadamente indicado, cabe señalar que B. declaró en más de una oportunidad, y en ninguna de ellas señaló que no comprendía o no entendía qué delito se le achacaba o acaso el lugar de acometimiento de este, sino que, por el contrario, narró en estas ocasiones cuándo era visitado por su hijo, las tareas que desarrollaban y el motivo de porqué tendría éste su lesión anal –tocamientos de su esposa cuando era bebe-, más allá que en cada oportunidad se declaró inocente del caso. ----------

---- La pieza procesal acusatoria presentada por el Ministerio Público Fiscal ha sido de fácil comprensión para la contraria, quien pudo ejercer, sin límites ni censura su derecho de defensa, ofreciendo toda la prueba que a su juicio era conducente para lograr su cometido de desligarse de la acusación. Si no ha logrado ello es porque la prueba que obraba en su contra ha sido a juicio de la

Fiscalía y de los Juzgadores contundente, por lo que el recurso respecto a esta cuestión debe rechazarse sin más. ----------

---------- Respecto a que no se han especificado el momento de producción de los hechos imputados, entiendo menester expresar, luego de un repaso de la Carpeta Judicial y las piezas procesales relevantes, que desde el inicio y durante todo el proceso se investigó, se acusó y se condenó por hechos que habían ocurrido desde el año 2009, más luego de un interregno se agregaron hechos ocurridos a partir del año 2012. También se ha indicado que se trató de un delito continuado, respecto de hechos acaecidos en los tiempos antes dichos y en los lugares de Puerto Madryn

antes determinados. B. llevó adelante una única conducta disvaliosa como unidad de resolución a través de los años. Fue el abusar de su hijo el factor principal, factor psicológico o final del dolo, al decir del Prof. Eugenio Zaffaroni, por los hechos ocurridos desde el 2009 en adelante –art. 63 del C.P.-. "*La repetición de conductas típicas no implica un concurso real, sino un mayor choque de la conducta típica contra el derecho, es decir, un mayor contenido de injusto de la conducta."* E. Zaffaroni – Slokar –Alagia -, Manual de derecho Penal, pag. 671. ----------

---------- En relación al elemento productor de la lesión anal por penetración, vale destacar que durante el desarrollo del proceso la vinculación de B. con el hecho criminal radicó en acceder carnalmente a su hijo L.. No se aprecia de las sucesivas audiencias y por ende de las sucesivas imputaciones que el encartado no entendiera que su presencia ante los estrados judiciales lo fuera por haber penetrado vía anal con su pene a su hijo menor. Pretender a esta altura del proceso incorporar una duda respecto a cuál fue el elemento con que B. penetrara a su hijo, admito que da lugar a cierta perplejidad. Cierto es que la Defensa, dentro de su arsenal de instrumentos puede intentar colocar aquel que más favorezca los intereses de su defendido, empero, en el caso, observo que sólo se trata de agregar una situación que, además de estar absolutamente fuera del contexto en que desarrollaron los hechos, pues en total y absoluta noticia estuvo el condenado que se le imputaba haber sodomizado a su propio hijo en los lapsos temporales antes especificados. ----------

---------- La materialidad y autoría han quedado acreditadas por las declaraciones de L. B., su madre P. S., las psicólogas S., O., G., H., los médicos N., N., G., H.; los dichos de la menor K. B. que si bien no fue traída a proceso, los mismos se encuentran validados por otros testigos que son contestes en el relato de la niña, así como la prueba pericial –informes psicológicos y psiquiátricos- e historia

clínica. ---------- En ese sentido ha sido preciso el Juez ORLANDO al valorar la totalidad de la prueba producida en debate que: "*La prueba testimonial producida, no ha hecho más que confirmar la plataforma fáctica, sobre los presentes actuados fueron elevados a juicio; el testimonio de la víctima, junto a las restantes declaraciones testimoniales, los informes médicos y psicológicos fueron convalidados por la declaración de los profesionales intervinientes en el debate dan sustento a la acusación deducida".*---------- Respecto a que la declaración del menor en Cámara Gesell habría sido tomada bajo preguntas sugestivas, debe traerse a colación lo que calificada doctrina apunta sobre este asunto: "*En cualquier caso, la exploración de los menores deberá ajustarse a los mismos en función de lo antes expuesto y la edad, características psicológicas (nivel de conocimientos, desarrollo intelectual, uso del lenguaje, memoria y características de su personalidad), utilizando un lenguaje comprensible para el menor e intentando establecer una relación cálida, cercana y acogedora, que diluya su miedo y sus sentimientos de vergüenza y culpa. Para ello resulta adecuado el uso de actividades relajantes que favorezcan la comunicación al reducir el nivel de ansiedad de los menores (charla, dibujo, etc)".* ("Valoración del testimonio en abuso sexual infantil, (A.S.I.)", C. Jiménez Cortes y C. M. Alonso, Revista Cuad Med Forense, 12 (43-44), Enero – Abril 2006, pág. 90). En razón a estas consideración en tanto hube de repasar toda la declaración prestada en Cámara Gesell, no se advierte en la misma ni en las preguntas que le hiciera el profesional actuante, que el relato hubiera estado dirigido o bajo preguntas indicativas, pues, por las circunstancias que rodearon los hechos y la edad del menor víctima, debió llevarse adelante esta medida conforme las pautas antes señaladas. Por ello que debe rechazarse sin más la solicitud de la Sra. Defensora. ---------- Finalmente, y como adelantara al principio del voto, entiendo que la pena deberá ser disminuida

por una doble valoración de circunstancias propias que se destacan en el tipo penal calificado que aumenta la pena en su mínimo y en su máximo. Se trata de haber incluido dentro de la fundamentación aspectos tales como: "*En lo que hace a la magnitud del injusto valor, que el bien jurídico protegido…ha sido vulnerado por la persona que al momento del hecho por ser su padre debía protegerlo… se aprovechó de la relación de asimetría existente entre ambos. ..asimetría por la relación de confianza y el abuso de poder ejercido sobre el niño*..", del voto de la Jueza Pérez Bogado; o: …"*así como el empleo del abuso de poder o señorío sobre el menor…"* del voto de la Jueza EIZMENDI. ----------

-

---------- Sin dudas que el legislador al agravar la pena en el inciso b, párrafo cuarto del artículo 119 del C.Penal cuando el abuso sexual fuera cometido por un ascendiente, ha evaluado la relación parental y el dominio, señorío, protección que surge de esta relación, entre otras más. Volver a tomar en cuenta estas circunstancias al considerar la pena y sus agravantes, es volver a recorrer el camino del legislador cuando éste entendió que la pena mínima debía aumentarse en dos años cuando el padre fuese el abusador. ---------- ---------- Adviértase que al tiempo en que se analizó la agravante por ser el progenitor del niño (pag. 122 de la Carpeta), se dijo: "*En este caso se agrava el tipo penal..el autor.. ha transgredido los deberes de resguardo y respeto por la víctima emergentes del vínculo parental o de la obligación legal.. la agravante tiene su fundamento en que el contenido del injusto se incrementa por la situación de prevalimiento en que se encuentra inmersa la víctima y la relación de poder existente en dicha relación..".* En ese sentido, por haberse practicado mismo análisis por parte de las Juezas al tiempo de imponer la pena y agravarla, es que debe disminuirse en dos años la sanción impuesta a B., pena que deberá fijarse a mi juicio finalmente en Once años

de prisión. ---------- Respecto a que no debió evaluarse el daño psicológico o acaso el curso del tratamiento psiquiátrico que cursa el menor víctima, pues debió en su oportunidad acusárselo en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por resultar un grave daño en la salud física o mental de la víctima, entiendo que debe rechazarse esta postulación, pues si bien no se hizo mérito para encuadrar ese resultado dentro de la conducta típica, bien se puede, pues facultado esta el juzgador en los parámetros de los artículos 40 y 41 del C.P., evaluar estas circunstancias como consecuencia de la acción y la extensión del daño causado. ---- ---------- Tampoco considero desatinado considerar como agravante de la sanción impuesta el haber evaluado el daño psicológico ocasionado a K., hermana del menor L., por haber vivenciado situaciones traumáticas que la afectaron, conforme informe de la psicóloga tratante. ----------
---------- En lo demás, considero acertada la manera en que los Jueces ponderaron los elementos objetivos y subjetivos de la conducta desplegada por el condenado, más las agravantes y atenuantes determinadas. Así lo voto. ----------
Comparto asimismo como se han adecuado los honorarios profesionales de la Defensa Pública. ----------
---------- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, pronunciándose por mayoría el siguiente: ----------
---------- **FALLO**:----------
---------- **I) RECHAZAR LA NULIDAD articulada por la Sra. Defensora conforme las consideraciones dadas en los sufragios (arts. 161 a contrario sensu, ss. y cc. Del C.P.P, Art. 52 Const. Prov. y 18 C.N).**----------
---------- **II) RECHAZAR PARCIALMENTE** la impugnación ordinaria deducida por la defensa de M. A. B. con costas (Arts. 385 y cc. Del C.P.P.).----------

---------- **III) CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia glosada a fs. 86/160vta., registrada bajo el Nº2586/15 OFIJU, **modificando la pena impuesta a M. A. B., la que quedará en DOCE años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41del C.P.)**.---------- ---------- **IV) REGULAR** los Honorarios profesionales de la Sra. Defensora Pública Penal, Dra. Gladys Mabel D. B., en la suma de Dieciséis JUS (Ley V Nª 90, antes Nª 4920, art. 59).).---------- ---------- **V) TENER PRESENTE** la reserva del caso Federal (Art. 14 de la Ley 48).---------- ---------- **VI) 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 del Señor Juez Dr. Rafael LUCCHELLI (art. 331 in fine del C.P.P.).---------

Flavia Fabiana TRINCHERI — Juez de Cámara

Leonardo PITCOVSKY — Presidente de Cámara

Ante mí:

CORINA FRANCO
Secretaria de Cámara

REGISTRADA BAJO EL NRO 13/15 CPPM. CONSTE.

CORINA FRANCO

Secretaria de Cámara