En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los 31 días del mes de enero de dos mil doce, se constituye en la Sala de Audiencias de la

Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **María Elena Nieva de PETTINARI**, en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO** y **Rafael LUCCHELLI**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal N° 20.137**, **Carpeta individual N° 2.181**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Sra. Fiscal General, Dra. **Liliana Elsa Ferrari**, la Sra. Defensora Pública, Dra. **Viviana Barillari** y el imputado **L. O. B.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

---- Que el día 17 de enero del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por la Dra. María Elena Nieva de Pettinari, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de L. O. B., por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso

y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

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

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Martín Roberto Montenovo, en segundo lugar el Dr. Rafael Lucchelli y finalmente la Dra. María Elena Nieva de Pettinari.-

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

I.- Mediante la Sentencia nro. 53/011, el Tribunal de Juicio declaró la responsabilidad penal de L. O. B. como autor del delito de Abuso sexual simple, agravado por ser ascendiente y encargado de la guarda temporal de la víctima, imponiéndole la pena de seis años y seis meses de prisión (arts. 45 y 119 primer y último párrafos en función del cuarto párrafo inc. b) del C.P.).

El hecho en virtud del cual recayó el pronunciamiento referido fue descripto por el Acusador Público, y de prácticamente idéntica forma receptado en la Sentencia, de la siguiente manera: el día 9 de Febrero del año 2009, en horas de la noche, el imputado llevó a su domicilio sito

en calle C. XXX nro. 3230 del barrio Stella Maris de esta ciudad, a sus nietos M. A. y G. J., de 8 y 13 años , respectivamente.. Luego de la cena, les exhibió escenas de películas pornográficas en su habitación, todos recostados en su cama, requiriéndole a G., previo apagar las luces, que realice con su hermana lo que había visto en el film. Ante la negativa del niño lo amenazó con un cuchillo, le manifestó que "era un maricón" y, seguidamente el acusado, sin sus ropas, se colocó por encima y detrás de la menor, también ya sin ropa interior, y con movimientos de neto corte sexual, le provocó una escoriación en el labio inferior de la vagina y un hematoma en la zona derecha del himen, que no fue perforado, ocurriendo ello en presencia de G. J..

En el alegato final del Debate, el Ministerio Fiscal conceptualizó legalmente lo ocurrido, respecto de la menor M. A., como Abuso sexual gravemente ultrajante, suministro de material pornográfico y corrupción de menores agravada, todo en concurso ideal (arts. 119 primer, párrafos 2do, 4to. incs. b) y f) y último, 125 2do. y 3er párrafo, 128 último párrafo y 54 del CP). Lo anterior lo presentó concurriendo realmente con los acontecimientos que damnificaran a G., los que tipificó como Corrupción de Menores agravada y suministro de material pornográfico en concurso ideal. Solicitó la absolución por el delito de

exhibiciones obscenas, que había formado parte de la calificación al inicio del Juicio.

La Defensa resaltó las contradicciones existentes en la versión de los menores, las primeras recibidas por la Psicóloga Forense, y las últimas en Cámara Gesel durante el Juicio, también la versión de su pupilo negando los hechos y atribuyendo la denuncia a un conflicto por bienes que mantendría con su hija y yerno, por lo cual impetró la absolución, y en subsidio, la calificación de lo ocurrido como Abuso sexual simple.

II.- El Tribunal de Juicio, en la Sentencia, hizo mérito de las expresiones de los menores, en Cámara Gesel, a las que juzgó como no contradictorias entre sí; de sus padres, D. B. y E. J., quienes relataron el "develamiento" del hecho, ocurrido un par de días después en su vivienda, ante la existencia de sangre en las prendas de M.; la validación del relato de los niños por parte de la Licenciada A., psicóloga forense; la declaración del médico policial P. C., quién constatara las lesiones presentes en el cuerpo de la niña; del secuestro en la casa del acusado, en el contexto de un registro domiciliario, de material pornográfico, parcialmente exhibido en Debate; de los testimonios de las docentes M. V., R. F. y S. M. A., quienes relataron sobre los cambios conductuales tanto de rendimiento como de

relación, en el plano escolar, de los menores luego del suceso; los dichos de la abuela materna, L. L., quién habría escuchado de boca de G. lo acaecido.

En función de ello, los Jueces tuvieron por acreditada la plataforma fáctica de manera sustancialmente similar a la expuesta en la Acusación, atribuyendo las diferencias existentes en las expresiones de los menores al tiempo transcurrido, lo traumático de revivir momentos de esa clase, a tenor de la opinión de la experta Forense, las que no alteraron, en lo sustancial, su relato original. A lo que sumaron el peso de la prueba psicológica, médica, el resto de las testimoniales, documentos y secuestros como indicios convalidantes.

Ya en el ítem calificación legal, descartaron el "grave ultraje" del segundo párrafo del art. 119 del Código Penal por la ausencia de una duración prolongada de las prácticas y de un contenido humillante o vejatorio tal, que implique exceder el marco del primer párrafo de la norma. También descartaron la aplicación del art. 125 de dicho cuerpo legal en tanto lo ocurrido, ni por su duración ni por su contenido puede ser incluido, objetiva y subjetivamente, dentro del concepto de una acción desplegada a los efectos de lograr un estado de denigración sexual en los menores. Asimismo, denegaron la tipificación de suministro de material

pornográfico pues la exhibición no resulta un concepto análogo al de, precisamente, el suministro.

Respecto de la sanción, los Magistrados la determinaron en seis años y seis meses de prisión, exactamente la mitad de la escala surgida de la calificación escogida, Abuso sexual simple agravado por el vínculo y la calidad de guardador temporal de M. J., en carácter de autor respecto de B., que prevé una extensión de los tres a los diez años de prisión, un hecho, pues fue absuelto en lo concerniente a los eventos por los que fuera imputado en orden a su nieto G..

En los fundamentos de la cuantificación, los Jueces aludieron a la vulneración del pudor de la niña y su hermano; la exhibición de películas pornográficas siendo familiar directo, encargado por ello de la custodia de la "moral familiar básica", y/o, del normal desarrollo sexual de los menores; la nocturnidad y soledad para perpetrar los actos; la persistencia de B. en su declaración como imputado en señalar como mendaces las versiones de "las" víctimas; su conducta "escabrosa" de proponer a G. la realización de prácticas libidinosas con su hermana; su edad, 54 años. Tomaron en favor del imputado, la ausencia de antecedentes penales, su formación cultural y su carácter de sostén de su nuevo núcleo familiar.

III.- La Defensa, en la impugnación, criticó el fallo desde dos aspectos: la valoración por el Tribunal de prueba ilegal, la arbitrariedad en base a ello, del razonamiento que llevó a tener por acreditadas la materialidad y autoría delictivas, la que incluyó el no tratamiento de cuestiones planteadas por el impugnante en Debate, como la ausencia en el relato en Juicio de los niños de la utilización de un cuchillo por el acusado, extremo incluido originariamente; la arbitrariedad y doble valoración propias de los argumentos utilizados para la determinación de la pena; el dictado de la prisión preventiva en las postrimerías del Debate.

Como "prueba ilegal" refirió a las entrevistas psicológicas llevadas a cabo por la Licenciada A. sin control de la Defensa ni video filmación, a las que conceptualizó como pericia, elemento de convicción que debió ser excluido del plexo, y desde las contradicciones en las versiones de los niños, consideró, in dubio pro reo mediante, que el Tribunal debió absolver a su pupilo, temperamento que impetró a esta Cámara. En subsidio, requirió la individualización de la condena en el mínimo legal, de cumplimiento condicional, y el cese de la medida cautelar dispuesta.

El Ministerio Fiscal, tanto por escrito como oralmente, se

opuso a todo lo peticionado por la Defensa. Fundamentó su apreciación de los informes psicológicos como ajenos al concepto de pericia en jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia, resaltando tanto que el dictamen forense resultó idóneo en destacar la coherencia, en los aspectos esenciales, de la expresiones de los menores, y que si bien ello significó un elemento de convicción relevante, no fue determinante de la decisión pues esta se apoyó en una pluralidad de probanzas. En cuanto a la pena, destacó que es necesario contemplar la situación de G., que también fue damnificado por el hecho, que la propia Defensa en un subsidio de su alegato final de Juicio invocó la posible aplicación de la figura del Abuso sexual simple, y que este Tribunal no es competente para revisar la prisión preventiva dictada.

IV.- Creo conveniente comenzar por la exclusión de las entrevistas psicológicas, incorporadas, conforme opinión del impugnante, indebidamente al plexo probatorio, pues no fueron controladas por su parte, ni resguardado lo ocurrido en soporte fílmico, lo que hubiese permitido, entiendo, más allá de la ausencia de la Defensa cuando se realizaron, revivirlas en Juicio, sin perjuicio de la calificada opinión brindada por la Psicóloga Forense, quién las llevó a cabo.

Considero que las partes han contextualizado correctamente

la discusión, en tanto han argumentado sobre la calidad o no de pericia del acto, la Defensa, y sobre su valor probatorio, el Ministerio Fiscal, es decir como impactaría una eventual exclusión en la prueba de cargo, y por ende en la decisión que aquí se revisa.

Resulta evidente desde el trámite seguido en el caso, y por el asentimiento que se desprende de sus argumentos, que el Acusador Público en la investigación preparatoria no atribuyó a las entrevistas el carácter de experticia, pues no cumplió con la manda de los arts. 197, 198 y ssgts del CPPCh., ni justificó la urgencia que habilitaría a prescindir de dichos recaudos, concretamente la intervención de la Defensa en la designación del experto, puntos sobre los que debería expedirse, la posibilidad de designar consultor técnico.

Pero no fue ese el contexto de la realización de la medida, sino el propio del art. 268 del rito, cabe interpretar, pues la judicialización del caso fue posterior, (los informes de la Licenciada A., obviamente posteriores a escuchar a los niños, datan de fechas 13/4/09 y 4/4/08, y la solicitud de apertura de investigación del 20/4/09).

Resulta lógico que previo a peticionar la apertura de la vía jurisdiccional, el Ministerio Público indague sobre la veracidad, como dato elemental, de las denuncias, descartando la existencia de fabulación

absoluta o ausencia de seriedad, práctica que en los supuestos de abuso sexual infantil se logra solo mediante la opinión especializada de un Psicólogo, así sea desde un abordaje provisorio. Recién a partir de la obtención de tal mínima certeza, es posible el inicio de la investigación, pues de lo contrario el principal damnificado sería el propio denunciado.

Desde dicho enfoque, el Ministerio Público actuó dentro de atribuciones que ritualmente posee, no ordenó una pericia, y por ende, no eran aplicables los mentados arts. 197 y ssgts.

Ahora bien, la inexistencia de video filmación de las entrevistas es un dato resaltado correctamente por los letrados que asisten al acusado, pues no se explica, ni desde la lógica ni se lo ha hecho en concreto, la razón por la que no se resguardaron tales actos, los que más allá de estar destinados a una validación inicial, y provisoria, de versiones atinentes a la comisión de delitos, posteriormente suelen adquirir valor probatorio, tal como ocurrió en este caso.

Si bien es cierto que la Defensa tampoco solicitó la realización de una pericia psicológica a lo largo del trámite, petición que quizás hubiese llevado a discutir sobre la necesariedad de someter a los niños a un nuevo trámite judicial, con riesgo de una posible re-victimización que por imperio de la Convención respectivo (art. 39), es

menester evitar, no obstante que luego , en Debate hubieron de declarar en Cámara gesel, y que la opinión Forense tiene un importante peso específico fruto de la reiteración de intervenciones en esta clase de casos y la especialización de la Licenciada A., la ausencia de resguardo fílmico de la sentrevistas carece de sustento, pues mengua su valor probatorio y dificulta la apreciación de la coherencia interna y externa del testimonio de los menores, así como su evolución a lo largo del tiempo.

Pero, si la cuestión a dilucidar es si las aludidas entrevistas, el informe y declaración posterior de la Psicóloga Forense fueron diligencias incorporadas a Juicio en violación de las reglas que custodian el derecho de defensa, la respuesta es que no corresponde su exclusión, por los motivos expuestos.

También que su valor probatorio es mucho menor al de una pericia, pues su finalidad fue la de efectuar una validación provisoria e inicial de los relatos, al puro efecto de comenzar la investigación, sin perjuicio del mérito que pudo hacer de ellas el Tribunal de Juicio en el contexto del plexo de cargo.

V.- No pretendo ser original, por ello digo que suele decirse, con toda razón, que el criterio de apreciación de la prueba en un caso de abuso sexual infantil difiere de otros casos, ya por que suelen darse en la

intimidad, generalmente con ausencia de testigos presenciales, por las particularidades que presenta la propia versión de los niños, por la importancia de la prueba indiciaria etc.

Tampoco innovamos si reiteramos un concepto que solemos utilizar en el análisis de estas problemáticas, consistente en determinar el motivo por el que dos menores brindarían una versión sobre hechos que desconocen, de neta impronta sexual, sino fuera por que estos han ocurrido. Es la experiencia común, integrante de la sana crítica racional, la que nos confirma en tal sitio, pues generalmente los niños adquieren conocimientos sobre tal materia a partir de la adolescencia, y no antes. La conclusión desde ya que admite excepciones, más en estos tiempos que corren, pero subsiste como principio general, indudablemente.

También la experiencia común nos marca que los menores desconocen generalmente de asuntos económicos, propiedad inmueble, temas hereditarios, por lo cual la versión de defensa material del acusado de que la denuncia tuvo esa motivación, no puede resultar idónea para contrarrestar el mérito que corresponde hacer de las expresiones de M. y G..

En última instancia, el sesgo adversarial del orden adjetivo sancionado mediante la Ley 5478 ponía en cabeza del imputado la necesidad de

acreditar alguno de estos extremos, más allá de su sola versión, lo cual no ocurrió. El Acusador Público logró presentar elementos de convicción, como veremos, idóneos para vencer el estado de inocencia, por lo que era la Defensa la que debía desmerecerlos, lo que en nada significa una inversión de la carga de la prueba, inadmisible en el proceso penal.

La asistencia letrada de B. apostó a objetar el

"caso" del Fiscal, pero n construyó probatoriamente el propio, el que se basaba en asignar el origen de la denuncia a una maniobra para excluirlo de la propiedad de un bien.

Entonces, aquel principio general nos dice que G. y

M. dijeron la verdad. Pero la cuestión siguiente es determinar si total o parcialmente.

En varias oportunidades hemos adscripto a la mejor

Doctrina cuando entiende que la regla "falsus in unuus falsus in ómnibus" no rige en general (Eduardo Jauchen, "Tratado de la Prueba en Materia Penal" pags. 357 y ssgts, Ed. Rubinzal Culzoni), y menos para la declaración de menores de edad en asuntos tan traumáticos. Sin dudas, asiste razón a la Defensa cuando resalta que la utilización del cuchillo, las presuntas amenazas y violencia física atribuidas al acusado originalmente,

desaparecieron en las declaraciones de Cámara gesel. También al Ministerio Fiscal, en que en lo troncal, las versiones se mantuvieron incólumes, respecto del accionar que desplegara el imputado sobre M. en presencia de G..

Por tales razones, y a fines de tutelar de mejor manera los intereses que debe resguardar el Acusador Público, reitero que hubiese sido útil contar con la video filmación de las entrevistas de validación efectuadas luego de la denuncia. También cabe adicionar el transcurso del tiempo como factor, la propia maduración de los niños y el impacto intra familiar del hecho (tan conmocionante que M. , conforme una de sus docentes, se identificó diciendo que era la niña que "salía en el diario"), como elementos que
justifican que en próximos trámites se atienda a tal recaudo.

Pero aún computando todo ello, la reconstrucción del suceso por los menores guarda correlación, en lo sustancial, entre lo que expusieron en un principio, incorporado vía declaración en Juicio de la experta Forense, la denuncia, lo evocado por sus padres, y lo reiterado por ellos mismos en Cámara Gesel.

Y además se encuentra avalado por la opinión de la

Psicóloga, con el valor que, ya vimos, cabe darle a su dictamen, con la declaración del médico policial, quién describió secuelas compatibles con los términos de la denuncia, de los docentes, abuela materna y el secuestro en el domicilio de B. de películas pornográficas.

Todo ello, alcanzaba para superar el estado de inocencia del acusado, así lo entendió el Tribunal de Juicio y dicha decisión, en ese aspecto, debe ser confirmada.

Si bien las críticas de la Defensa resultan atendibles, esencialmente en la ausencia de resguardo de las entrevistas de los menores con la Psicóloga Forense, a lo que podríamos agregar que gran parte de las medidas de investigación de la etapa preparatoria (las apuntadas entrevistas, el examen médico, registro domiciliario), se realizaron previo a la apertura de la investigación, sin perjuicio de lo cual, el Ministerio Fiscal logró, en Debate , sustentar su versión y los Jueces en la Sentencia valoraron la prueba conforme los parámetros exigidos ritualmente (/art. 25 CPPCh.).

VI.- En cuanto al precepto jurídico aplicable, El Tribunal culminó condenado en base a una figura no utilizada por el Acusador, pero ello, analizando la cuestión en el contexto del art. 332 del CPPCh., no configuró

una hipótesis de lesión al derecho de defensa, que es en definitiva lo que tal norma intenta prevenir.

En su voto, la Juez Tassello ha explicado las razones de dicho aserto, por lo cual y, en honor a la brevedad, a su exposición remito, resaltando solo que fue la propia Defensa técnica la que, en subsidio, intentó fijar los hechos en el primer y último párrafo del art. 119 del CP, y que en la impugnación no hubo agravio específico en cuanto al punto, por lo cual y no existiendo garantía constitucional comprometida, este Tribunal carece de competencia para ingresar en el tema (art. 369 CPPCh.).

VII.- Ingresando en el agravio atinente a la cuantificación, hemos deliberado y coincidido en que aquí sí los argumentos de la Defensa tienen virtualidad para modificar la decisión del A-quo.

Analizando el contexto propio de la dosificación, a la luz de la garantía constitucional del "ne bis in idem", como correctamente propuso la asistencia técnica del acusado, tenemos que B. fue condenado por un solo hecho de los originalmente incluidos en la imputación, el que damnificara a su nieta M.. No resulta una afirmación superflua pues por el segmento anterior, la exhibición de películas pornográficas y la incitación a G. de imitar su contenido, fue absuelto, por lo cual no debió ingresar en

el cuadro desde el cual identificar la sanción aplicable. Y sin embargo fue tenido en cuenta.

Se exceptúa de tal parámetro la circunstancia de que G. presenció, la práctica a la que fue forzada su hermana por el acusado, lo que lo incluye en la "extensión del daño causado" del art. 41 del CP, pero no al mismo nivel que la víctima, M., y en todo caso su presencia profundizó el grado de victimización de esta.

El carácter de ascendiente como factor de agravación se justifica en la guía y ejemplo que deben cumplir los mayores hacia los menores a nivel de contención afectiva y educativa en un grupo familiar. El trato asiduo fundado en lazos presuntamente, y precisamente, afectivos no debe ser aprovechados por los mayores para satisfacer sus impulsos sexuales en desmedro de la libertad sexual de los menores. En palabras de Donna citando a Nuñez, los parientes deben atender a una obligación de resguardo sexual proveniente del vínculo parental (Delitos contra la Integridad sexual, pag. 83 Ed . Rubinzal Culzoni).

Todo ello basamenta la agravante, por lo cual no es posible,

sin mengua de la garantía aludida, reiterar su contenido en el ítem punibilidad aludiendo a"la custodia de la moral familiar básica" o la "correcta educación sexual", mandatos que habría infringido el acusado

con su acción, pues todo ello ya estaba presente al momento de subsumir el hecho en el tipo escogido. Lo mismo cabe decir de la guarda temporal. Quien aprovecha tal extremo para desplegar acciones como la que realizó el imputado se vale de la intimidad e imposibilidad de auxilio a la víctima. Ello también ya se encontraba incluido en el ítem por el que fuera declarado B. responsable penal, por tanto la alusión en la Sentencia a "soledad" y "nocturnidad" carecen de sentido, por reiterativa la primera, y por intrascendente la segunda, dado que para la clase de conducta que se analiza, si la acción se despliega de día o de noche resulta indiferente, pues es el marco de intimidad lo que cuenta .

La persistencia en sostener, por el imputado, la mendacidad de sus nietos bajo ningún punto de vista puede constituirse en un agravante de la sanción, sino que resulta el ejercicio de un derecho constitucional, el de defensa, y la edad del sujeto activo también de alguna forma se encuentra incluida en el tipo escogido, pues este habla de ascendientes y en el caso se trata de un abuelo, por lo cual nunca podríamos referirnos a un joven de menos de treinta años.

Sí la edad de la víctima funge en calidad de factor en perjuicio del acusado, tanto como su inclusión en dos hipótesis de agravamiento de la conducta, ascendiente y encargado de la guarda temporal. Si sumamos a

ello lo aludido en torno a la presencia de G. como dato que perjudicó más a su hermana, y en menor medida a él mismo, pues reitero que no puede ser considerado como víctima en igualdad de condiciones pues los hechos que lo damnificaron directamente no originaron condena, tenemos que más de la mitad de los argumentos del Tribunal para arribar a la cuantificación decidida deben ser dejados de lado.

Subsisten las atenuantes, falta de antecedentes, y prohibición de trascendencia de pena a terceros, en virtud del nuevo grupo familiar de B. y su rol dentro del mismo, por lo cual partiendo desde el mínimo legal, la sanción debe ser reducida sustancialmente, si bien no al nivel que pretende la Defensa, pues los argumentos que quedan en pie resaltan lo disvalioso de la conducta del encartado y resultan idóneos para salir del mínimo legal.

Por ello hemos coincidido en que la pena de cuatro años y seis meses de prisión se adecua a las circunstancias descriptas.

VIII.- En cuanto a la prisión preventiva, discrepo con mis colegas en cuanto a la competencia, no respecto al rechazo de la petición de la Defensa.

Este Tribunal resulta competente pues no existe norma

alguna del orden adjetivo que claramente exponga que no lo es, más aún cuando tiene la atribución de revisar condenas, por lo que, con más razón, medidas cautelares, siempre en el contexto de la decisión a la que arribe sobre el fondo del asunto, como en este caso, en el que se reduce sustancialmente la pena impuesta.

Si se cotejan las normas del Juicio, tampoco el Tribunal del Debate posee tal prerrogativa pero si se le solicita, por ejemplo en el supuesto de que el acusado concurra al acto en libertad y fuera declarado responsable penal, y la sanción fuese elevada, so pretexto de evitar la fuga, tal Tribunal podría, de hecho usualmente sucede, disponer la cautela.

Con el mismo criterio, esta Cámara puede evaluar la persistencia de la prisión preventiva impuesta a B. en el marco de la dosificación, por este acto reducida.

Puntualmente, el art. 333 del CPPCh. prevé un supuesto de incumbencia del Tribunal de Juicio sobre las medidas cautelares sobre la persona, que se traslada al Tribunal del recurso por imperio del art. 385 5to. párrafo.

Nada obsta entonces a que, a pedido de parte e insisto, en el contexto de la decisión sobre el fondo, los Jueces del Debate o Impugnación entiendan sobre el punto, más allá que la revisión oficiosa de la cautela durante dichos

actos quede en cabeza de otros Jueces, como dispone el art. 235 primer párrafo, última parte.

Incluso el 4to. párrafo última parte del mentado art. 385 atribuye a la Cámara Penal competencia sobre medidas cautelares, aunque no aclara si se refiere a las de coerción o de naturaleza civil.

Y si bien mi posición queda en minoría, y ante la ausencia de constancias de que la Defensa haya ocurrido ante el Superior Tribunal en queja por la impugnación extraordinaria deducida contra la indicada medida cautelar, que fuera denegada, por un Tribunal revisor luego del Debate, esta Alzada se encuentra en condiciones de resolver sobre lo peticionado, aunque debo decir que con dos pronunciamientos coincidentes sobre la existencia de responsabilidad penal, con la mengua que ello significa para el estado de inocencia, la proximidad de la efectivización de la pena impuesta, contra la cual solo restarían vías de impugnación extraordinarias, no se advierten motivos como para hacer cesar la medida. Así voto.-

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

Ha llegado el presente caso a la instancia planteada para

resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) que fuera deducida por el Señor Defensor Público Penal Dr. Fernando SERER, contra la

sentencia dictada en contra de su pupilo L. O. B. por el Tribunal de Juicio, el día 23 de septiembre de 2011, mediante la que impuso al nombrado la pena de Seis años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas (art. 12 y 29 inc. 3 del C. Penal) en orden al delito de Abuso sexual simple agravado por su condición de ascendiente y encargado de la guarda temporal (Arts. 45, 119 párrafos 1º y 5º en relación párrafo 4º inc. b del C.Penal) por el hecho ocurrido en la ciudad de Comodoro Rivadavia el día 9 de febrero de 2009.

El impugnante interpuso recurso contra el resolutorio aludido solicitando se absuelva a su pupilo por aplicación del principio *in dubio pro reo*, por falta de elementos suficientes para sostener su autoría responsable en el hecho o en su defecto se le reduzca la pena impuesta, de acuerdo a los motivos que conformaron los agravios.

En esa inteligencia atacó las entrevistas de validación de las declaraciones de los damnificados M. y G. J., las que fueron efectuadas por la Lic. A. M. A., psicóloga del Cuerpo Médico Forense, centralizando su primer agravio en la falta de control técnico en dicho medio de prueba, invocando inobservancia de la ley que funda la solución del caso, donde, afirmó, se han vulnerado las garantías constitucionales consagradas en el proceso penal; tal la postura adoptada por el Superior Tribunal de Justicia

en fallo “H.I.D. s/ Dcia. de abuso sexual s/ Impugnación” Expte. Nº 22016/2010. Indicó al respecto que tales pruebas

son las utilizadas posteriormente por el Tribunal para resolver la situación del imputado, lo que causa un perjuicio irreparable que impide la debida defensa en juicio, agregándose además que los sucesivos relatos de las víctimas ante distintos operadores del proceso, desde que dan la *notitia criminis* hasta la validación de la profesional, impiden un nuevo intento de validación eficaz ya que ello atentaría contra el interés superior del niño e implicaría su revictimización, además de agravarse la situación por no disponer el titular de la acción de otros medios técnicos, específicamente la videograbación de las entrevistas, lo que permitiría en estos casos el control de su producción en pos de garantizar la obligatoria observancia del principio de objetividad y la adecuada valoración de los medios de prueba de cargo, cuestión ésta ya planteada en el debate.

Asimismo, sostuvo el carácter de definitiva e irreproducible que tiene dicha prueba, ya que la profesional sólo se limita a reproducir sus conclusiones, con las consecuencias que ello implica para la situación del imputado.

Citó doctrina alusiva y alegó que dichas entrevistas no debieron ser valoradas en tanto el Tribunal tuvo oportunidad de comprobar

por sí mismo el evento al producirse las declaraciones de los menores en Cámara Gesell.

En segundo término cuestionó la arbitrariedad de la pieza atacada, reproduciendo pasajes de los votantes en cuanto a la valoración de los testimonios de los menores y la validación de los mismos por la Lic. A., descartando las apreciaciones efectuadas por esa Defensa, sin especificar las circunstancias que los llevan a concluir en la total credibilidad de ciertas manifestaciones, tratándose así de una apreciación subjetiva y personal del A Quo, y advirtiendo además contradicciones entre las declaraciones de los menores al comienzo del proceso y luego en Cámara Gesell y entre ambos. Respecto de lo vertido por el médico P. C., aseveró que lo ponderado por la Jueza TASELLO no refleja el contexto en el que el galeno declaró, afirmando que fue anoticiado previamente de los hechos.

Describió el Critera-Based Content Análisis (CBCE), elemento central del método SVA (Statement Validity Assessment), en sus cinco categorías, que permite llegar en forma semiestandarizada a la valoración final sobre la credibilidad de los testimonios de menores abusados, haciendo luego hincapié en que el Tribunal no tuvo en cuenta

tales circunstancias, por lo que a su criterio, la sentencia no ha dado acabada respuesta a todas las cuestiones planteadas, por lo que de acuerdo a lo prescripto por el art. 376 inc. 5º del C.P.P., corresponde declarar la nulidad absoluta de la misma, ya que se trata de un acto con basamento solo aparente.

En el tercer agravio achacó la arbitrariedad y doble valoración en la determinación del monto de la pena, analizando individualmente el razonamiento de cada uno de los Jueces, e indicando que el Dr. RAGO considera justo aumentar la pena porque su defendido no confesó el crimen, además de valorar circunstancias que ya fueron valoradas en el tipo penal escogido, así el desarrollo del episodio en tanto vulnera el pudor de los niños; que la segunda votante toma como agravante la edad de su pupilo para motivarse en la norma, lo cual en el delito que se trata poco tiene que ver, efectuando luego afirmaciones dogmáticas sin fundamento real. En el entendimiento de que se debe partir de la correcta interpretación de los arts. 40 y 41 del C.P., es que solicita el mínimo de la escala, tres años en la modalidad de ejecución condicional.

Por otra parte también resaltó la arbitrariedad en el dictado de la prisión preventiva impuesta a B., quien transitó todo el proceso en libertad sin inconvenientes, habiendo cumplido con las

citaciones efectuadas y colaborado con la investigación e incluso presentado espontáneamente al juicio de cesura, errando el Tribunal al sostener que la pena seleccionada y su modalidad de cumplimiento puede motivar al nombrado a eludir la acción de la justicia.

Trajo a colación la línea jurisprudencial señalada por el

Máximo órgano provincial en fallo Alaníz y el fallo "Maccchieraldo" de la CNCP; Asimismo citó el Informe Nº 02/97 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Considerando en consecuencia que su pupilo debe continuar el proceso en libertad y así lo solicitó.

A su turno la Fiscal actuante, Dra. Liliana FERRARI

junto a la Funcionaria Lorena CÁRCAMO, sostuvieron que debe rechazarse la vía impugnativa intentada por la Defensa de B. contra la sentencia de condena y solicitaron al Tribunal que confirme la condena impuesta, se rechace la nulidad de las entrevistas de validación efectuadas por la psicóloga forense, se rechace la nulidad interpuesta en relación a la imposición de pena, se rechace la revisión de la prisión preventiva dictada por el Tribunal y en definitiva se confirme la sentencia impugnada y la pena impuesta.

Citaron jurisprudencia local y nacional para sostener su argumento y agregaron que el informe psicológico fue ordenado como medida investigativa dentro de la etapa preliminar, por lo que las entrevistas mantenidas entre la Lic. A. y los menores víctimas encuentra sobrado fundamento, en el entendimiento de que fueron efectuadas en estricto cumplimiento a las normas y principios que rigen nuestro proceso penal y que en ningún modo constituye un acto irreproducible.

Sostuvieron que los niños prestaron declaración en Cámara Gesell, lo que se llevó a cabo frente al Tribunal de Juicio y al imputado, siendo tales actos controlados por la Defensa, pudiendo haber propuesto perito psicólogo de parte, cosa que no hizo, concluyendo que es el Tribunal quien dio valor de verdad o no a los mismos.

Advirtieron que los relatos de los menores no son el único pilar que sostiene la sentencia, ya que la declaración de los progenitores, el aporte de la Licenciada A., los rastros psíquicos hallados en las víctimas y las conductas desplegadas con posterioridad a los sucesos, constituyen un andamiaje que sostiene la pieza atacada.

Indicaron que los Jueces brindaron un pormenorizado relato de las razones que los llevaron a considerar auténtica y aceptable la prueba de cargo rendida, tanto cuando la evaluaron en si misma como así

también en el contexto y en relación con otros elementos incorporados al debate, de acuerdo al método de la sena crítica racional que debe imperar en la valoración de la prueba según nuestro ordenamiento procesal que de ningún modo impone la utilización del método científico propuesto por la Defensa ni ningún otro. Citaron el reciente fallo "Rasgido" del S.T.J.

En cuanto a la pena sostuvieron que los votos en crisis han fundamentado acabadamente cada una de las agravantes y atenuantes escogidas para arribar a la pena seleccionada, dando detalles de los mismos para avalar su postura.

Alegaron que ninguno de los agravios vertidos pueden tener acogida favorable, ya que la prueba rendida ha permitido acreditar la materialidad de los hechos en cabeza del imputado arribando el Tribunal a la certeza positiva de ello.

En referencia a la prisión preventiva indicaron que ha de tenerse en cuenta que ya fue solicitada la revisión, la que fue confirmada por los dos Jueces Penales, Dres. MÜLLER y JUÁREZ, respecto de la que la Defensa ya ha interpuesto Recurso Extraordinario por ante el Excmo. Superior Tribunal de Justicia, el que fue rechazado por improcedente como

asimismo se ha rechazado el recurso ordinario que se hubiese podido interponer, por extemporáneo; sin perjuicio de ello esa parte consideró absolutamente razonable y fundada la misma, atento la condena dictada, el monto de la pena impuesta y el cierto peligro de fuga que ello importa, habiendo variado la situación tras el dictado de condena, por lo que solicitó se mantenga firme su dictado.

En la audiencia prevista por el art. 385 del C.P.P., cada una de las partes reafirmaron los argumentos vertidos por escrito.

Con la relación al primer agravio, consistente en que la defensa no habría podido controlar las declaraciones de M. y G. J., las que fueron efectuadas por la Lic. A. M. A. ante el requerimiento del Ministerio Público Fiscal, el mismo – por los argumentos que a continuación desarrollaré- no tendrá acogida favorable.

En primer término, la prueba mencionada, no es definitiva e irreproducible como postula la defensa. Dicha prueba sólo tiene el valor de un informe técnico. Si la defensa técnica hubiera deseado realizar una pericia para poder rebatir las conclusiones a las cuales arribó la Lic. A. lo pudo haber hecho, designando un perito y proponiendo los puntos de pericia que creyera conveniente. Nada de esto ocurrió. Por ello, mal puede la defensa pretender quitarle valor a la actividad probatoria desplegada por

el Ministerio Público Fiscal, si no ha mostrado interés en producir prueba que pudiera contradecir, de algún modo, la efectuada por su contraparte.

Tampoco el segundo agravio, donde la Defensa cuestiona por arbitraria la valoración que hicieran los Magistrados de los testimonios de los menores y la validación que hiciera de ello la Lic. A., tendrá acogida favorable.

Conforme surge de la acusación, el hecho por el cual fuera condenado R. O. B., es el que habría ocurrido el día 9 de febrero de 2009 en horas de la noche, cuando el imputado se encontraba en su vivienda ubicada en Código N° 561 N° 2330 del Barrio Stella Maris de la ciudad de Comodoro Rivadavía, en compañía de sus nietos M. W. A. J. de 8 años de edad y G. I. J. de 13 años de edad; cenaron juntos y luego encontrándose todos en el dormitorio, el abuelo le pidió a G. que pusiera un CD que contenía una película pornográfica en el aparato reproductor de DVD, la que fue vista por los tres, dicha película contenía escenas de alto contenido sexual no apta para menores de edad; seguidamente el abuelo le pidió a G. que hiciera con M. lo que habían visto en la película, ante la negativa del menor, B. le dijo –maricón- y se subió sobre M. que estaba acostada en la cama boca abajo y con movimientos lascivos le provocó a la niña una excoriación de cinco milímetros en el labio inferior izquierdo

vulvar y un hematoma en la zona derecha del himen, hallándose estas lesiones a un centímetro de distancia, con himen imperforado. Por este hecho, fue condenado B., calificándose su conducta como la constitutiva del delito de Abuso Sexual Simple Agravado por su condición de ascendiente y encargado de la guarda temporal (Art. 119 párrafos 1° y 5° en relación al párrafo 4° inc. b) del C.P.) , imponiéndosele una pena de 6 años y 6 meses de prisión.

Los Magistrados en su sentencia, han podido dar razones suficientes para explicar como arribaron a la certeza requerida para condenar a B. por el hecho anteriormente señalado, despejando todas las dudas planteadas por el Defensor, en cuanto a las supuestas contradicciones en que habrían incurrido los mismos en sus declaraciones.

Así la Dra. Tassello señala que: "… En su alegato el Defensor General Dr. Fernando Vicente Serer pretendió señalar diferencias o cambios entre lo relatado por los menores M. y G. J. ante la Licenciada A. M. A. de Davis al momento de la denuncia en el año 2009 y el efectuado durante el debate en Cámara Gesell, a fin de poner en duda la veracidad de los testimonios; quedó probado, a pesar de haber transcurrido prácticamente dos años y seis meses entre una y otra declaración, que los menores mantuvieron el relato, en cuanto, haber visto parte de una película

pornográfica, que el abuelo le pidió a G. que realizara a M. lo que había visto en la película, que G. se negó hacerlo, que el abuelo se subió sobre M. por la parte de atrás y la ausencia de la bombacha en M., las demás diferencias advertidas por el Señor Defensor Público recaen sobre detalles del hecho que obedecen al estado de shock en el que seguramente se encontraba la niña víctima y su hermano testigo presencial, al momento de declarar por primera vez; sin perjuicio de ello, en lo esencial mantuvieron el relato sin modificaciones hasta el presente y ante distintas personas, la psicóloga y los padres, por ello, esas diferencias no logran conmover la veracidad de los mismos. También la Licenciada A. de Davis dio razones al respecto, hay situaciones que se olvidan, modifican y otras quedan muy gravadas. Además, con relación a la niña agregó, que le estado de verborragia en que se encontraba el día de la audiencia puede aportar detalles que no estaban, que no fue extraño que agregara o quitara detalles que le había contado en su momento. Hay una reproducción de diálogos que no se modificaron. La contradicción que ahora dijo cola y antes zona vaginal (hace tres años), tiene explicación en la relación que hace la niña con la ubicación del abuelo. No pueden desenvolverse como los adultos. Asimismo, expuso sobre los motivos por qué los niños después de los

hechos continuaron viendo dibujos animados, según sus relatos, al efecto sostuvo que es normal que ocurra, es una evitación al malestar sentido…”.

En la misma senda, la Dra. Suarez señala que: “… tengo

por contundentes, creíbles y certeros, los testimonios brindados en Cámara Gesell; a su vez la licenciada A. M. A. relató que el Ministerio

Público le requirió que tuviera entrevistas con los menores víctimas, que G. se sintió muy mal por no poder ayudar a su hermana y que los testimonios de los menores fueron veraces. Que si bien hubo algunas contradicciones en los relatos, tal como lo sostuviera la defensa….las mismas no fueron esenciales a los efectos de evaluar los distintos sucesos, ni desvirtuaron los relatos de los menores de edad víctima. Cabe destacar que las coincidencias fueron contundentes en cuanto M. se encontraba boca abajo (relatado G. y M.); lo que compro el abuelo esa noche y lo que cenaron (compró vino, cigarrillos, helado, hamburguesas, según relato de

M. y G.); que el abuelo les pasó películas pornográficas (RELATO DE M. Y G.)…”

Finalmente, a modo de síntesis, el Juez Rago señaló en su sufragio que: “Se concluye en este aspecto, de modo contundente, en la verosimilitud del testimonio de M. y G. J. brindados en forma directa al Tribunal; que coincide básicamente, a la vez con lo que contaron en su momento sobre

el mismo hecho, a sus padres. Sobre este punto corresponde rechazar las apreciaciones de la defensa, que centró buena parte de su alegato en pretender desacreditar el testimonio de los menores haciendo hincapié, lo mismo que el imputado B. al prestar declaración, en que los chicos mienten, que tendrían contradicciones y que todo habría sido "armado" para obtener un beneficio para despojarlo a B. de su casa. Tales críticas resultan carentes de fundamento, son arbitrarias y buscan descalificar las probanzas de cargo directas tratando de colocar forzadamente al imputado en una mejor situación procesal. El valor probatorio del testimonio de los menores no es menoscabado por algún otro elemento de convicción contrario y de mayor entidad; y en armonía con la prueba pericial, los secuestros, las exhibiciones de los DVD´s, constituyen elementos de convicción irrefutables de la autoria de B. por el hecho descripto y del que es acusado…."

Así las cosas, entiendo que el presente agravio no puede tener cabida toda vez que los Magistrados han podido despejar todas las dudas, que sembrara la esforzada defensa de B., en cuanto a la credibilidad de los testigos, explicando que lo esencial del relato que da cuenta del abuso sexual que sufriera la menor M. se ha mantenido invariable a lo largo del tiempo, con numerosa prueba de cargo, que analizada en su conjunto –

como lo realizaron los Magistrados del Juicio- reconstruyen- lo ocurrido en el domicilio del condenado la noche del 9 de febrero de 2009.. No siendo esto una apreciación subjetiva y personal de los Magistrados sino una acabada ponderación de toda la prueba reunida, conforme los postulados de la sana crítica racional.

Con relación al tercer agravio, consistente en la crítica realizada por el impugnante en cuanto a la cuantificación de la pena, la misma tendrá acogida favorable, en forma parcial.

Los Magistrados han tenido en cuenta la calidad de

ascendiente de B. tanto para escoger la calificación legal en la que subsumieron la conducta disvaliosa del condenado como así también en la mensuración de la pena, lo que constituye claramente una doble valoración. También el Dr. R. ha entendido que constituyó un agravante que B. fuera persistente en señalar como mendaces las declaraciones de sus víctimas, derecho que le está asegurado en el libre ejercicio de su defensa material. También la Dra. Tassello cae en una doble valoración cuando afirma que: "… por su condición de abuelo debió asumir una actitud de protección y cuidado por el desarrollo sexual de los menores…", al momento de cuantificar la pena. Todos los sufragantes han tenido en cuenta para agravar la pena la exhibición de películas pornográficas siendo

que no ha sido condenado por esa conducta sino por un abuso sexual simple, todo lo cual me lleva a entender que se deberá reducir sensiblemente la pena que le fuera impuesta.

Entiendo ajustado imponerle la pena de cuatro años y medios de prisión, accesorias legales y costas. Si bien he tenido en cuenta para rebajar la pena que le fuera impuesta, las circunstancias antes señaladas, no resulta de aplicación el mínimo legal –como lo postula la defensa- toda vez que el accionar de B. ha sido doblemente calificado (por ser ascendiente y por estar a cargo de la guarda de la menor en forma temporal) lo que revela a las claras que la magnitud del injusto es de suma gravedad, no permitiendo que se imponga el mínimo de la pena que la escala establece. Por último, con relación a la solicitud de revisión de la prisión preventiva por parte del Tribunal, la misma no podrá prosperar. En primer término, considero que la Cámara en lo Penal no es competente para entender en el asunto. Ello, debido a que dicha posibilidad no encuadra en los supuestos establecidos en el Art. 71 apart. A) del C.P.P.. No se puede olvidar que la competencia es el límite a la jurisdicción y la misma está definida claramente por la ley.

Por otro lado, tampoco se puede soslayar que el

impugnante ya optó por otra vía, al impugnar dicha resolución y ser confirmada por los Dres. Muller y Juarez, luego de la audiencia de rigor. Más aún, contra dicha resolución se interpuso un recurso extraordinario ante el Superior Tribunal de Justicia el que ha sido rechazado por improcedente, como así también un recurso ordinario, el cual fue rechazado por extemporáneo.

Ignoro si la Defensa ha articulado los recursos de queja correspondiente, ante el Superior Tribunal de Justicia, ante la denegatoria de los mismos.

Si lo hizo, estaríamos en un caso de "litis pendencia" formal. Pero, aunque no sea este el caso, es de aplicación el principio "electa una via non datur regressus ad altera" que impone al recurrente que, una vez que opte por uno de estos medios, no abandonarlo ni recurrir al otro, prohibiéndole emplearlos sucesivamente.

Por ello, entiendo que el Tribunal no puede declararse competente para entender en el asunto. Así lo voto.

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo: Llega la presente causa a conocimiento de este Tribunal

en virtud de la impugnación interpuesta por el Sr. Fernando Serer, Defensor

Público, por la defensa técnica de *L. O. B.* en la carpeta de la Oficina Judicial Nro. 2181/09, Legajo de Investigación del Ministerio Público Fiscal Nro. 201237; contra la sentencia definitiva Nº 53/2011 dictada el día veintitrés de septiembre de dos mil once por el Tribunal Colegiado integrado por los Dres. Raquel Susana Tassello, José Rago y Mariel Alejandra Suarez de esta Circunscripción de Comodoro Rivadavia, en cuanto dispone, en lo que aquí interesa: *"... 2º) CONDENAR a L. ORLANDO*

B., cuyas demás circunstancias de filiación figuran en la Carpeta Nº 2.181 de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, a la pena de SEIS AÑOS Y SEIS MESES de prisión de cumplimiento efectivo, con accesorias legales y costas (arts. 12 y 29, inc. 3 del CP), como autor penalmente responsable de los delitos de Abuso sexual simple agravado por su condición de ascendiente y encargado de la guardia temporal (arts 45, 119 párrafos 1º y 5º en relación al párrafo 4 inc. b) del Código Penal), por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 9 de febrero de 2009 en perjuicio de M. W. A. J.. 3º) DICTAR la prisión preventiva de L. O. B. a los efectos de asegurar el cumplimiento de la ley sustantiva, siendo necesario para esta

etapa procesal con el dictado de una condena de cumplimiento efectivo cautelar el procedimiento, (arts. 220,

221 inc. 2, 212 y 213 del CPP).".-

Que en su libelo impugnativo (fs. 140/ 154) el recurrente, antes de referirse concretamente a los agravios que fundamentan su recurso, peticiona : *"... revoque la sentencia dictada, pues se aprecia en ella un vicio de procedimiento referido al razonamiento seguido a efectos de determinar la autoría de L. O. B., en base a prueba ilegalmente producida y la determinación del monto de la pena, que lucen alejados de la sana crítica racional, método constitucionalmente impuesto, provocando una falta de fundamento que autoriza, dada la evidente arbitrariedad de la misma a encuadrar en las hipótesis que prevé el 376 inc. 5 en función del art. 372 inc.3 y 4 del CPPCH y en su consecuencia haga lugar al pedido de nulidad de los informes referidos a entrevistas de validación producido por la Lic. A. del Cuerpo Médico Forense, realizados sin intervención de las partes, por inobservancia de las normas procesales que establece el Código Procesal Penal. Se disponga la absolución de L. O. B. en aplicación del principio in dubio pro reo, por falta de elementos suficientes para sostener su responsable autoría en el hecho.-*

Subsidiariamente, en caso de confirmar el fallo en cuanto a la autoría, se lo declare parcialmente nulo en relación a la pena impuesta sin fundamento suficiente y determine la pena que corresponde, y que esta defensa sostiene debe ser el mínimo de la escala penal, 3 años de prisión de cumplimiento suspendido, atendiendo a la correcta aplicación de ley, sin acudir al reenvío para la realización de un nuevo fallo. Por último, cualquiera fuera la postura de VE. Se disponga la inmediata libertad de mi representado hasta tanto su situación procesal revista la calidad de cosa juzgada".

Se refiere a continuación a los hechos que motivaron la investigación describiéndolos de la siguiente manera: *"Los hechos traídos a debate datan del día 9 de febrero de 2009, por la noche, en el interior del domicilio de L. O. B., sito en calle C. XXX nº 3230 del Barrio Stella Maris de esta ciudad, en circunstancias en que se encontraban el nombrado acompañado de sus nietos M. W. A. y G. I. J., y luego de una película condicionada o pornográfica, B. habría solicitado a G. que hiciera con su hermana lo que habían visto, y ante la negativa de éste, en circunstancias que distan de estar esclarecidas, L. B. acometió sexualmente contra su nieta, sin llegar al acceso carnal, para posteriormente permanecer todos en el dormitorio donde pasaron la noche*

y al día siguiente los menores fueron acompañados por el propio B. hasta una cuadra del domicilio materno. Según el certificado médico extendido dos días después por el Dr. P. C., la menor presentaba una escoriación en la región vulvar, labio inferior izquierdo de 5 milímetros y un hematoma "en himen derecho" de 2/3 milímetros, encontrándose el himen imperforado. El 22 de mayo de 2009 se realiza audiencia de apertura de investigación preparatoria donde se formaliza la imputación a B., calificando el Ministerio Fiscal los hechos como corrupción de menores agravada por el vínculo en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante en concurso ideal con suministro de material pornográfico (arts. 119 2do párrafo y 4to párrafo incb y f, 125 2do párrafo y 128 último párrafo del CP) en relación a la menor M., y corrupción de menores agravada por el vínculo en concurso ideal con suministro de material pornográfico en concurso real con exhibiciones obscenas (arts. 125 3er párrafo, 128 último párrafo y 129 último párrafo del CP). El Ministerio Público Fiscal no solicita medidas privativas de la libertad, limitándose a requerir la prohibición de acercamiento a los menores durante el proceso. Es entonces que esta Defensa plantea la nulidad de las intervenciones del Cuerpo Médico Forense a efectos de validar las manifestaciones de los menores, por haber sido realizadas sin intervención de B. en su defensa

material y/o su defensa técnica, ahora a cargo de este Ministerio Público. Al respecto se argumenta que B. había sido ya debidamente identificado y sindicado como imputado del hecho que se investigaba, incluso se había realizado allanamiento en su domicilio secuestrándose diversos elementos que podrían tener relación con el presunto abuso, por lo cual debió hacérsele saber de la investigación que llevaba adelante el titular de la acción. Se hace reservar del caso federal por entender que los actuados implicaba una violación a garantías constitucionales básicas como el debido proceso y defensa en juicio. El Día 21 de diciembre de 2009 se realiza la audiencia preliminar y nuevamente el Ministerio Fiscal se abstiene de solicitar medidas privativas de la libertad de L. A. (¿?) *y el día 28 de diciembre del mismo año se dicta el correspondiente autor de apertura a juicio. Finalmente ... se realiza el debate…sentencia condenatoria… y que no hace lugar a las nulidades planteadas por esta defensa, considerando legítimos los procederes del ministerio Fiscal en relación a las primeras medidas investigativas –fundamentales- y que determinaron en definitiva la suerte de mi representado".*

En cuanto a los agravios esgrimidos por la recurrente se refieren a que la sentencia en crisis valora prueba ilegal (art. 372 inc. 4to del CPPCH) y abona sobre la nulidad de las entrevistas de validación de

las declaraciones de los damnificados: entrevistas que se realizaron con intervención de la Licenciada A. M. A., psicóloga del Cuerpo Médico Forense, quién en varias oportunidades escuchó los relatos de los menores M. y G. J., durante el mes de febrero de 2009; marco en el que ya estaba debidamente identificado y sindicado el encartado, desde la denuncia efectuada por la madre de los niños ante la autoridad policial; y es obvio entonces que B. no fuera ya considerado como imputado en los términos del art., 81 del CPPPCH en consecuencia se debió permitirle a partir de ello el ejercicio material y técnico de su derecho de defensa, particularmente con el control de aquellos medios de prueba que se utilizarían en su contra en juicio. Así las cosas las entrevistas a las que se les atribuye el carácter de simples informes, de acuerdo al Código Procesal debieran ser verdaderas pericias y por cierto dentro de un marco científico dar claridad a las conclusiones a las que arriba el profesional encargado de las

"validaciones". Subraya que el Tribunal se atiene a la postura adoptada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en reciente fallo: "H I. D. s/dcia de abuso sexual s/impugnación" (Expte. Nº 22016 –Folio 192- Año 2010) de fecha 12 de agosto de dicho año, en la que la Sala Penal ha concordado en señalar que dictar el sobreseimiento en etapa de apertura de

investigación preparatoria, resulta prematuro porque no corresponde en la audiencia de formalización discutir acerca de la admisibilidad y procedencia de la prueba, sin analizar (con excepción del Dr. Panizzi que otorga al informe psicológico el carácter de no definitivo ni irreproducible) el fondo de la cuestión.

Alega por tanto la impugnante que para su asistido ello se tradujo en un perjuicio irreparable ya que impide el derecho a la debida defensa en juicio y que en esos términos se propuso al A quo, teniendo en cuenta especialmente el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos y se produjeron las validaciones, (febrero 2009-septiembre de 2011), el carácter particularmente dirimente de tales actuaciones, describiendo el periplo que siguió desde la noticia criminis hasta la intervención de la psicóloga forense y al no poder la Defensa controlar la producción del informe de quién lo realizó, en el caso la Licenciada A.; convirtiéndose entonces un medio de prueba que no admite el ejercicio del contradictorio, y en el caso bajo examen se cuenta tan sólo con el testimonio de la mentada profesional y fue ella misma también quién condujo la recepción de los testimonios de los menores en cámara Gesell y así *"... cabe destacar que una vez ingresada la información de la psicóloga al juicio, sabido es que en este tipo de hechos denominados "delitos de alcoba", en los que la*

credibilidad de los testimonios de las víctimas es de vital importancia, produce en el ánimo del juzgador una íntima convicción en contra del imputado que luego se refleja de alguna manera en la sentencia… votos de los señores magistrados, incluso aún cuando su valoración pudiera ser soslayada" (sic. fs.143 vta. del libelo de la defensa). En fundamento a lo expresado, la recurrente se agravia por lo tanto que la sentencia resulta arbitraria e insuficiente en la prueba recién detallada. Remarca entonces que el Tribunal ha considerado legítimos los actos procesales realizados durante la etapa de investigación, particularmente las entrevistas de validación y la forma en las que han sido introducidas a debate, valorando la información suministrada por la licenciada A. para componer sus conclusiones y analiza cada uno de los votos de los señores magistrados respecto al testimonio vertido en el debate donde cada uno de ellos a partir del mismo dan absoluta certeza para consolidar la autoría de B. en el hecho bajo examen. Ídem respecto del médico ginecólogo Dr. P. C. quién atendiera a la menor M. en su examen y que diera cuenta del mecanismo de producción de las lesiones que constató en la vulva de la niña el que sabía con antelación sobre el hecho a investigarse.

Por otro lado se agravia la impugnante sobre : *"Falta de tratamiento de cuestiones planteadas: Esta parte hizo hincapié en una circunstancia*

claramente expuesta por los menores M. y G. en sus declaraciones iniciales e incluso en las entrevistas de validación, que formó parte de la acusación y presentación del caso en debate por la Fiscalía y que luego no fue confirmada por no haber sido mencionada por los menores. Me refiero a la actitud asumida supuestamente por mi representado inmediatamente después del acometimiento consistente en la utilización de un cuchillo, que colocó en el cuello de G. a la vez que los amenazaba con matarlos si contaban algo de lo sucedido. Al ser interrogada la lic. A. al respecto, pese a reconocer que efectivamente los menores habían dado cuenta de dicha actitud por parte de B. con anterioridad a su declaración en juicio, no pudo brindar una explicación, más allá de que le resultó extraña la ausencia de esta circunstancia en el nuevo relato de los niños. Si a esto le sumamos otros elementos como las manifestaciones de M. respecto a la titularidad del inmueble que habita B. con su mujer e hijos actuales (lo que brinda suficiente apoyo a los dichos del imputado respecto del verdadero motivo de la denuncia radicada por la madre de los menores, D. C. B.) y discrepancias como la indicación de la zona del cuerpo en la que se produjo el acometimiento ubicándola en la región anal y no en la vagina tal y como se puede apreciar claramente en la videofilmación de Cámara Gesell, señalándola con gestos precisos y que

no dejaron lugar a dudas, circunstancia que también intentó justificar la Lic. A. haciendo mención de la posición "boca abajo" en la que la menor dijo encontrarse cuando ocurrió el acometimiento y que por ello seguramente hubo de indicar una zona distinta de la mencionada en las entrevistas. Esta defensa en el alegato final propuso al tribunal un análisis de los testimonios de los menores basados en métodos científicamente aceptados… El Criteria-Based Content Analisis (CBCA) es el elemento central del método SVA (Statement Validity Assessment) es un método semiestandarizado que nos permite llegar a una valoración final sobre la credibilidad del testimonio del menor abusado, analizando la validez del mismo. Se compone de 19 criterios de contenido…". En vista a este método analiza el testimonio de la niña M., al que desmenuza, y arriba entonces a la ausencia de fundamentación del fallo que entiende que se ha basado en la íntima convicción de los Magistrados que formaron el Tribunal y no en el principio de la sana crítica racional, por lo cual se ha afectado uno de los pilares de la función jurisdiccional y por ende del concepto de "juicio previo", pues la decisión se ha apartado de las constancias de la causa.

También la impugnante se agravia de Arbitrariedad y doble valoración en la determinación del monto de la pena. Analiza en primer término el voto del Dr. Rago y remarca que el juez toma como

primer agravante el desarrollo del episodio en tanto vulnera el pudor de los menores. Evidentemente la figura típica escogida lleva insita esta circunstancia teniendo en cuenta el interés jurídico protegido y desde la perspectiva del juzgador no habría posibilidad de aplicación del mínimo legal previsto en este tipo de hechos de contenido sexual, porque sin duda la variable pudor se vulnera en estos casos. De igual forma entiende que B. al ser familiar directo, incurre el sentenciante en una doble valoración de esta circunstancia objetiva, dado que al ser ya tenida en cuenta la condición de parentesco para agravar la escala penal a utilizar, no puede tomarse nuevamente como agravante para graduar el monto de pena a imponer. Finaliza diciendo que dicho magistrado considera agravante la circunstancia de la conducta del imputado que ha persistido en señalar como mondases las declaraciones de los menores, aún reconociendo que lo hizo en el ejercicio de su defensa. Dicha situación resulta contradictoria ya que debe interpretarse que el juez agrava la pena porque el imputado no confesó su crimen; ello colocaría a su pupilo de estar fuera de los principios constitucionales básicos como el principio de inocencia, defensa en juicio etc.

Del voto de la Dra. Tasello entiende que dicha juez toma como agravante la edad de su pupilo para motivarse en la norma; y en tal sentido subraya

que esta aserción luce por lo menos descontextualizada teniendo en cuenta el delito que se le imputa, ya que sus características especiales demuestra en todo caso una situación casi patológica antes que una motivación normativa insatisfecha voluntariamente y en este contexto la edad del autor decididamente y como sostiene la doctrina mayoritaria poco tiene que ver; que la enmarca dentro de las razones de prevención general sin ninguna explicación al respecto, con lo que convierte a estas conclusiones en afirmaciones dogmáticas sin fundamento real. Por último del voto de la Dra.

Suarez, transcribe. *“ Que considerando las pautas mensurativas del artículo 40 y 41 del CP encuentro como atenuantes la falta de antecedentes penales del autor, su inserción en el plano familiar que el ha constituido con su actual pareja y sus hijos menores. Que como agravantes valoro las circunstancias de modo tiempo y lugar del hecho como la nocturnidad, el domicilio en acaeció (el propio del acusado) que sin duda fueron circunstancias que contribuyeron a la realización de la conducta juzgada; la modalidad escogida el hecho de sugerirle determinadas conductas a sus nietos, la exhibición de películas pornográficas, la presencia de G. en el hecho que tuvo como víctima a su hermana.”;* la defensa se explaya al considerar que el Tribunal tiene por acreditada la exhibición de películas

condicionadas a ambos menores y en ello basa en parte el alejamiento del mínimo de la escala prevista. Que no tomaron en cuenta los votantes al mesurar la pena, el sufrimiento irrogado a su pupilo por el tratamiento dispensado antes de la imposición de la pena, concretamente desde la producción del hecho el 9 de febrero de 2009 hasta la fecha del debate, y peor aún a partir de su detención hasta la fecha. Por otro costado afirma que tampoco se ha tomado en cuenta circunstancias que indican que fue en todo caso una decisión momentánea, a contario sensu de lo que dan por probado, al coincidir que no hubo premeditación, y que fuera parte de los argumentos vertidos para solicitar el mínimo de la pena, agregándose la ingesta de bebidas alcohólicas por parte de B. que seguramente determinaron una importante limitación en su esfera de libertad a sabiendas de la importante reducción de los frenos inhibitorios, sumado a que la presencia de G. resultó en base a los testimonios recogidos, meramente circunstancial y por pedido expreso de su madre, lo que llevó al Tribunal a no considerar acreditada la premeditación que hubiera significado una nueva agravante. Después de otras consideraciones peticiona la recurrente

en forma subsidiaria, la aplicación del mínimo de la pena en suspenso (art. 26 del CP).-

Como último agravio la impugnante se refiere a la arbitrariedad del dictado de prisión preventiva. Así las cosas expresa: *"L. O. B. transitó todo el proceso en libertad. Habiéndose presentado a todas y cada una de las contingencias procesales que requirieron su presencia en los estrados del tribunal e incluso presentándose en el Cuerpo médico Forense (pericia del artículo 206 CPPCH)…Ha mantenido sistemáticamente su posición colaborando con la investigación para lo cual prestó declaración como imputado cada vez que tuvo oportunidad, incluso sabiendo que lo único que restaba era saber cuantos años de prisión iba a tener que soportar, se presentó espontáneamente al juicio de cesura…".* Remarca que el Tribunal se equivoca cuando sostiene que la pena seleccionada y su modalidad de cumplimiento puede motivar al imputado para eludir la acción de la justicia; que su asistido no tiene antecedentes penales , su comportamiento en este proceso hasta las últimas instancias y fundamentalmente la expectativa, aún vigente, de la aplicación de pena en el límite inferior de la escala prevista, lo que permitiría incluso su aplicación en suspenso tal como ya la peticionado. Cita jurisprudencia al respecto. Que las formulaciones meramente enunciativas del peligro de fuga que en el caso bajo examen, se verifica por el solo hecho de la imposición de la pena escogida convierte a este peligro procesal justamente

en lo contrario a lo pregonado por la CIDH como intérprete válido de la Convención

Americana de Derechos Humanos, esto es en una presunción iuris et de iure, lo que decididamente ingresa violentamente en el plano de la arbitrariedad, y permite solicitar su revocación, otorgando a su representado la inmediata libertad, aún cuando decidiera confirmar la sentencia impugnada y hasta tanto culmine el proceso con una sentencia firme.

Que el Ministerio Público Fiscal representado por la Dra.

Liliana Ferrari, Fiscal General y L. G. –Funcionaria de Fiscalía- en su escrito presentado al contestar el traslado del presente recurso (fs. 160/171), va rechazando cada uno de los agravios expuestos por la impugnante contra la Sentencia en crisis, solicitando que su pretensión sea rechazada en todos sus términos, y que se confirme el decisorio en igual sentido. En cuanto al punto sobre *"Arbitrariedad del dictado de la Prisión Preventiva"* la titular de la acción se opone al tratamiento por parte de este Cuerpo, por imperio de las normas del ordenamiento procesal. Así expresa: *"Ello por cuanto, conforme las normas de los arts. 363 y 370 del C.P.P. las medidas de coerción no pueden ser objeto de impugnación, máxime cuando la norma del art. 236 resguarda debidamente el derecho del*

imputado a solicitar la revisión de la prisión preventiva conforme el procedimiento allí dispuesto. De manera que para el tratamiento del agravio en cuestión entiende éste Ministerio Fiscal que ése Excmo. Tribunal de Impugnación no resulta competente, por imperio de las normas mencionadas, lo que así debe decretarse. A mayor abundamiento ha de tenerse en cuenta que el Sr.

Defensor ya solicitó la revisión de la Prisión Preventiva dictada por los magistrados de juicio, la que fue revisada y confirmada por los Dres. Muller y Juarez tras la audiencia respectiva. Asimismo ha interpuesto la defensa en contra de dicho resolutorio Recurso Extraordinario ante el Excmo. Superior Tribunal que ha sido rechazado por Improcedente, como así también se ha rechazado el recurso Ordinario que hubiese podido interponer, por extemporáneo. Sin perjuicio de todo lo expuesto entiende este Ministerio Fiscal absolutamente razonable y fundada la prisión preventiva dictada en autos, atento la condena dictada, el monto de la pena impuesta y el cierto peligro de fuga que ello importa. Ha de tenerse en cuenta que no obsta para tal evaluación la circunstancia de que el imputado haya concurrido al juicio oral a pesar de no encontrarse sometido a ninguna medida de coerción. Ciertamente la situación ahora ha cambiado para B., pues si bien, previo al juicio pesaba una acusación

en su contra una vez realizado el mismo y producida toda la prueba pertinente, y el consiguiente dictado de la declaración de responsabilidad y el monto de la pena impuesta las expectativas al respecto han variado. No es la misma actual situación procesal de B., pues si bien la sentencia condenatoria no se encuentra firme, no es menos cierto que la posibilidad de confirmación de la misma también esté latente, lo que acrecienta enormemente el peligro de fuga del imputado y acarrea el peligro de no realización de la ley penal. Por las consideraciones efectuadas entiende este Ministerio Público que corresponde mantener firme el dictado de la prisión preventiva del encartado en autos.". Solicita en caso de que no se haga lugar a su petición sobre el punto reserva del caso federal.

Emitiré mi voto.

Tal como lo acordáramos en la deliberación celebrada oportunamente, la impugnación deducida por la Defensa del imputado B. resulta admisible toda vez que, debidamente fundada, se dirige contra una sentencia definitiva (artículo 370 del Código Procesal Penal). Idéntico argumento cabe predicar en cuanto a la amplitud del recurso intentado, toda vez que tal como lo expone Gabriel Pérez Barberá en su artículo "Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo 'Casal' y del método alemán invocado por la Corte" (publicado en el sitio elDial.com, Doctrina, el

15/05/07, *"... la Corte argentina no deja lugar a ninguna duda acerca de cuál tiene que ser la finalidad de ese recurso en el contexto normativo actual: allí 'amplitud' significa, simplemente,* ***revisión integral de la sentencia impugnada****..."*. También expresa el articulista de mención *"... Que la revisión sea 'integral', por su parte, importa garantizar al condenado un derecho eficaz a* ***que su caso sea examinado 'una vez más' en todos los puntos que hayan sido objeto de su interés recursivo****, en tanto no sea imposible revisarlos..."* (cfme. publicación citada, en ambos casos el destacado es propio).

Celebrada la audiencia prevista en el art. 385 del CPP, la Defensa de B. ratificó todos los términos de su escrito impugnativo, y de igual manera también lo realizó el Ministerio Público Fiscal.

Ahora bien, de los puntos sometidos a examen, esto es: vicio de procedimiento referido al razonamiento seguido por el Tribunal del debate, a efectos de determinar la autoría de L. O. B. en base a prueba ilegalmente producida, como la determinación del monto de la pena, que lucen alejados de la sana crítica racional, método constitucionalmente impuesto, provocando una falta de fundamento que autoriza, dada la evidente arbitrariedad de la misma pues encuadra en el art. 376 inc.5 en función del art. 372 inc. 3 y 4 del CPP se llegue por esta vía recursiva a su

absolución por aplicación del principio in dubio pro reo, por carecer de elementos suficientes para sostener su responsable autoría en el hecho.

He de comenzar recordando que *"... la sentencia debe ser debidamente fundada de modo que se perciba claramente el itinerario lógico-jurídico del que deriva la resolución final, para permitir el control de legalidad, siendo la obligatoriedad de la motivación de las sentencias un requisito ineludible de validez constitucional, desde la perspectiva federal, conforme lo consagra indirectamente la constitución nacional en su artículo*

18. También hay una garantía innominada a la 'no arbitrariedad', que fluye del artículo 33, y que constituye un derecho a la exigencia de razonabilidad en los pronunciamientos judiciales..." (cfme. SCBA, 9-5-2001, "López,

Mario Alberto, Omar Esteban. Robo calificado por el uso de armas", c.P. 62.071, Ac. 2078).

En tal entendimiento, la sentencia condenatoria impuesta

al imputado L. O. B. ha sido desarrollada en los votos de los señores magistrados, de manera concordante, llegando a una única decisión en el caso bajo examen.

Como una aproximación al tema convocante, estimo oportuno memorar que *"... es el juicio la etapa más importante del proceso, regida por los principios de oralidad, inmediación, publicidad, contradicción e imparcialidad de los magistrados y con la presencia dinámica de todos los actores del proceso penal, lo que determina que la prueba allí producida (o reproducida) sólo puede servir de base a una condena. De ello resulta, también, que la investigación anterior (instrucción o procedimiento preliminar) y los medios de prueba que allí se realizan tienen sólo valor preparatorio, esto es, sirven para decidir acerca de si se enjuicia al imputado (acusación) más no para fundar la sentencia. Es por ello también que, cuando por peligro en la demora o por la naturaleza del acto se deba recibir anticipadamente al juicio un medio de prueba durante la instrucción o la preparación del debate, con pretensiones de ser valorado en la sentencia (actos definitivos e irreproducibles), las leyes prevén adecuadamente, la participación del imputado y su defensor en el acto. De tal manera, la participación de aquéllos en el acto, resulta el único medio de control efectivo del material que utilizará el tribunal a decidir. Si las leyes de procedimiento no previeran una excepción a esta regla, sucedería que si el acusador (público o privado) o la defensa se vieran impedido de arrimar un testigo*

o un perito dirimente para su situación procesal al debate, las versiones que aquéllos hubieran brindado ante el juez de Instrucción, o, actualmente en la Provincia del Chubut, ante el titular de la acción penal, se perderían pues no serían hábiles para fundar una condena…" ("Los Derechos del niño abusado-víctima, en tensión con la defensa del acusado", María Carolina Arrigone, Revista de Derecho Procesal Penal, "La prueba en el proceso penal – I", Director Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 565/570).

Ahora bien a poco que se examine la sentencia en crisis hemos apreciado como los señores jueces de acuerdo a la sana crítica racional, fueron desechando y absuelto en consecuencia por plexo

insuficiente gravoso en contra del imputado su incriminación de los delitos de Corrupción de menores agravado por el vínculo (art. 125 incs. 2 y 3 del Código penal); Suministro de material pornográfico (art. 128 última parte del

Código Penal) y Exhiciones obscenas (art. 129 del Código Penal) *"por los hechos ocurridos el día 9 de febrero de 2009 en horas de la noche en la vivienda sita en calle Código Nº 561 Nº 3.230 del Barrio Stella Maris de esta ciudad, en perjuicio de los menores M. W. A. J. y G.*

I. J.".

No ha de prosperar el agravio pretendido en primer lugar,

por la Defensa peticionando la nulidad de las entrevistas mantenidas con los menores que realizara la Licenciada A., Psicóloga Forense, en el comienzo de la investigación de la causa, sin el debido contralor de su parte, medida ordenada por el Ministerio Público Fiscal, previsible en la norma del art. 268 del CPP , con la finalidad de validar o no el relato de M. y G. J. –nietos del encartado- elementos que sumaron juntos a otros, para disponer de la apertura de la investigación preparatoria conforme la norma en el art. 274 del CPP. Amén de ello, nos encontramos con una ausencia de contraprueba por parte de la defensa en el sentido de que en su alegato pretende que la prueba psicológica podría ser insuficiente para producir certeza, sin embargo, en ningún momento hubo de producirse contraprueba idónea que desmerezca o neutralice el valor cargoso de aquélla. Traigo a colación la sabia reflexión del voto del Dr. Pfleger en la Sentencia Nº 29/07 de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia al expresar: *"... Noto que durante el proceso, tanto en la instrucción como en el debate no se ejerció la capacidad de designar peritos de parte o de someter a riguroso examen a ambos psicóloga y médico forense, en afán de poner en jaque sus discursos o conclusiones y mal se puede ahora, en*

la casación, intentar repararse lo que hipotéticamente frustró expectativas de la defensa por su propia inactividad…".

Tanto la materialidad como la autoría responsable de B. en el tema bajo examen surge no sólo de los dichos de los menores develados en las entrevistas ante la psicóloga forense, sino que los mismos también han depuesto en Cámara Gesell y sumados a los testimonios del médico ginecólogo Dr. P. C., de la denunciante (madre de los menores) D. C. B., de la propia psicóloga Lic. A., del padre de los niños E. A. J., de L. (abuela a quien su nieto G. le contara lo acontecido) como de las docentes M. N. V., R. F. y S. M. A.; y demás medios de prueba colectados en el domicilio del encartado.

En tal sentido *"... La especial fuerza probatoria del testimonio en el régimen de la oralidad, donde los testigos son oídos directamente por los jueces encargados de juzgar, se extrae no sólo del contenido sino también del modo en que responden al interrogatorio, y demás circunstancias que son especialmente apreciables por el tribunal de mérito en tanto no se demuestre que el juzgador ha caído en absurdo o en infracción a las reglas de la sana crítica…"* (CNCasPen., sala II, 31-8-07, "Romero, Rubén Edmundo s/recurso de casación", causa 7320, reg. 10481.2, Magistrados: David, Mitchell, Fégoli).

En lo que atañe al agravio centrado como “Falta de tratamiento de cuestiones planteadas”, supuestamente la existencia de un cuchillo con que el encartado hubiera amenazado en el cuello al menor G. para que no contara nada bajo amenaza de matarlos, o discrepancias sobre la zona del cuerpo donde se produjo los acometimientos libidinosos, en razón que la menor M. ubicó la zona anal y no vaginal, no ha de tener acogida y deberá rechazarse; respecto de la posible arma blanca no hubo profundización por ninguna de las partes en el punto, y los jueces por tanto no lo han considerado, y respecto de la zona del acometimiento tomando las palabras de G. al que curiosamente la Defensa no objeta para nada sus dichos,“el abuelo se le tiró encina” y la nena estaba de espaldas; el certificado médico expedido por el galeno confirmó las lesiones de la pequeña M. en la región vulvar y no anal y que dicho manoseo según su testimonio era compatible con un elemento contundente como el dedo o el pene .

Párrafo aparte me merece la declaración de B., que de manera exculpatoria afirma que sus nietos mienten y que el motivo o “complot” era que su hija pretendía hacerse con su propiedad. Pues bien no olvidemos que el encartado no presta juramento de decir verdad ya que

está amparado con la garantía constitucional de no declarar contra sí mismo y por otro costado tal "complot" ha sido totalmente desvirtuado con la prueba cargosa en su contra.

Ahora bien, respecto al agravio sobre la "Arbitrariedad y doble valoración en la determinación de la pena", hemos consensuado en la deliberación que efectivamente asiste razón a la recurrente ya que se produjo una vulneración al principio del non bis in idem, toda vez que el tribunal de juicio consideró como circunstancia agravante el vínculo ascendiente –abuelo de la nena M.- víctima del abuso sexual, aspecto ya contemplado por la agravante típica impuesta. Estimo que en el presente caso se ha producido una vulneración al principio del non bis in ídem, pues el tribunal de juicio valoró, indebidamente, una misma circunstancia en dos oportunidades distintas, en la figura típica y en la graduación del monto de la pena, a la luz de las pautas previstas por los arts. 40 y 41 del CP.

En efecto, luego que el tribunal calificara la conducta desplegada en la emergencia por L. O. B. como "autor penalmente responsable de los delitos de *Abuso sexual simple agravado por su condición de ascendiente y encargado de la guarda temporal* (arts. 45, 119 párrafos 1º y 5º en relación al párrafo 4 inc. b) del Código Penal)- esto último , en razón del vínculo biológico entre el autor y su víctima- el tribunal consideró que debía

tenerse en cuenta, como circunstancia agravante de la mensuración punitiva, que además de biológico L. O. B. cumplía ese rol , estando legalmente a cargo de la guarda temporal (segunda agravante).

En este sentido, se ha sostenido que todas aquellas reflexiones que ya han sido tomadas en cuenta por el tribunal al establecer el tipo penal, o dicho de otro modo, todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena y ello se conoce como 'prohibición de doble valoración'. En síntesis, se ha valorado un elemento del aspecto subjetivo del tipo en el que subsumió la conducta de B., para después, considerarlo a las resultas de determinar la sanción a imponerse, lo que es incorrecto.

Como consecuencia directa de lo expuesto, hemos consensuado en la deliberación, que ha existido evidentemente una doble valoración de la agravante, y en consecuencia revocar parcialmente la pena impuesta, adecuándose su monto punitivo por tal circunstancia. Hemos consensuado en la deliberación que resulta adecuado establecerla en cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas del proceso (arts. 12 y 29 inc. 3 del CP) teniendo en cuenta que B. como atenuantes carece de antecedentes penales y ha conformado una nueva familia y como

agravantes además de las dos que ya conforman la figura penal seleccionada, la edad de la menor como así también la presencia de su hermano G. en el lugar teatro de los hechos. Por lo demás adhiero en todos los conceptos vertidos al tratar este punto lo que han expresado mis colegas preopinantes.

Como último agravio sobre la arbitrariedad del dictado de prisión preventiva esgrimido por la impugnante, y como ya se tratara esta cuestión en esta Cámara en lo Penal con la conformación de otros jueces (Dres. Mónica Rodríguez, Leonardo Pitcovsky y Nelly García – Resolución Nº 04/2011 del 17/03/2011 en la carpeta judicial Nº 1564, Legajo de

Investigación Fiscal Nº 17510 , caratulada: "Ramos, Franco s/Ttva. de Homicidio r/víctima") he de transcribir: *"... Que previo a todo análisis corresponde elucidar si los integrantes del Tribunal resultan competentes para intervenir en el tratamiento de la impugnación deducida. Que si bien los letrados han pretendido encausar su impugnación dentro del marco de lo previsto en el artículo 374, párrafo 2º, del CPP, la decisión recurrida no es de aquellas de cuyo tratamiento resulte competente la cámara en lo Penal. Ello es así por cuanto no se trata de ninguno de los supuestos previstos en el art. 71 A) del CPP, que regula los casos de competencia*

específica de este Tribunal, que interviene en la impugnación ordinaria contra la sentencia condenatoria, tratándose de mayores, o en los supuestos de la segunda cláusula del art. 413 en el caso de menores. Además, por imperio de lo normado en el mentado art. 71 A), la competencia de este Cuerpo queda circunscripta –amén de los ya enumerados- contra los fallos que dispongan la aplicación de una medida de seguridad o corrección; de la denegatoria de un pedido de suspensión de juicio a prueba o del procedimiento abreviado. Que de la reseña efectuada se desprende claramente que, toda vez que el recurrente ha impetrado impugnación ordinaria contra la decisión que desestima el cese de prisión preventiva, por los argumentos ut supra esbozados, la incompetencia materia del tribunal para avocarse a decidir es clara y manifiesta y, por ende, corresponde así declararlo. (...) dada la materia que se trata –denegación del cese de prisión preventiva, regulado por Ley Provincial Nº 4096, de conformidad a los precedentes emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 280:297; 290:393; 300:642; 301:664; 302:865; 307:549; 308:1361, entre otros), se ha reconocido la jerarquía de sentencia definitiva a aquellas resoluciones que restringen la libertad personal del imputado, atendiendo al daño irreparable que las mismas pueden ocasionar para el supuesto que

resultara finalmente absuelto. Esta circunstancia habilita su revisión por parte del máximo órgano judicial de la justicia ordinaria, en el caso, la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia para, eventualmente, posibilitar a su vez la intervención del más alto Tribunal de la Nación, por encontrarse involucrada una garantía de índole constitucional –en el caso, la libertad ambulatoria- (CSJN in re "Strada" –Fallos 308:490-; "Di Mascio –Fallos 311:2478-)".

Por otro costado , resulta un interrogante cual ha sido la situación actual de la impugnación que en su momento presentó la defensa de

B. ante el máximo Tribunal Provincial pues si bien al argumentar la Fiscalía que el mismo resultó extemporáneo, y en consecuencia denegado, la defensa nada dijo si ha ocurrido en queja.

Adhiero y comparto lo expuesto por el Sr. Juez Lucchelli en su voto y que en este punto conformamos la mayoría. Por todo lo expresado a este agravio voto por la negativa.

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

Atento al resultado arribado entiendo que debe dictarse el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado L. O. B., contra la Sentencia Nº 53/11,

dictada con fecha 23 de setiembre de 2011, y readecuar la pena impuesta, la que será de **CUATRO** (4) años y **SEIS** (6) meses de prisión, más accesorias legales y costas del proceso.

Asimismo regular los Honorarios Profesionales de la Defensa Pública por su labor en la presente etapa de impugnación. Por tal motivo, ponderando la extensión y calidad de su trabajo, su incidencia en el resultado del proceso, estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de tres mil setecientos sesenta y tres pesos ($ 3.763), 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: Hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa de L. O. B., contra la Sentencia Nº 53/11, de fecha 23 de setiembre de 2011 y readecuar la pena impuesta en **CUATRO** (4) años y **SEIS** (6) meses de prisión, con accesorias legales y costas del proceso.

Con relación a la regulación de honorarios, considero acertada la postulación efectuada por el Magistrado que lidera el acuerdo, debiéndose imponer dicho importe conforme la ley que regula el asunto.

A la **SEGUNDA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

Atento a resultado del tratamiento de la cuestión precedente adhiero al pronunciamiento propuesto por mis colegas preopinantes, es decir: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado L. O. B., contra la Sentencia Nº 53/11, dictada con fecha 23 de setiembre de 2011, y readecuar la pena impuesta en la misma en **CUATRO** (4) años y **SEIS** (6) meses de prisión, accesorias legales y costas del proceso.

Asimismo coincido a los dichos del Sr. Juez que vota en primer término en cuanto a la regulación de honorarios impuesta a la Defensa

Pública.

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

----------**RESUELVE:**----------

----- 1º) **HACER LUGAR** parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa de L. O. B., contra la Sentencia Nº 53/11, de fecha 23 de setiembre de 2011 (arts. 374, 382 y ss. y cc. del CPP).----------

------- **2º) READECUAR** la pena impuesta en la Sentencia Nº 53/11, en **CUATRO** (4) años y **SEIS** (6) meses de prisión, con accesorias legales y costas del

proceso.----------

3°) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de pesos tres mil setecientos sesenta y tres ($ 3.763), 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).---------- ---------- **4º)** Cópiese, protocolícese, notifíquese.---------- ---------- **5º)** La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados por no

encontrarse en la zona el Dr. Rafael Lucchelli (art. 331 ult. párr., C.P.P.)-- ----