En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los tres días del mes de septiembre de dos mil trece, 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. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y Guillermo Alberto MÜLLER**, 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° 5392**, **carpeta individual n° 1098**, caratulada: "J., F. M. s/ Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo en grado de tentativa, en concurso real y en calidad de autor" de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación la Sra. Fiscal general, Dra. **Laura Castagno**, el Sr. Defensor de Confianza Dr. **F. M. R.** y la madre de la víctima Sra. S. Mariela O., asistida por la Dra. Karina Aizpitarte;

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

Que los días 14 y 20 del mes de agosto del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de F. M. J., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo

que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el 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 F. M. J. 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. Guillermo Alberto Müller, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

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

I.- Genera la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por los Defensores Particulares, Doctores F. M. R. y L. P., en ejercicio de la asistencia técnica del imputado **F. M. J.**, contra la sentencia protocolizada bajo números 324/13 del 12 de abril de 2013 (autoría y responsabilidad penal) y 420/13 del 2 de mayo de 2013 (cesura de pena), por las que se declarara al nombrado autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual gravemente ultrajante por su duración, calificado por el vínculo y por ser la víctima menor de trece años, en carácter de delito continuado (arts. 119, 1°, 2° y 4° párrafo, inciso b, y 45 del Código Penal), en relación a

los hechos cometidos entre abril de 2004 y el 12 de julio de 2012, en perjuicio de la menor L. A. J., y se lo condenara a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del citado cuerpo normativo).

1.- Los recurrentes, en su libelo impugnativo, denuncian que el Ministerio Público Fiscal no pudo acreditar la materialidad de los hechos ni la autoría por parte del imputado ya que no hay prueba independiente alguna del abuso sexual prolongado en el tiempo y, por ello, tipificado como gravemente ultrajante. Entiende que se encuentran ausentes en forma absoluta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían ocurrido estos abusos, lo cual, a su entender, vulnera la garantía de defensa en juicio toda vez que resulta imposible defenderse de hechos indefinidos.

Aducen que el contradictorio no puede sostenerse cuando se desconoce cómo, cuándo y dónde sucedieron los hechos.

Señalan que la ausencia de prueba independiente es palmaria, ya que la acusación se sostiene exclusivamente en los dichos de la niña en Cámara Gesell, relato que sólo resulta aparentemente validado por el informe de la psicóloga forense Licenciada M. S., a quien increíblemente le bastó una entrevista de cinco minutos para trazar un diagnóstico de personalidad de la menor y concluir que el relato es coherente, concreto, que no fabula y que presenta indicadores postraumático comunes a los casos de

“ASI”.

Cuestionan seriamente tal forma de trabajo por interpretar que, con dicha metodología, el imputado queda absolutamente desprotegido y a expensas de los dichos de la presunta víctima, porque a todas luces resulta poco serio, habiendo visto a la niña cinco minutos antes del acto procesal, concluir que ha faltado a la verdad o ha sido inducida o no está movida, en sus afirmaciones, por intereses de terceros.

Indican, en apoyo de la objeción que formula, que en casos similares y en otras jurisdicciones, la validación del relato demanda por lo menos un promedio de tres entrevistas previas para que la profesional pueda, a través de un proceso diagnóstico, generalmente apoyado en un test -omitido en el presente caso-, concluir que el relato es verosímil, no indicativo, base de una envergadura como la que soporta su defendido.

Hacen notar que, al ser interrogada, la propia profesional reconoció que los indicadores postraumáticos surgen del relato de la madre y sólo resultarían acreditados a través de un trabajo posterior con la menor que, hasta el momento del juicio, no se llevó a cabo.

Destacan que ateniéndose a la situación familiar, **J.** era tenido como un buen padre de familia hasta el momento que fue denunciado; a tal punto que la madre y la víctima reconocieron que nunca habrían sospechado de una conducta impropia de su parte a no ser por la reacción

súbita de la víctima.

Ponen de relieve que **J.** resultó absuelto de la imputación de corrupción, por no haberse acreditado que indujera a la víctima a hacer observar videos pornográficos. Y que la orfandad probatoria también fue palmaria en relación a la tentativa de violación y que la menor, pese a su corta edad, distaba mucho de ser inocente en orden a su comportamiento sexual, tomando como base para esta conclusión el testimonio de su novio D.. Este reconoció que antes y después había salido con otros hombres y, pese a su corta edad tenía, actitudes, en materia sexual, propias de una joven de por lo menos veintiún años, extremo que sin duda, según expone, resulta acreditado con la mera lectura de los mensajes de la "niña" con algún novio, a quien proponía explícitamente, en forma muy adulta, en cómo llevar adelante relaciones sexuales.

El segundo agravio, se ciñe a la individualización de la pena aplicada a **J.**. En lo que atañe a ello, objetan la imposición de doce años de prisión para un primario en la exégesis que implica agravar en un 50 % del mínimo previsto en la interpretación que los jueces hacen del artículo 119, párrafo 4°, del Código Penal.

Aducen que el pedido de pena es nulo por exceder los máximos legales previstos para la figura en el modo que consideran razonada de la interpretación *pro homine*, como lo exigen los Pactos Internacionales.

Sostienen que los mínimos y máximos legales aplicables son de cuatro años, y corresponden al abuso sexual sin acceso carnal, ya que lo contrario sería suponer que este abuso deshonesto conlleva una mayor represión punitiva que la violación; lo cual implica una valoración absurda y *contra legem*.

Alegan que la imposición de pena ha sido arbitraria, agregando que si por vía de hipótesis se admitiera la interpretación que los Jueces proponen de la norma, en igual forma no puede sostenerse esa elevación del 50 % del mínimo por ser a todas luces desproporcionada. Citan, en apoyo de la argumentación que desarrollan sobre el tópico, los fallos "Garrone" y "Maldonado" emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 6 de marzo de 2007 y el 7 de diciembre de 2005 respectivamente.

Destacan que según la Corte Suprema de Justicia la idea de peligrosidad en la fijación de penas, tiene su raíz en las peores teorías racistas del siglo XIX y es contraria a la concepción del ser humano de la Constitución.

Finalizan expresando que por lo fundamentos expuestos, es inaceptable y contrario a los estándares internacionales aumentar la pena por la peligrosidad, dado que es algo subjetivo y no debe ser valorado por el Tribunal, debiendo fijarse el mínimo legal atento el carácter de primario.

Por último formulan reserva del caso federal.

2.- A su turno, el Señor Fiscal General, en su responde de fs. 299/304, aduce que el escrito recursivo trasunta -según interpreta- una muestra cabal de disconformidad del defensor con la valoración de la prueba efectuada correctamente por el tribunal.

Señala que el recurrente insiste en la teoría del caso que llevara al debate y que fuera rechazada con suficientes razones por el *A quo*.

Expresa, luego de efectuar una extensa transcripción del pronunciamiento en crisis, que de los votos individuales de los tres magistrados surge en forma prístina que la acusación no se sostiene exclusivamente en los dichos de la niña en Cámara Gesell y da por tierra con la afirmación de que el Ministerio Público Fiscal no pudo acreditar la materialidad de los hechos ni la autoría por parte el imputado. Idéntica conclusión predica acerca de la alegada ausencia de circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían ocurrido los sucesos, razón por la cual impetra el rechazo de la vía recursiva, ya que según ya lo consignara, sólo demuestran disconformidad con el veredicto de culpabilidad dictado por los jueces del juicio.

En lo atinente al segundo agravio, vinculado a la individualización de la pena, sostiene que también debe ser desestimado en el entendimiento de que la interpretación efectuada y expuestas por el *A quo*, sobre el punto, resulta ajustada a derecho.

Aduce que el absurdo valorativo o arbitrariedad de la sentencia, pregonadas por el recurrente, no han sido demostrados.

Destaca, a su vez que, lo real y concreto es que a pesar de las probanzas rendidas en el debate y el número y características de los de los extremos agravantes y el hecho probado, a la hora de merituar la pena, el tribunal haciéndose eco de los argumentos defensistas, concluyó aplicando una pena sensiblemente menor a la propiciada por el órgano que representa.

Por todo ello solicita el rechazo de la impugnación deducida y que se confirme el pronunciamiento dictado.

3.- En la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del CPP, a la que sólo compareció el Sr. Defensor Dr. F. M. R., desarrolló oralmente el recurso manteniendo en líneas generales la motivación expuesta en el escrito recursivo y al ahondar en los argumentos relativos al agravio vinculado con la pena impuesta, planteó una doble cuestión. Alegó que **J.** es una persona joven, de trabajo -al tiempo del hecho mantenía a su familia-, no había tenido antecedentes penales computables -ninguna causa en trámite por ninguna razón-. El Estado le formuló tres imputaciones, por las que se efectuó un pedido de pena de diecisiete años de prisión; luego de conocida la declaración de responsabilidad, disminuyó la pretensión del monto a quince. Se preguntó cuál es el argumento que permite sostener la elevación del mínimo. Si supuestamente el abuso sexual agravado por ser prolongado en el tiempo -

gravemente ultrajante-, y por el vínculo puede tener una pena de ocho a veinte años -lo que le parece absurdo-, cuál es el elemento que justifica el agravamiento en un cincuenta por ciento del mínimo -doce años-, cuando se trata de un primario ?. También se interrogó sobre qué atenuantes han considerado los jueces, en qué han consistido ?, pues si aún considerados, fijaron un monto como el individualizado -doce años de prisión-, llega a la conclusión que no ponderaron ninguno, si no sólo los agravantes que planteó la Fiscalía.

El segundo cuestionamiento consiste que en el caso, la pena es la que corresponde al cuarto párrafo del artículo 119 del CP -ocho a veinte años-. Señaló que si se repasan los incisos a, b, c de la mencionada norma, no tiene dudas de que esta pena a la que hace referencia el legislador -ocho a veinte años- se refiere al abuso sexual previsto en el párrafo 3°, es decir cuando hubiere acceso carnal. Existe, a su juicio, un evidente error en la técnica legislativa, pues considerar que la pena que corresponde aplicar es la de ocho a veinte años es inconstitucional, por violar el principio de razonabilidad, de proporcionalidad. Ello por cuanto no puede tener la misma pena un abuso sexual que no se concreta en el acceso carnal, es decir el del párrafo 2° con relación al abuso sexual del 3°, pues la gravedad del hecho es distinta, las consecuencias son mayores, la acción, trasladada a la vieja terminología, se estaría sosteniendo que es lo mismo un abuso sexual simple

agravado por el vínculo, que una violación agravada por el vínculo, parece que no importa si tocó o accedió carnalmente; y ello no puede ser así. Refiere que al contestar la acusación, sostuvo que el pedido de pena era arbitrario al sostener que excedía el tope legal; a su criterio la pena debía ser de cuatro a diez año, tomando la hipótesis más favorable al imputado, teniendo en cuenta que el abuso sexual del primer párrafo era de seis meses a cuatro años, y si se agravaba por la prolongación en el tiempo y el vínculo, la escala penal no podía exceder de cuatro a diez años. Esto ya se ha planteado y no todos los tribunales están de acuerdo en tomar la escala penal que propicia para fijar la pena; pero sí todos los que han abordado la cuestión han estado de acuerdo en que es inconstitucional aplicar la escala penal de ocho a veinte años de prisión para un supuesto en el que no ha habido acceso carnal. Citó en apoyo de su postura un fallo de la Cámara Novena en lo Criminal de Córdoba, publicado en el sitio actualidad jurídica el 17 de marzo de 2006, y los fallos "Garrone" y "Maldonado" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por todo ello concluyó solicitando la absolución de **J.** y, subsidiariamente, que se declare nula la imposición de pena y se la fije del modo que lo propicia.

Por su parte la Señora Fiscal General, ratificó lo que ya expusiera al responder el emplazamiento, destacando, en lo que respecta al segundo agravio que esgrime el recurrente, que la ampliación que introduce

relativo a la inconstitucionalidad de la pena no puede prosperar por no haberlo deducido oportunamente. Aduce que si bien reclamó la nulidad de la pena, no dedujo el planteo que ahora impetra por lo cual se opone a su procedencia.

Concluyó peticionando que se rechace la impugnación y se confirme el pronunciamiento en todos sus términos.

II.- Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, y fijados como han quedado los agravios del impugnante, abordaré por separado el tratamiento de cada uno de ellos, confrontando sus fundamentos con los votos de los jueces de juicio y la prueba producida en el debate.-

1.- La Defensa, en el convencimiento que la prueba producida no resultó suficiente y convincente para vencer el estado de inocencia de su asistido, sostiene que no fueron probados deliberadamente los hechos que se le endilgan. La principal crítica a la sentencia gira en torno al valor que han otorgado los jueces a los dichos de la menor víctima, tratando de demostrar que resultó inconsistente cuestionando la información producida por la perito psicóloga que valida su relato y que además no encontraron apoyo en el resto del caudal probatorio.-

a.- Como se extrae de la acusación la imputación contiene conductas desarrolladas por el encartado durante un tiempo prolongado fijadas desde el año 2004 cuando la víctima tenía 5 años de edad hasta

mediados del año 2012.-

La familia originalmente se encontraba establecida en Comodoro Rivadavia, donde comenzaron las conductas abusivas, para trasladarse a la ciudad de Sarmiento cuando la menor tenía ya nueve años de edad.-

También la imputación es precisa respecto a la modalidad comisiva; concluyen los Jueces que la practica se realizaba en el domicilio aprovechando la ausencia de los demás integrantes de la familia y guardaban semejanza tanto objetiva como subjetiva, consistentes en obligar a la menor a practicarle sexo oral, y luego eyacular sobre ella, a lo que adelanto que tal practica en sí misma abastece las exigencias de la agravante en cuestión (art. 119, 2do. párrafo del C.P.), como ya me expidiera en autos "Q., M. s/ Dcia. Abuso sexual r/ víctima hija menor", carpeta 3826 de la Oficina Judicial de Trelew, sentencia de fecha 27 de junio de 2012.-

Entiendo pertinente aclarar que la acusación comprendía otras dos imputaciones como hechos independientes que merecieron un pronunciamiento absolutorio, pero siempre se ha mantenido al detalle a lo largo del proceso por lo que no advierto una posible vulneración al principio de congruencia y menos una indeterminación de los hechos que en modo alguno impidieron el pleno ejercicio de la defensa en juicio como denuncia el impugnante en esta instancia sin demostrarlo, incluso extraigo de lo actuado

que ha podido responder basando su estrategia en la imposibilidad del Ministerio Público Fiscal de acreditar con la prueba propuesta la materialidad de los hechos objeto del proceso, a lo que dieron una ajustada respuesta los magistrados destacando el voto del Dr. Allende al iniciar su sufragio (ver. pág. 190vta.), por lo que entonces paso a dar respuesta a este agravio sobre el que estructurara el recurso.-

b.- La defensa cuestiona el irregular procedimiento seguido para obtener el testimonio de la menor –entrevistada en Cámara Gesell-, defecto que adquiere relevancia por ser la niña la única testigo directa de los hechos atribuidos al acusado y la ausencia de prueba independiente que pueda corroborarlo.-

En primer término dice que no fue abordado el caso como un supuesto de abuso sexual infantil, cuestionando la actividad desarrollada por la Psicóloga forense, Lic. M. S., quien valida el relato con solo una entrevista previa de cinco minutos y sin una asistencia previa en cuanto a la preparación que se requiere de la menor señalando algunas pautas básicas que debieron observarse en el abordaje del caso, y que en definitiva todo ello le resta valor.-

La crítica que en tal sentido desarrolla el recurrente fue contestada en el fallo, particularmente en los sufragios de los jueces Allende y Rolón. El primero rechaza el cuestionamiento señalando en síntesis que la

Lic. S. destacó múltiples indicadores para validar el relato afirmando que además se extrae de otras pruebas producto de una ponderación integral, agregando que los dichos de la menor, al margen del auxilio profesional al que se recurre, no excluye su valoración según las reglas de la sana crítica, sino que se impone con fundamento en los arts. 25 párrafo 3º y 329 párrafo 2do. del C.P.P.. También el Juez Rolón, quien sin descartar totalmente la observación de la Defensa al informe de la perito, sostiene que la manera de obtener el testimonio de menores no está normatizado y que en el caso verificó la coherencia interna y externa del relato.-

En reciente pronunciamiento he expresado, siguiendo la jurisprudencia de esta Cámara, que frente a los delitos contra la integridad sexual –ASI- aparece como dirimente el testimonio de la menor víctima puesto que este tipo de hechos suelen cometerse en ámbitos de intimidad y los elementos de prueba que corroboran el relato constituyen prueba indirecta por lo que deben valorarse en forma conjunta y no fragmentada (Sentencia nº 20/2013, carpeta nº 1034, "Baiz, Joaquín Urbano s/ p.s.a. Abuso sexual agravado por el vínculo").-

También es propio en el abordaje de supuestos de abuso sexual infantil recurrir a expertos psicológicos para obtener una opinión fundada sobre la fiabilidad de sus dichos sobre una base técnica; pero además la experiencia indica que el relato de un niño no puede ser objeto de un

estricto control de logicidad propio de la inmadurez y afectividad característicos de su edad.-

Desde luego como todo informe pericial no resulta vinculante para el Juez, y en el caso corresponde aceptar en buena parte las críticas de la defensa para desmerecer la validación del relato de la menor por la Lic. S., en cuanto no brinda referencia alguna a los parámetros que recurrió para expedirse, realizó una sola entrevista previa, y no indica un protocolo de actuación adecuado.-

Ahora bien, resulta relevante en la materia adoptar una serie de recaudos en la recepción del testimonio de una menor, particularmente cuando no va a reproducirse en el juicio; debe evaluarse si la entrevista ha sido llevada correctamente, es decir, si no han mediado preguntas sugestivas, sutiles aprobaciones o desaprobaciones, o cualquier otro defecto en el interrogatorio que pudiera contaminar el relato de la niña.-

Se ha dicho que "…debe tenderse al perfeccionamiento de las técnicas de evaluación existentes y al desarrollo de herramientas válidas y confiables, que nos acerquen al sujeto testimoniante de manera empática, no simpática ni antipática, tampoco arbitraria, pero con toda la objetividad de la exigencia científica (Iris Araya, "Abuso Sexual Infantil. Credibilidad o veracidad" (http://psicologiajuridica.org/archivos/892).-

Siguiendo estos lineamientos, si bien es cierto que la

calidad del informe original resulta un tanto pobre no lo es menos que la Lic. S. declaró en el juicio con mayor amplitud y sometiéndose al contradictorio, resaltando que la versión de la niña no presentaba contradicciones, brindaba importantes detalles y no parecía un relato predeterminado.-

Emitiendo así pertinente señalar la necesidad imperiosa de que se reconozcan y superen estos déficits investigativos, ya que la experiencia indica que prácticamente en todos los casos ASI que llegan a conocimiento de esta Cámara advertimos, en base a los agravios de las defensas, imperfección en la actividad que desarrollan los profesionales actuantes y ello ha de conducir a extremar cuidados al momento de valorar la información tan defectuosamente introducida; pero en el caso que nos convoca diría que el relato de la niña surge diáfano y coincido con los sentenciantes en que ha podido reconstruir válidamente, a partir de aquél una serie de situaciones abusivas de claro y alto contenido sexual, que fueron llevados a cabo por el acusado en perjuicio de la menor.-

c.- Los jueces han sido puntillosos en la valoración del relato de la menor y no encuentra apoyatura la alegada orfandad probatoria del recurrente, pues se ha producido abundante prueba indirecta que han ponderado de acuerdo a las pautas enunciadas en el punto anterior.-

Los jueces han descartado, a mi juicio correctamente, una posible mendacidad en los dichos de la niña; también que la versión haya

sido brindada producto de fabulación o sugerida por personas que pudieran querer perjudicar al imputado.-

Se extrae de los registros de la declaración de la menor, la que ha sido transcripta por el Dr. Camilo Pérez en su voto, que la versión brindada es la misma que dio a las diferentes personas que declararon en el juicio, no surgiendo contradicciones relativas a todas las circunstancias que rodeaban los hechos, ni al lugar, ni a los momentos en que se producían, ni a la época y tiempo que se prolongó esta situación, o la modalidad de las degradantes prácticas y aquí debo destacar que el interrogatorio fue llevado correctamente, incluso no denuncia el impugnante que hayan mediado preguntas sugestivas, o sutilezas para mantener el discurso.-

En este análisis no escapa que los hechos son develados prácticamente a ocho años desde que se iniciaron y la niña lo hace fuera de su entorno familiar, pues es a su novio, R. D. Z., a quien le confía la situación que atravesaba. El joven conocía al detalle las prácticas a las que fue sometida la niña pero, a mi entender hay dos datos relevantes para adjudicar credibilidad y verosimilitud a sus dichos que no escaparon al examen que efectuaron los jueces; por una parte motivar a L.J. a denunciar estos hechos, al extremo de intimarla a hacerlo porque de lo contrario él haría lo propio, y por otra parte, al reconocer que tuvieron relaciones sexuales, le llamó la atención la conducta de su novia en cuanto evidenciaba una considerable

experiencia.-

También no puede desatenderse que los hechos comprendieron suministrar pornografía a la menor y por los cuales fue absuelto el acusado por unanimidad del delito de Corrupción de menores, por atipicidad de la conducta, pero Z. pudo verificar imágenes en el celular de L. J. que reforzaron el convencimiento de la situación.-

Fue así que la niña llega a informarle a su madre todo lo acontecido en compañía de Z.. Cabe detenernos aquí pues se advierte otro indicador característico de este tipo de hechos y son los reparos y temores de la víctima en develarlos ya que operan sentimientos encontrados cuando la niña refiere cariño hacia sus padres y el temor a que se separen.-

La reacción inmediata de la madre ante la gravedad de los hechos que relataba su hija, fue buscar a su esposo y confrontarlo y pese a la inicial negativa de éste, se vence y reconoce su proceder al pedirles que le den otra oportunidad, dirán que lo hace de rodillas; esto de acuerdo al relato de S. O., plenamente confirmado por el joven Z., que como ya dije se encontraba presente.-

También en tal oportunidad la Sra. O. le solicitó a J. que abandone la casa, retirándose sin poner reparos; además de estas versiones merece atención el testimonio de la hermana de la víctima D. J. ya que se encontraba en el lugar y su versión coincide plenamente con las anteriores,

exponiendo incluso que una oportunidad sorprendió a su padre y a su hermana en una situación comprometedora, la que detalla, interrogándola al respecto, quien le decía que no hacían nada, imagen que nunca pudo borrar, confirmando también la existencia de videos pornográficos en el celular de L.J..-

Con estos elementos de prueba que fueron confrontados ajustadamente por los Jueces sin parcializar las versiones de los testigos, concluyen que indudablemente existieron los abusos y la modalidad de los mismos.-

Pero no se agota aquí el caudal probatorio puesto que tomaron intervención las tías de la menor, R. O., A. O. y S. M., esta última tía de la madre, quienes no solo acompañaron a denunciar los hechos, sino también a confrontar nuevamente al acusado en la casa de S., quien aceptó tales conductas tratando de excusarse con justificativos realmente repugnantes, pidiendo que no lo denunciaran y que necesitaba un tratamiento psicológico.-

De acuerdo a las versiones que brindaron estas personas del entorno familiar, queda en evidencia la seriedad de las imputaciones que la niña formuló y la necesidad de adoptar acciones tendientes a dar fin a estos sometimientos humillantes, aunque difícilmente puedan ser superados por la menor. Realmente estamos ante un cuadro patológico severo al que se llegó

por las conductas degradantes y prolongadas durante tanto tiempo por el padre de la niña, y ello se evidenciaba con las conductas hipersexuadas de la niña como secuela de tales prácticas a las que se refirió el novio D. Z..-

Para concluir no puedo más que afirmar que los jueces han ponderado en forma completa el caudal probatorio probatorio, lo confrontaron y le asignaron valor a cada una de ellas, fundamentando sus conclusiones; estimo que el tribunal ha derivado razonablemente la responsabilidad del imputado por los hechos investigados y por el contrario la pretensión impugnativa es la que incurre en el defecto por ellos denunciados, por cuanto no se sustenta el decisorio en la versión de la menor sino en la totalidad del marco convictito sobre el que se formuló críticas, se basan en análisis parciales que desatienden la univocidad que surge de su estudio integrado, por ello en relación a este agravio voto por la negativa y así lo propongo al pleno.-

2.- Como ya dejara expuesto en la reseña también se agravia la parte por el monto de pena impuesta a F. M. J., introduciendo en la audiencia celebrada un planteo estrechamente vinculado a la cuestión en cuanto considera inconstitucional la escala penal prevista en el art. 119 4to. párrafo en relación al 2do. del Código Penal, peticionando se reduzca la pena impuesta.-

a.- La situación mencionada mereció una respuesta

negativa de la Fiscal actuante señalando que en esta instancia procesal no se pueden introducir nuevos motivos conforme lo establece el art. 355 3er. párrafo del ritual.-

En el proceso deliberativo hemos coincidido que corresponde su tratamiento en principio porque esta alzada, al margen de la competencia específica, le corresponde el control de constitucionalidad de acuerdo al dispositivo del art. 369 del C.P.P. y además ya ha dicho reiteradamente este cuerpo que una aplicación estricta de la citada norma –art. 355, 3er. párrafo- colisiona con el principio general que, en materia del recurso ordinario contra la condena, fija el art. 374 del mismo cuerpo legal en cuanto no pueden aducirse motivos formales para rechazar el mismo y en caso de duda se presume que el imputado ha ejercido el derecho a impugnar la sentencia". Por lo tanto no se advierte el fundamento que habilite sustenta la limitación respecto de aquello no desarrollado en el acto de interposición del recurso, sin dejar de atender en principio de interpretación legal restrictiva que establece el art. 31 del C.P.P. respecto a toda norma que limite el ejercicio de los derechos del imputado máxime en el caso puesto que los nuevos argumentos guardan estrecha vinculación con la materia controvertida en el juicio.-

Por lo expuesto, considero que constituiría un ritualismo indebido impedir el ingreso de una nueva crítica en esta circunstancia

procesal, en la medida que se ha dado a la parte acusadora la posibilidad de contradecirla, como ha ocurrido en el caso.-

b.- La cuestión a tratar se focaliza en la escala penal prevista en el cuarto párrafo del art. 119 del sustantivo, y si vulnera los principios enunciados de proporcionalidad y razonabilidad, dado que asigna una misma pena, en los supuestos de agravamiento, a dos hechos que anteriormente fueron valorados como distintos. Tenemos en el 2do. párrafo el abuso sexual gravemente ultrajante con una escala de 4 a 10 años de prisión y en el 3er. párrafo el abuso sexual con acceso carnal con una pena que va de los 6 a 15 años de prisión, y es evidente que responden a diferentes magnitudes de afectación del bien jurídico protegido pero tal consideración no fue la misma al momento de regular las agravantes de las dos conductas al prever una misma sanción (8 a 20 años de prisión).-

A partir de la reforma introducida por la ley 25.087 y la regulación de las penas aplicables a las variantes agravadas que prevé, en relación a las diversas modalidades contempladas, ha merecido variadas críticas desde un sector de la doctrina. Dice Enrique Gravier que “En el tipo agravado, se observa que la ley somete a la misma pena conductas que en su forma simple están sometidas a penas diferentes. Ello puede ser contabilizado como un error de la ley, sin embargo, los abusos sexuales gravemente ultrajantes para la víctima por su duración o por las circunstancias de su

consumación, son hechos que por sus características pueden ser aún de mayor entidad ultrajante que los del tercer párrafo y que en el código español de 1995, que sirviera de modelo a nuestro legislador, están equiparadas en su pena (art. 179 y 181 C.P.E.). Además, en las figuras de la promoción y la facilitación de la corrupción y de la prostitución de menores de 18 años y de 13 años (arts. 125 y 125 bis), al igual que en el tipo sustituido, a pesar de que en ambas edades se aplican escalas diferentes, en el tipo agravado del 2º párrafo de esas disposiciones se establece una escala única y otro tanto ocurría en el texto derogado, por lo que podría pensarse que no es errónea la decisión legislativa. Sin embargo, partiendo de la base de que nuestra ley ha distinguido estas conductas tanto en el precepto como en la sanción, hubiera sido preferible mantener la diferencia de pena en el tipo agravado, máxime cuando la diferencia en el monto de la pena es sustancial…" ("Delitos contra la Integridad sexual. Análisis de la ley 25087. Antecedentes Parlamentarios", ed. Lerner – pág. 85).-

Aparece así, fuera de toda discusión, que la técnica legislativa es defectuosa; ahora bien el interrogante es si tal déficit nos conduce irremediablemente a la inconstitucionalidad de la norma.-

El Señor Defensor de Confianza trajo a la discusión un precedente del Tribunal Superior de Córdoba en el cual se pronunció por la inconstitucionalidad de la escala penal en conflicto, se trata de un fallo

dictado el 21/4/2010 en autos “Espíndola, Carlos F. p.s.a. Abuso sexual calificado – recurso de casación”, sentencia nº 100/2010.-

Allí el máximo tribunal concluyó que a los fines de conservar la coherencia interna del sistema punitivo, en el caso del cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal, el legislador debió mantener la diferenciación en la valoración del injusto de las modalidades abusivas y reprimidas acorde a ella, es decir, en escalas distintas. Al no hacerlo vulneró el principio de igualdad o razonabilidad “ya que extendió la imputación de una misma sanción a hechos antecedentes por él mismo considerados previamente desiguales”. Por tanto y habiendo quedado demostrado en el estudio previo que la pena contemplada por la figura analizada resulta irrazonable por desproporcionada y desigual, en la oportunidad se declaró por mayoría la inconstitucionalidad de la escala penal dispuesta para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo (art. 119, cuarto párrafo en función del segundo inc. b del Código Penal) correspondiendo elaborar un nuevo marco punitivo a los efectos de imponerle al mismo una nueva sanción, siguiendo las pautas de nuestro sistema jurídico (las cuales han sido ya delineadas). A esos fines, se consideraron las mismas proporciones estimadas por el legislador en el cuarto párrafo (de ocho a veinte años de prisión o reclusión) para los supuestos previstos en el tercer párrafo (abuso con acceso carnal, de seis a quince años de prisión o

reclusión). El tribunal observó que el incremento fijado ha sido de un tercio en su mínimo y en su máximo, correspondiendo trasladar dicha simetría a la escala penal del segundo párrafo (sometimiento sexual gravemente ultrajante) cuando concurren las circunstancias del cuarto párrafo, quedando configurada así una escala punitiva con un mínimo de cinco años y cuatro meses y un máximo de trece años y cuatro meses de reclusión o prisión; ello con cita a Ziffer, "Lineamientos de la Penal", 2da Edición Ed. Ad-Hoc, a Linares Juan F. "Razonabilidad de las Leyes. El debido Proceso como Garantía Innominada en la Constitución Argentina" Ed. Astrea 2da. Edición.-

Desde luego que existen herramientas para corregir los déficits apuntados y es el control de constitucionalidad, el que solo puede realizarse en el caso concreto; en tal orientación debe demostrar el recurrente que la pena es considerablemente desproporcionada, injusta y no lo ha hecho, y por sí solo no alcanza para tachar de inconstitucional la norma.-

La proporcionalidad de la pena deriva del reproche de culpabilidad, vinculada a la entidad de los hechos y la culpabilidad del autor, y la condena que corresponde en el caso no aparece fuera de la escala prevista, por ello carece de trascendencia el planteo, se torna abstracto.-

El mismo en definitiva requería se adopte una solución similar a la del T.S.C es decir disminuir la pena al mínimo de acuerdo a esa composición, cinco años y cuatro meses de prisión, pero como ya dije en este

caso dada la magnitud de las conductas reprochadas a J., a la luz del principio de culpabilidad, lejos estamos de convalidar un mínimo, aunque en el proceso deliberativo hemos acordado que la pena es elevada pero el monto quedará fijado dentro de la escala que contempla la norma cuestionada.-

b.- De acuerdo al desarrollo que vengo efectuando entiendo pertinente a los fines de ilustrar íntegramente la situación del imputado que inicialmente fue acusado por tres hechos calificados como Abuso sexual gravemente ultrajante, con acceso carnal en grado de tentativa y Corrupción de menores, todos agravados por el vínculo, en concurso real, estimando el órgano acusador corresponder una pena de 17 años de prisión. Como ya expuse J. resultó absuelto de los dos últimos y al concluir la etapa de cesura la Fiscal actuante peticionó la imposición de una pena de 15 años de prisión, resultando a primera vista tal disminución muy leve en relación a las escalas penales que contemplan las conductas por las que fue absuelto.-

El tribunal en definitiva determinó una pena en doce años de prisión, accesorias legales y costas. Conviniendo que la escala penal del art. 119, 4to párrafo del C.P. prevé un mínimo considerable, basta ver que es el mismo que para el Homicidio simple, debemos detenernos y reparar en las causales de agravamiento.-

Bien señala el Dr. Allende en su voto con cita a Zaffaroni que la culpabilidad por el acto señala el límite máximo de la pena y la

prohibición de doble desvaloración.-

Extraigo de los votos que en forma coincidentes los jueces receptan la falta de antecedentes penales y la conducta observada por el encartado durante el proceso como atenuantes, por lo que no encuentra apoyo la crítica de la defensa en cuanto no han considerado circunstancias atenuantes, entre las que destaca el recurrente de acuerdo a la prueba producida , que J. es una persona responsable, educada y que gozaba de buen concepto en los ámbitos que se desempeñaba lo que debió ser atendido al momento de dosificar la pena.-

Tal circunstancia, en particular su educación, ya que se trata de una persona instruida, bien fue atendida como agravante porque ello permite inferir ciertamente la posibilidad de internalizar los alcances de la norma elevando su culpabilidad –del voto del Dr. Rolón-.-

Ahora bien donde encontramos déficits en la valoración de pautas para dosificar pena, es en la doble consideración de circunstancias propias del reproche que hacen a la tipicidad.-

En particular me refiero a la duración de los abusos y a las circunstancias de realización, incurriendo en una contradicción pues el principio es enunciado por los jueces al emitir su voto a modo de introducción, como ya lo señalara al referirme al sufragio de quien lidera la votación, y no obstante reiteradamente los consideran.-

La duración y circunstancia de realización resultan elementos típicos que hacen a la calificación legal de los hechos por los que prosperó la acusación máxime cuando tales sucesos se le endilgan en la modalidad de delito continuado. Más allá de la crítica que pueda merecer esta selección, ello implica desde ya menor culpabilidad que el concurso real, y ello debe operar a favor del imputado lo que no aconteció.-

En lo demás, como la extensión del daño sobre la base de los informes de la Lic. P. del SAVD, y como ya mencioné el grado de educación del imputado, ha sido evaluados debidamente por los magistrados por ello es que propongo al pleno readecuar el monto de la pena impuesta a F. M. J. en diez (10) años de prisión, con más accesorias legales y costas de acuerdo a la escala penal prevista en el art. 119 4to. párrafo inc. b en relación al 2do. párrafo del C.P..-

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

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Müller, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- 1) He de comenzar por adherir también al criterio seguido por el colega, para concluir que debe rechazarse el agravio

identificado con la letra A) del apartado VI, del escrito de impugnación ordinaria titulado: “Falta de certeza acerca de la materialidad de los hechos traídos a juicio y autoría-Orfandad probatoria”.-

a) En efecto, soy de la opinión que las manifestaciones del recurrente en la audiencia del art. 385 del C.P.P., en el sentido que el presente “no fue investigado como un caso de ASI” (Abuso sexual infantil), criticando la metodología utilizada durante la etapa preparatoria, no van más allá de expresiones genéricas y críticas ligeras, pero inidóneas para socavar los cimientos de la decisión ahora motivo de impugnación.-

Adviértase en tal sentido, que la declaración de la víctima constituye un relato hilvanado lógicamente, carente de inconsistencias, muy abundante en detalles relacionados con las conductas abusivas específicamente, con una secuencia creíble insertada en un contexto espacio-temporal preciso –propio de la vida familiar de los J., que ha transcurrido en las ciudades de Comodoro Rivadavia y Sarmiento en los últimos años-, incluyendo la descripción de situaciones que presuponen una interacción entre víctima y victimario al momento de los hechos, y la reproducción de diálogos dotados de verosimilitud –v.g. constituyen claramente motivo de “ultraje” sexual grave, como requiere la figura del art 119 del C.P., los episodios narrados tales como: masturbación delante de la niña, iniciación y práctica del sexo oral como la denominada *‘fellatio in re’*, acceso a material

pornográfico, contacto con el semen, etc.-.-

El presente análisis se efectúa mediante el uso del instrumento denominado CBCA (cfme. sentencia n° 29/2013 de la Sala penal del Superior Tribunal de Justicia, voto del Ministro Pfleger: "La Evaluación de la Validez de la Declaración (SVA, sus siglas en inglés) es una de las técnicas más empleada para ponderar la veracidad de las declaraciones verbales vertidas por menores. El Análisis de Contenido Basado en Criterios (Criteria-Based Content Análisis o CBCA, en el idioma inglés) es el componente principal del SVA y su propósito estriba en **determinar** si la calidad y los contenidos específicos del testimonios son indicativos de **una narración generada a partir de registros de memoria** o si son producto de la invención, la fantasía o la influencia de otra persona (Para mejor información ver un interesante monografía titulada "EL ANALISIS DE CONTENIDO BASADO EN CRITERIOS (CBCA) EN LA EVALUACIÓN DE LA CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO" por Verónica Godoy-Cervera, Lorenzo Higueras- Universidad de Granada en www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1249/pdf)", el destacado me pertenece).-

b) El agravio relativo a la "falta de validación del relato de la víctima por la Psicóloga forense", si bien reconoce algún grado de entidad a partir de recientes pronunciamientos de esta Cámara, en supuestos similares y originarios también de la misma Circunscripción Judicial –Sarmiento-, en

los que se descalificó aquella labor profesional; en el presente no alcanza, sin embargo, a erigirse en un déficit tal, que sea susceptible de poner en crisis la hipótesis acusatoria, ni tampoco autoriza la aplicación del principio *favor rei* –así se decidió también en el caso juzgado en nuestra sentencia n° 11/2013, (utilizando a modo de comparación) en el cual se destacó que más allá de las deficiencias que presentan algunos psicodiagnósticos, en definitiva puesta la versión de la profesional interviniente a merced del principio de contradicción y el interrogatorio cruzado, no se demuestra por la Defensa en el debate, ni en la presente etapa procesal, que los hechos pueden no haber existido, que la víctima se ha conducido con falsedad, etc., ni menos todavía que la versión hubiera sido "implantada" por alguien-.-

En base a la exposición del Juez penal del 1er. voto, Dr. Javier Ángel Allende, y al solo título meramente ejemplificativo, sin desmedro por la labor de los restantes integrantes del colegiado, compartimos la misma en cuanto ilustró en el Considerando nº 25, que: "Durante el **juicio**, la psicóloga forense aseveró que le llamaba la atención el vocabulario con que la adolescente se expresaba en lo sexual y la cantidad de información en que tenía para sus trece años. Afirmó que la menor en la entrevista expresaba que le habían hecho ver películas pornográficas, dando detalles respecto a relaciones y diferentes prácticas sexuales. También declaró que esta **conducta hipersexualizada** la puede exponer a situaciones de riesgo, y que

se podía atribuir no solo a ver videos sino a **la experiencia propia**, en cuanto a lo que ella reflexionó en Cámara Gesell que todo lo que aprendió sexualmente fue al **practicarlo** con su papá o viendo videos. Esta experta también sostuvo que en la entrevista se evidenciaron **síntomas** coincidentes con situaciones de Abuso sexual tales como trastornos en el estado de ánimo, dificultades en establecer sueño y algunas conductas que se condicen con la **sintomatología** de stress postraumático …" (el destacado ha sido agregado al original).-

Adviértase, por lo demás, que el cuadro probatorio se integra con multiplicidad de piezas de convicción, que corroboran la versión de la joven, y en total ausencia de hipótesis alternativas serias; entre aquellas podemos enumerar -siempre en base al voto ya citado *ut supra-:* "Considerando ….5.- En cuanto al modo en que ocurrió la develación de estos hechos, luego que fuera instada por su novio R. D. Z.… 8.- Con la Cámara Gesell de la víctima reproducida durante el Debate y las testimoniales de S. Mariela O. (madre), R. D. Z., S. M., R. O., A. O. y D. J., tengo por acreditado el modo en que ocurrió la develación del hecho… 10.- Por lo apuntado, tengo por cierto que la agraviada en primer lugar reveló a su novio los abusos a los que era sometida y posteriormente a su madre en julio del 2012, que tanto ella como su progenitora reconvinieron al imputado por los mismos y que su comisión abarcó entre los cinco y los trece años de la

menor. 11.- R. O. corroboró los dichos de A. que en cuanto a que luego de llegar a la casa de L. e interrogarla sobre esos hechos, llevó a S. y su sobrina a la comisaría para denunciar … 12.- … el 11 de julio de 2012 a las 22:00 hs. la progenitora denunció estos hechos en la Fiscalía local. Esto ha sido probado con la Evidencia 1, la cual ha sido reconocida por la Sra. S. O. durante el juicio …".-

c) La misma vaguedad puede atribuirse al agravio concerniente a la falta de determinación de los hechos de la acusación, en tanto y en cuanto solo constituyen expresiones genéricas, pero carentes de seriedad crítica sobre el punto. Por lo demás, en oportunidad de la audiencia preliminar según el acta nro. de registro digital 188/2013, el Juez "relata los hechos (art. 295 del C.P.P.), "mientras que la Defensa no hubo de realizar "ningún cuestionamiento".-

A mayor abundamiento, la jurisprudencia del Superior Tribuna de Justicia ha rechazado planteos similares al que nos ocupa, en aquellos casos en que "la índole de la conducta reprochada y llevada a cabo en la intimidad familiar impedía establecer la exactitud" de los hechos imputados, alegándose "imprecisión temporal" de los mismos, y la consecuente vulneración del derecho de defensa; al verificar que "el líbelo acusatorio poseía sí parámetros temporales precisos que otorgaban al imputado la **debida información** para que ejerciera su **derecho de defensa** y

que, al **haberlo conocido acabadamente en actos previos y concomitantes al debate**, de modo alguno menoscabó dicho ejercicio" (sent. n° 33/13, recaída en el expediente n° 22713 del año 2012, originario de ésta Circunscripción Judicial, voto del Ministro Rebagliatti Russell –el destacado ha sido agregado al original-; por su parte, el Ministro Pfleger, sostuvo que: "la erguida alegación de que fue imprecisa la determinación del hecho de cargo …, vulnerándose así el derecho de defensa, no ha sido suficientemente nutrida mediante una clara expresión de los porqués)".-

d) En la continuidad del análisis de los agravios, y al mismo tiempo de la suficiencia de la motivación de la sentencia, entiendo que el tribunal colegiado despeja también adecuadamente, los cuestionamientos sobre la ausencia de verificación de los indicadores de estrés post-traumático. A modo de síntesis del razonamiento seguido por el órgano de juicio, también aquí he de citar el voto del Juez Penal Allende, en lo pertinente por compartirlo: "Considerando…26.-… Conjuntamente se estableció que la agraviada reveló una conducta hipersexuada en relación a su edad **como secuela de esos abusos** su novio en ese momento –D. Z.- expresó que tuvo relaciones sexuales con la menor, que le pareció más atrevida que una chica de 21 o 22 años … La opinión de la Licenciada S. en este aspecto fue citada anteriormente sin perjuicio de remarcar que la declaración de Z. corrobora la existencia de esta conducta sobreadaptada. Con lo expuesto surgen

claramente probados los indicadores de stress postraumático derivados de una situación de abuso sexual. **No se ha demostrado** que los referidos por la psicóloga y la menor, hayan sido anteriores a los hechos denunciados ni **tampoco** que tuvieran una etiología diferente a los hechos acusados. De tal manera, y conforme lo informado por la experta, tengo por cierto que **son derivados de los mismos**…", el destacado no pertenece al original.-

e) En suma, carece absolutamente de sustancia la hipótesis insinuada por la Defensa, en la presente instancia de impugnación ordinaria, en el sentido que la evidente carga de experiencia vivencial que trasunta el relato de la víctima, en todo cuanto concierne a su sexualidad, pueda reconocer otro origen que no sea la actividad de su propio padre, como asimismo que ello tuvo lugar en el ámbito privado de la vida familiar (todo ello según lo que ya hemos expuesto precedentemente en forma detallada). La circunstancia puramente técnica de que el colegiado, al mismo tiempo que tuvo por acreditados los hechos constitutivos del delito de Abuso sexual gravemente ultrajante, sin embargo concluyera que las pruebas no eran suficientes para atribuir a J. la figura de Corrupción de menores en concurso real, no autoriza en absoluto a restarle solidez a lo primero, ya que se trata de una mera cuestión dogmática pero sin llegar al vicio de autocontradicción (causal de arbitrariedad de sentencia).-

En apoyo de lo expuesto, acerca de la manera en que debe

resolverse el caso ante la falta de fuerza probatoria de la tesis de la Defensa, viene al caso recordar la jurisprudencia de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, en cuanto ha sostenido que: "En todo proceso de definición jurisdiccional -y valga la digresión- los Jueces han de escoger entre las dos hipótesis que confrontan. Y si bien es harto difícil que la imposición de una sobre otra sea total, la opción sensata y **epistemológicamente aceptable**, es aquella en que una se yergue sobre la otra **según los cánones de la lógica prevaleciente**. La certeza, como lo he afirmado en un sinnúmero de pronunciamientos desde este curul, se construye desde la ética profesional. Implica, a mi entender, un trabajo sistemático, completo e intelectualmente honesto que conduzca a dar por cierto lo que es objeto de análisis. De otro lado estar **más allá de toda duda razonable**, palabra polivalente si la hay, es **trasponer el límite de la indeterminación** del ánimo entre dos juicios, que la caracteriza y define (según la Real Academia Española) **mediante los fundamentos que fluyen de la ponderación de la evidencia convertida en prueba**, en la forma que hemos señalado. Plantear la duda, de adverso, **no puede constituir una mera afirmación**; la proposición ha de **abastecerse con elementos contrapuestos de cierta consistencia**, que den pábulo a la hesitación" (cfme. sentencia N° 7/2013 dictada "in re" "BRIZUELA, Nicolás Rafael p.s.a. Homicidio a M. Huenchual - Trelew s/ Impugnación" - Expte. 22.788 - Año 2012 - Folio 120 - Letra "B"-; rta. el 21-03-2013, el destacado

no pertenece al original).-

Por mi parte, en varios precedentes de esta Cámara hube de traer a colación la forma en que se explica el significado de la expresión: "Más allá de toda duda razonable", en relación al estándar probatorio que debe alcanzar una convicción sobre la culpabilidad, que "se fundamente en **bases de pensamiento sólidas**"; habiéndose sostenido que, si bien es muy difícil probar un hecho "hasta las ultimísimas consecuencias", de lo que se trata es que la hipótesis alternativa a la que deriva de las inferencias inculpatorias, "no esté basada a su vez también en buenas inferencias". Porque si "por supuesto que todo puede haber sucedido de otro modo", de lo que se trata es de que esa hipótesis alternativa pueda ser demostrada; en consecuencia, si la misma –hipótesis alternativa- es la inocencia, pero no es posible esa demostración, entonces "**debe declararse la culpabilidad** si esta última sí posee, en cambio, una **base inferencial bien construida**" (cfme. Nieva Fenoll, Jordi: "Fundamentos de Derecho Procesal Penal", edit. B de F Ltda. Montevideo, año 2012, págs. 281 y ss., el destacado ha sido agregado al original, citado en mis votos en las sentencias nº 22, 26 y 27/12).-

A su turno, y en un entendimiento similar, al votar en las sentencias n° 4 y 19/13, hemos tenido especialmente en cuenta la doctrina procesal que, en materia de valoración racional de la prueba, nos enseña que: "… **para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad** deben darse

conjuntamente las siguientes condiciones: 1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis **plausibles** explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc* …(cfme. Jordi Ferrer Beltrán: "La valoración racional de la prueba", págs. 144 y ss., edit. Marcial Pons, Madrid, año 2007, el destacado me pertenece).-

Añade el autor que: "La primera de las cláusulas del estándar de prueba creo que no necesita mayores explicaciones después de haber presentado la metodología de la contrastación de hipótesis. La segunda cláusula, en cambio, sí creo que exige algún comentario adicional. Aquí, el estándar exige que se hayan refutado todas las hipótesis compatibles con la inocencia **excepto**: 1) las implausibles 2) las que no sean compatibles con los datos del caso de que se disponga y 3) las meras hipótesis *ad hoc* … Obsérvese que de este modo puede dotarse perfectamente de sentido la exigencia de motivación de la decisión judicial sobre los hechos. El contenido de la motivación que el juez o tribunal deberá aportar no será ya una explicación del proceso psicológico que le ha llevado al convencimiento, sino una justificación del cumplimiento del estándar de prueba por parte de la hipótesis que considera probada y, en su caso, una justificación de que **otras**

hipótesis alternativas **no alcanzan el nivel de corroboración** exigido por el estándar…”.-

En conclusión, como ya se anticipara, mi voto es por la negativa en orden a este primer agravio.-

2) a) En lo concerniente al agravio relativo al monto de la pena impuesta al acusado J., su Defensor de confianza introdujo en la oportunidad procesal del art. 385 del C.P.P., un planteo de inconstitucionalidad de la escala penal prevista en el art. 119, inc. b, párr. 4, del C.P. En la deliberación hemos acordado que el mismo es admisible formalmente, en primer lugar porque reiteradamente esta Cámara ya se ha expedido en sentido favorable a la incorporación de nuevos motivos de agravio en la audiencia de impugnación, como inherente al derecho del imputado a recurrir la sentencia en tanto garantía constitucional; y siempre y cuando aquellos –los nuevos argumentos críticos contra la sentencia de condena-, guarden vinculación principalmente con la materia controvertida en la audiencia de debate, o bien con la expresión de agravios formulada por escrito (en el caso, recordemos que esta versión original ya incluía la queja por el monto de la pena de prisión impuesta por el tribunal del juicio de cesura, cfme. apartado VI B) del memorial, titulado: “Agravio por la determinación de la pena”).-

Por lo demás, y a todo evento, también debe tenerse

presente que el art. 369 del C.P.P., si bien prescribe acerca de la competencia del tribunal de alzada, que: "El recurso atribuirá al tribunal …el conocimiento del proceso solo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio"; deja a salvo inmediatamente después, de esta norma de clara raigambre dispositiva, al "control de constitucionalidad" que tiene a su cargo el órgano jurisdiccional. En consecuencia, es indudable que en el caso no debe prosperar la oposición formulada por la Fiscal general interviniente, al tratamiento de la inconstitucionalidad pretendida por la Defensa de J..-

b) Está fuera de toda duda que la técnica legislativa utilizada, en la regulación de las penas aplicables a las diversas modalidades del delito de Abuso sexual -en particular en sus variantes agravadas o calificadas- ha merecido desde su sanción, múltiples críticas. Tal como lo ha expresado el abogado de confianza, en su exposición durante el juicio de impugnación ordinaria, en líneas generales puede comenzarse el análisis del punto señalando que pareciera existir consenso, en cuanto a que se ha incurrido en un "error" al redactarse la norma.-

A título meramente ejemplificativo, podemos citar en apoyo de lo expuesto, la siguiente opinión doctrinaria: "Cabe **criticar** a la ley 25.087, como se ha hecho en otros muchos aspectos, tanto en cuanto a la metodología empleada como a **la penalidad que se asigna a las agravantes** … porque dos delitos cuyas figuras básicas tienen penas cuya diferencia

cuantitativa es importante, como son el abuso sexual gravemente ultrajante y el abuso sexual con acceso carnal …, tienen, en las agravantes, una penalidad común para ambos, lo que, además de ser manifiestamente **incorrecto**, se aparta del **sistema** general del Código en cuanto al modo de sancionar las figuras calificadas. Es obvio que los mismos supuestos de agravación deberían tener una pena acorde con la sanción con que está conminada la figura básica que se califica" (cfme. Fontán Balestra, Carlos-Ledesma, Guillermo A.C.: "Tratado de Derecho Penal. Parte especial", t. II, edit. L.L., año 2013, pág. 92, el destacado me pertenece).-

Y también la muy elocuente apreciación sobre el referido texto legal: "**No se explica** cual es la razón que puede haber motivado equiparar la pena de las agravantes de figuras básicas que tienen una penalidad diferente" (cfme. D'Alessio, Andrés José Director-Divito, M. A. Coordinador: "Código Penal de la Nación. Comentado y anotado", 2ª. Edic. actualizada y ampliada", t. II Parte Especial, arts. 79 a 306, edit. L.L., pág. 254, el destacado ha sido agregado al original).-

c) Ahora bien, sentado ello, surge entonces el interrogante acerca de si el mentado déficit de la labor legislativa, debe conducirnos inexorablemente a la conclusión de que la norma cuestionada resulta inconstitucional. La Defensa ha ilustrado su pretensión, con el auxilio de alguna jurisprudencia de la Provincia de Córdoba; habiendo consultado los

precedentes sobre el tema, se advierte que los mismos han decidido en el sentido que aquella “parificación punitiva”, a que da lugar la escala penal referida, implica una “afectación de los principios de proporcionalidad e igualdad” (entre otros, causa “E., C. F.”, del 21/4/2010, TSJ Córdoba, en pleno, voto de la mayoría).-

En orden al citado principio constitucional sobre la pena, cabe recordar que he tenido ocasión de expedirme muy recientemente, poniendo de resalto que comparto la posición que sostiene que en efecto, el mismo se relaciona tanto con la actividad del juez, como con los límites de cada decisión del legislador; de allí que implica, no solo que en el caso concreto debe efectuarse, como examen básico, una evaluación acerca de la gravedad del hecho y del grado de culpabilidad de su autor, sino también que el legislador debe construir una escala penal, de mínimos y máximos, adecuada al delito visto desde una perspectiva abstracta y comparativa con otras figuras penales (cfme. Capuccio, Emilio A.: “Control constitucional e interpretación del viejo art. 55 del Código Penal. Notas sobre el fallo ‘Estevez’”, análisis de fallo publicado en “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Leonardo G. Pitlevnik, dirección, edit. hammurabi, tomo 12, págs. 75 y ss., citado en mi voto en la sentencia n° 22/13).-

En este comentario jurisprudencial, se cita también la

opinión de Ziffer en el sentido que "…la función de los marcos penales no es, como podría pensarse, solo la de poner límites a la discrecionalidad judicial. No se trata simplemente de ámbitos dentro de los cuales el juez se puede mover libremente y sin dar cuenta de su decisión, sino que a través de ellos el legislador refleja el valor proporcional de la norma legal dentro del sistema. De este modo, se señala la importancia y rango de la respectiva norma prohibitiva o imperativa dentro del ordenamiento social".-

Una primera conclusión en este punto es que, más allá de las discusiones sobre el acierto de la técnica legislativa, no surge nítido de la comparación de las escalas respectivas, que en aquellos supuestos en que el Abuso sexual gravemente ultrajante se califica por diversas circunstancias agravantes, el sistema sancionatorio valorado en su conjunto, no tolere la equiparación con el Abuso sexual con acceso carnal, también agravado.-

d) Volviendo a nuestro caso, debe destacarse que el recurrente en ningún momento demuestra mediante el recurso al método de la comparación, que en el caso concreto nos encontremos frente a una escala que nos conduzca a un supuesto de pena desproporcionada, ni inusitada. La Cám. Fed. de Cas. Pen., sala I, se ha pronunciado en el sentido que "…es el reproche de culpabilidad por el hecho lo que permite juzgar la proporcionalidad de la pena, ésta … se juzga … frente al hecho y a la culpabilidad de su autor" (causa: "Giménez Salazar, Pablo Andrés s/recurso

de casación", sentencia del 10/6/2013). Y además, no debemos olvidar que la aplicación de una pena "acorde con la gravedad del hecho", no sólo es una garantía para el imputado, sino también para la víctima del delito, en su "derecho a una reparación integral", que comprende además conocer la verdad sobre el modo en que acontecieron los hechos, controlar la producción de la prueba, ventilar el suceso ante toda la sociedad en una audiencia pública, etc. (cfme. Sabrina E. Namer: "La autonomía del querellante y el derecho de jurisdicción", en la obra colectiva: "El sistema penal en la sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos", Daniel Pastor, Director, Nicolás Guzmán – Coordinador, edit. Ad-hoc, págs. 319 y ss.).-

Es decir que, la circunstancia comprobada y verificada por la doctrina especializada en orden a que, en general, la previsión de las sanciones en el catálogo del Código Penal guarda una correspondencia, entre las escalas de las figuras básicas y las de las agravadas; no autoriza *per se* a invalidar en todos los casos, por violatorio de la norma constitucional, aquel otro supuesto en que se equiparan ambas. A título comparativo, en el fallo citado *ut supra*, del TSJ de Córdoba, el voto en disidencia del Dr. Rubio, tuvo en cuenta para rechazar la instancia de inconstitucionalidad, que la misma carecía "de trascendencia respecto de **la decisión concreta** adoptada por el juzgador quien aplicó un monto de pena **acorde a las circunstancias**

agravantes y atenuantes valoradas" es decir que el planteo se había neutralizado, porque "aún sosteniendo una escala penal reducida cuyo mínimo sea inferior al contemplado, la condena impuesta luce razonable…" (el destacado ha sido agregado al original).-

Por último, apreciamos que tampoco desde la óptica del valor justicia del caso concreto, ni equidad, se aprecia que la aplicación de la escala cuestionada, llegue al punto de violentarlos de un modo que autorice la intervención judicial reclamada (cfme. a *contrario sensu* la opinión del iusfilósofo Nino: "Los jueces, cuya designación y actividad no están sometidas a los mecanismos de discusión pública y aprobación mayoritaria deben, en principio, aceptar la presunción de justicia que sí se origina en dichos mecanismos, salvo que ellas violen los derechos básicos que subyacen a la capacidad justificatoria de procedimiento democrático o representen a su juicio una desviación tan extrema de exigencias de justicia que su observancia no es compatible con la responsabilidad moral de los jueces", citado por Capuccio, ibídem).-

Sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, en cuanto a una corrección –hacia abajo- de la pena fijada a J., en líneas generales se advierte que los hechos que se le atribuyen en la sentencia de condena, a la luz del principio de culpabilidad, mal podrían ser sancionados -dada la magnitud del injusto-, con una escala como la pretendida por el

recurrente –recordemos: que parte de los cinco (5) años y ocho (8) meses de prisión-, suponiendo a fin de profundizar el análisis, que aceptáramos tal propuesta. En consecuencia, una hipotética declaración de inconstitucionalidad en nuestro caso, solo serviría para satisfacer un interés puramente teórico, desde que luego en la individualización de la pena aplicable, no se podría partir –estimativamente- de un cuántum inferior a los ocho (8) años de prisión (tal es la línea de razonamiento que ha guiado el voto disidente del juez Rubio, ya citado precedentemente, con la diferencia que en el presente hemos acordado que la pena impuesta en el juicio de cesura es elevada, y debe ser corregida en esta instancia a través de la revisión amplia propia de la garantía del doble conforme, pero sin necesidad de recurrir a la declaración de inconstitucionalidad de una norma del Código de fondo -que debe ser siempre una medida excepcional-).-

e) En efecto, hemos de comenzar esta tarea de revisión del monto de la pena, destacando entonces –y tal como se desprende muy claramente de todo lo expuesto precedentemente-, que nos encontramos ante una escala penal con un mínimo muy elevado, lo que lleva a recomendar que se examinen las circunstancias de agravación cuidadosamente, a fin de no incurrir en los vicios ya referidos (v.g. pena desproporcionada, pena injusta, pena inusitada, pena excesiva, etc.), susceptibles de afectar la vigencia de la Constitución Nacional. En este entendimiento, y siguiendo el análisis que

propone el primer voto del juicio sobre la pena (Juez penal Allende), se advierte que se ha valorado de modo reiterado el punto relativo a la duración del Abuso sexual.-

Sobre el particular, vale la pena recordar en primer lugar,que dicha "duración" es ya, de por sí, una de las pautas que tiene en cuenta el art. 119, segundo apartado, C.P. para tipificar el Abuso sexual gravemente ultrajante –que es la calificación legal del hecho por el que prosperara la acusación fiscal, en la sentencia de condena- (cfme. Fontán Balestra ob. cit., pág, 55: "La doctrina, dentro de este parámetro, alude también a la reiteración de actos de abuso sexual, como tocamientos lascivos a la misma persona", con cita de Donna y Tenca); de manera que la única forma de no incurrir en el vicio de la doble valoración, será abstenerse de volver a tener en cuenta aquella dimensión temporal.-

Pero además, en el caso particular, este encuadramiento que contempla la duración del Abuso, hubo de precisarse con la figura del delito continuado, modalidad concursal contraria a la "reiteración delictiva", ya que supone pluralidad de hechos pero que no son independientes entre sí; y entonces, más allá del acierto o error de esta tipificación, no puede soslayarse que la misma supone un menor grado de culpabilidad que el concurso real –adviértase que el propio Juez penal Allende, en su voto de la previa sentencia de responsabilidad, hubo de citar la opinión doctrinaria de

Zaffaroni, en el sentido que se trata de una categoría utilizada para ciertos modo de comisión, que constituye una "**herramienta necesaria para evitar** una interpretación aberrante de los tipos legales, pero considerando un mayor contenido del injusto de una única conducta típica"; concluyendo más adelante que los actos cometidos por J. "…aún cuando puede advertirse pluralidad …, los mismos **no se manifestaron como ontológicamente diferenciables**, sino que, por el contrario, todas ellas guardan particularidades semejantes … de una entidad tal, que determinan su consideración jurídica conjunta como **una única conducta** reiterada en el tiempo"-, el destacado no pertenece al original.-

Otros autores nacionales han recordado que, es mayoritaria la opinión que entiende que "la **justificación** del delito continuado es la **adecuación de la pena a la menor culpabilidad** del sujeto activo"; postura que tiene su origen en Mittermaier, quien consideró que el fundamento del delito continuado se encuentra en "la **menor** intensidad y gravedad de la voluntad criminosa con respecto al concurso real" (cfme. Ramírez, Nicolás D., análisis del fallo, "Guzmán" de la CN Cas. Pen., sala I, publicado en "Jurisprudencia de Casación Penal", Patricia S. Ziffer, dirección, edit. hammurabi, tomo 5, pág. 289, año 2012, el destacado me pertenece). Como puede advertirse, estos argumentos favorables al imputado no parece que hayan sido tenidos debidamente en cuenta, en el juicio de

cesura, toda vez que se insiste en poner el acento de modo reiterado, en la multiplicidad de hechos cometidos a lo largo del tiempo, como circunstancia agravante; pero sin embargo, se ha omitido considerar el encuadramiento típico de esa materialidad fáctica, por el que se opta en la propia sentencia -delito continuado y no concurso real-, y que a fin de no incurrir en autocontradicción, debería haber contemplado necesariamente aquellos argumentos dogmáticos que mejoran la situación del acusado, ahora en la individualización judicial de la pena.-

f) Subsisten sí como agravantes debidamente fundadas, en la sentencia de condena, la edad y grado de educación del imputado, en la medida en que tuvo la posibilidad de motivarse adecuadamente frente a la norma, optando libremente en cambio, por desoír insistentemente la prohibición legal. Lo mismo cabe predicar, acerca de "la extensión del daño", tal como ha sido precisado –siempre a titulo ejemplificativo- por el ya citado voto del Juez penal Allende; en particular, el mismo se ha revelado en la conducta "precoz e hipersexuada" de la víctima. En este punto, cabe destacar que el Tribunal de Juicio le ha sumado, en respaldo a la verificación de estas consecuencias por parte de la Licenciada R. P. del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito dependiente del Ministerio Público Fiscal, la aplicación de las máximas de la experiencia -lo que compartimos-; toda vez que "estos indicadores normalmente son consecuentes de los abusos como antecedente,

que se encuentran probados", y que "estas secuelas deben formar parte de los daños derivados de la comisión del delito como parte de su extensión (art. 41 inc. 1ro. CP)" –ibídem primer sufragio-.-

3) Por todo lo expuesto, sumo mi voto concordante al que me precede en el orden de sufragio, en el sentido que debe prosperar parcialmente la impugnación ordinaria intentada, en cuanto al monto de la pena impuesta al acusado F. M. J., pero sin declaración de nulidad alguna; la que se reduce a diez (10) años de prisión, con accesorias legales y costas –en el marco de la escala penal prevista en el art. 119, 2do. párrafo, en función del 4to. párrafo, inc. b, del C.P., que en el caso concreto no merece sea declarada inconstitucional-.-

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

I.- En función de evitar reiteraciones estériles, no he de reproducir en su integridad los términos de la impugnación contra la Sentencia de condena, los argumentos de esta y del Ministerio Fiscal, o los antecedentes del caso, remitiendo para ello a la completa reseña incorporada en el primer sufragio de la presente.

Sin embargo, sí considero necesario comenzar por reproducir el hecho por el que fuera condenado el Sr. J. de la manera en que lo expusiera el Ministerio Fiscal en la Acusación: haber obligado a su hija L. J., en el domicilio familiar ubicado en calle Pellegrini nro. 56 de la ciudad de

Sarmiento, a practicarle sexo oral, fregado su cuerpo contra el de la menor y eyaculado en ella, todo desde el año 2002 hasta el mes de Julio del año 2012.

También se le atribuyó que le imponía a la niña mirar películas pornográficas, a cambio de lo cual le otorgaba beneficios como dinero y autorización para salidas con sus amigos, le compraba preservativos con la indicación de usarlos, y también que el día 17/6/012 intentó accederla carnalmente en la casa mencionada.

Una primera evaluación de los términos del mismo sugiere que nos encontramos ante un grave suceso en perjuicio de la libertad sexual de la víctima. Por ello en el escrito acusatorio la Fiscal actuante calificó la conducta de J. como Abuso sexual gravemente ultrajante, Abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa y Corrupción de menores, todo en concurso real y en calidad de autor (arts. 119 párrafos 1, 2, 3, 4 inc b), 125 párrafo 2, 45, 55 y 42 del CP).

El Tribunal, en definitiva, le asignó responsabilidad por el Abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por el vínculo y en calidad de delito continuado imponiéndole una pena de doce años de prisión.

II.- Recientemente, nos hemos pronunciado en la Sentencia nro. 20/13 inherente a la Carpeta nro. 1034 de la Oficina judicial de Sarmiento en lo referente a la importancia de la pericia psicológica de validación de las expresiones de la víctima en reproches como el que nos ocupa.

Hemos expresado en dicho precedente, y lo hacemos habitualmente, que "el tipo de conductas como la que aquí se analiza, se desarrollan en un contexto de intimidad que impide generalmente contar con testigos presenciales, circunstancia que obliga, por imperio del método de valoración de la prueba vigente, la sana crítica racional (art. 25 3er. párrafo del CPPCh.), a extremar los recaudos de interpretación en torno a la versión, de la víctima, la cual debe ser analizada necesariamente como incluida dentro de un todo compuesto a su vez, y especialmente, por la prueba pericial psicológica, la que permite otorgar al Sentenciante herramientas para que pueda decidir sobre la veracidad de la versión de los damnificados, que en los casos de ASI resultan ser niños o adolescentes, e incluso es posible que develen acontecimientos del pasado, como en el que nos ocupa.

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

En la Sentencia referida hemos expresado que tal esquema

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

A lo que debemos agregar como excepción, pero en sentido exactamente inverso, los supuestos en los que la entidad de la conducta lesiva a la libertad sexual es tan notoria, que la potencia de la propia versión de la víctima obliga a relativizar el mérito insoslayable en la generalidad del examen psicológico.

Es que en este caso la joven damnificada decidió develar los sucesos de los que fue víctima durante años, cuando tenía trece de edad, por lo cual comunicó una versión homogénea, precisa y sobre todo, contundente.

No significa ello que restemos importancia como pauta objetiva para el logro de parámetros de evaluación del ASI, al dictamen pericial psicológico y luego, a otros indicios, específicos como la prueba médica, relacionada a rastros en el cuerpo del o la agredida sexualmente, o inespecíficos, pero de peso complementario, como el rendimiento escolar, el comportamiento intra familiar, con amigos etc..

Lo que pretendemos significar es que , excepcionalmente, debido a varios factores, que en el sub-júdice podemos identificar con la edad

de la menor, la importancia del agravio sexual padecido, y la coherencia interna de su versión, es posible relativizar la validación psicológica.

Aquí también, como en el caso supra indicado, las expresiones de la Licenciada M. S., del Cuerpo Médico Forense, fueron fruto de una intervención reducida, al puro efecto de asistir a la joven L. en el acto en el cual prestó su testimonio en Cámara Gesell, manteniendo una entrevista previa con ella.

Asiste razón a la Defensa cuando sostiene que aquí no hubo validación psicológica. La Psicóloga Forense no ha referido sobre la metodología utilizada en el caso por la que ha arribado a atribuir credibilidad a las expresiones de la niña, y debo encontrar la explicación, al igual que en el precedente referido, en la naturaleza de su intervención, reducida, destinada a llevar a cabo el acto procesal en Cámara Gesell casi exclusivamente.

No obstante, la profesional aportó datos demostrativos de la entidad del ultraje. La conducta hipersexualizada de L. y la cantidad de información que manejaba sobre el tema a pesar de sus trece años, extremos que bien pudieron ser constatados por la experta a pesar de haber desarrollado, insisto, una intervención mínima.

Pero aún si pretendiésemos excluir tal probanza del plexo cargoso, no desaparecerían el testimonio de R. Z., novio de la joven, al que le reveló los hechos; el de su madre S. O., a quién también impuso de lo

ocurrido, lo que ha refrendado su hermana, D. J., por vía de video conferencia desde Córdoba; el de S. M. y A. O., las que tuvieron conocimiento rápidamente de la revelación por vía de S., tía y hermana de esta última, respectivamente, además de haber presenciado en casa de la primera, una dura interpelación de la víctima al acusado que contuvo varios aspectos de los hechos denunciados, en lo que las tres han sido contestes.

D. J. y Z. confirmaron, además, el manejo de material pornográfico por la joven damnificada, su conocimiento en materia sexual (el segundo), y la propia L. al declarar reveló las consecuencias físicas que le provocó la conducta de su padre, insomnio, pesadillas, cambios de estado de ánimo abruptos, olvidos.

El Tribunal valoró todo ello, y focalizó particularmente en la aludida coherencia interna en la versión de la damnificada a lo largo del tiempo, expuesta tanto procesal como extraprocesalmente, y la externa, en cuanto ha sido coincidente con las expresiones de su novio, madre, hermana y demás familiares.

Semejante cuadro probatorio, minimiza el alcance validador de la pericia psicológica, la cual sin embargo aportó la corroboración de datos ligados a lo acaecido, como el conocimiento sobre sexo de la víctima, y su hiper sexualidad, en ambos casos aspectos no acordes con la edad de L..

En consecuencia, interpretado como hemos coincidido en el

Acuerdo, el plexo así rendido era suficiente para vencer el estado de inocencia con los alcances delimitados por el Tribunal de Juicio, por lo que se impone descartar el agravio vinculado a la arbitraria valoración de la prueba.

III.- Seguramente, la reforma al capítulo de los delitos sexuales (T.O. Ley 25087), no ha sido afortunada en varios aspectos, opinión que ya he vertido, y mantengo.

Con la proliferación del manejo de información, sobre lo más variado, fruto del avance de la tecnología en lo que hace a los medios de comunicación, ha aumentado el acceso al conocimiento sobre sexualidad, lo que compromete a los menores, niños y adolescentes. Es un proceso a todas luces notorio.

Hoy los jóvenes saben más sobre sexo que los de épocas pasadas, y lo experimentan más tempranamente, lo que ha disparado las precauciones para prevenir el embarazo adolescente, el uso de métodos anticonceptivos, y la difusión de las probables consecuencias de una conducta sexual no responsable, vinculada al contagio de enfermedades de transmisión sexual, por ejemplo.

Ello, entonces, no guarda relación con elevar la edad que discrimina entre el abuso sexual con acceso carnal y el estupro. También, en el capitulo de inconsistencias, puede mencionarse la superposición de supuestos agravados que pretenden abarcar los incisos del cuarto párrafo del art. 119

actual del CP., y la ausencia de otras hipótesis que bien podían haber sido incorporadas.

Pero un defecto de técnica legislativa ha sido, sin dudas, prever una escala de punición similar para el Abuso con acceso carnal calificado y el abuso gravemente ultrajante, también agravado (párrafos segundo tercero y cuarto primera parte del dispositivo aludido).

Es que el Legislador ha pretendido realizar una enumeración de conductas disvaliosas, desde lo más simple, hasta lo más grave, el acceso carnal, introduciendo una figura intermedia, probablemente para contemplar a la "fellatio in ore" entre otros supuestos, respecto de la cual previo a la reforma se había suscitado una discusión doctrinaria y jurisprudencial copiosa (conforme, entre otros, Javier De Luca y Julio López Casariego, Código Penal comentado dirigido por Baigún y Zaffaroni, Tomo 4, Pag. 597 Ed. Hammurabi; Donna, Edgardo Derecho Penal Tomo I, pag. 523 Ed. Rubinzal Culzoni).

Desde la vigencia del principio constitucional de culpabilidad, queda claro que quién impone a otra persona, sin su consentimiento, que le realice sexo oral, hace algo menos grave (aunque en sí mismo lo sea), que quién la accede carnalmente.

Es que la segunda acción posee probables consecuencias más gravosas que la primera, alguna de las que se hallan descriptas en los

incisos del cuarto párrafo del art. 119 del CP. y otras no (la chance de generar un embarazo no deseado, por caso).

Desde tal observación, que compartan escala punitiva no parece una solución adecuada.

Ahora bien, la Defensa impetró por tales razones una declaración de inconstitucionalidad que podría tener sustento en la medida que fuere necesaria para decidir sobre la cuantía de la dosificación, otro de sus agravios específicos respecto del Fallo.

IV.- Pero no lo es. Si bien adhiero al criterio de mis colegas en orden a que el monto de la pena debe reducirse en el sub-judice, dicha disminución no podría ir por debajo de los ocho años, mínimo de la escala a tener en cuenta conforme a la tipificación establecida, por las razones que seguidamente expondré.

Por ende, tampoco resulta imprescindible la "creación" del nuevo marco para el Abuso sexual gravemente ultrajante, agravado, que propone el letrado de J., a fin de superar el inconveniente aludido de falta de diferenciación con el Abuso sexual, con acceso carnal, también calificado.

Precisamente, en cuanto a la individualización de la pena, la prohibición de reformar la Sentencia en perjuicio del acusado, la cual rige para el Tribunal de impugnación (art. 369 último párrafo CPPCh.), nos impide tanto abordar la calificación legal de forma perjudicial a su respecto, como alterar la

continuidad delictiva consagrada, cuando esta Cámara siempre se ha pronunciado, siguiendo a Maier, por la reiteración (Derecho Procesal Penal T. 1 b pag. 346).

Pero ello no significa que las circunstancias el caso, especialmente el tiempo transcurrido, identificado en la Sentencia, de la conducta reprochada, tanto como el tenor de la misma, no puedan operar en la órbita del art. 41 del CP.

Aquí por alguna de ambas variantes debía aplicarse la figura gravemente ultrajante. Pero concurren ambas, lo que no es favorable al acusado en términos de la sanción a imponer.

No obstante se aprecia, en mi criterio correctamente, un esfuerzo del Tribunal A-quo por evitar la doble valoración de circunstancias agravantes en la determinación de la condena, que ya hubieran tenido incidencia en la tipificación, considero que la forma de desplegar la conducta por el imputado, aprovechando el contexto ocasional de soledad con la víctima en la vivienda familiar, se halla contemplada en el cuarto párrafo del art. 119 del CP., pues es el padre de la menor, lo cual implica una serie de situaciones, por ejemplo, la convivencia, la cual favoreció la ocurrencia de la acción reprochada.

Luego, no cabe sino compartir el análisis de los Sentenciantes atinente al daño causado, probablemente el parámetro de mayor

gravedad para este tema, pues más allá de si la joven denotó consecuencias a nivel escolar de los ultrajes a los que fue sometida, sí ha quedado en claro que los sufrió a nivel personal, y fundamentalmente, que potencialmente los podría sufrir por un período extenso de tiempo, pues los efectos en su estructura psíquica de lo acaecido no han sido, ni podrían serlo aún, mensurados completamente.

Pero ello no impide, desde ya, arribar a la conclusión que el daño causado ha sido de gran magnitud, a nivel real y, fundamentalmente, potencial.

Luego, la carencia de antecedentes computables favorece al acusado, no así su edad, que lo compromete, pues lo aleja de invocar en su beneficio factores como el desequilibrio y la efervescencia, propios de la juventud.

Su formación socio cultural no integra, nítidamente, el capítulo de agravantes. En injustos como el que nos ocupa, vinculados a la preponderancia indebida de lo "atávico" sobre lo "racional", considero que pierde relevancia la capacidad de motivarse en la norma como pauta a partir de la cual mensurar la sanción.

También resulta llamativo que, desde la duración de la conducta reprochada, la revelación de lo ocurrido haya sido abrupta, pues la joven seguramente debe haber emitido previamente mensajes de alerta, los que

cabe presumir no fueron interpretados correctamente en el seno familiar, lo que en caso contrario, hubiese permitido el develamiento anticipado, y la disminución del daño causado. Desde una perspectiva de "victimodogmática", tal extremo debería computarse como un atenuante.

Pero, en definitiva, precisamente la extensión del daño causado, y la duración de los ultrajes o la entidad de los mismos, pues debemos recordar nuevamente que el acceso a la tipología gravemente ultrajante posee dos entradas y aquí concurren ambas, por lo cual sí una incumbe a la tipicidad , la otra opera en la dosificación, justifican apartarse del mínimo legal, aún concediendo que este, como propone la Defensa, deba ser identificado en cinco años y cuatro meses de prisión, y el máximo en trece años y cuatro meses.

Al deliberar hemos coincidido en que la sanción debe quedar afincada en diez años de prisión, monto que representa un punto cercano a la mitad de la escala referenciada, postulada por el letrado del acusado, lo cual deviene una respuesta contingente racional a partir de los factores agravantes que hemos indicado, los que han sido tenidos en cuenta por el Tribunal de Juicio, a cuyo análisis se impone deducir los extremos tenidos en cuenta por este, que colisionarían con la vigencia del principio del "ne bis in idem".

Mucho más racional en tanto respuesta contingente sería la cuantía que proponemos, si se tuviese como marco la escala prevista

legalmente, la que cuenta con los inconvenientes ya expresados.

Por ende, para analizar lo atinente al monto de pena no es necesario pronunciarse sobre agravio constitucional alguno de una norma de las aquí aplicables. Tampoco resulta imprescindible crear escalas penales que no rigen, sin perjuicio de poder tenerlas presentes, como las hemos tenido en el análisis precedente, y la cantidad de pena debe reducirse por los factores enunciados, aunque siempre teniendo en cuenta que se trata de un caso grave, como expresáramos al comienzo de esta exposición. Así voto.-

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

Atento al modo en el que se ha resuelto la primera cuestión, propongo que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **F. M. J.**, contra la sentencia Nº 324/13 dictada en fecha 12 de abril del corriente año; confirmar parcialmente la sentencia condenatoria Nº 324/13 dictada respecto del mencionado **J.**, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual gravemente ultrajante por su duración, calificado por el vínculo y por ser la víctima menor de 13 años de edad, en carácter de delito continuado (arts. 119 1ero., 2do. y 4to. párrafo inc. b y 45 del C. Penal), en relación a los hechos ocurridos entre abril del año 2004 y 12 de julio de 2012,

en perjuicio de la menor L. A. J. (art. 239 y concordantes del C.P.P.); y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de los Dres. F. M. R. y L. M. P., en forma conjunta, en la suma de nueve mil seiscientos cinco pesos ($ 9.605), 30 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

De acuerdo al modo en que se ha resuelto la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por el colega que vota en primer término, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **F. M. J.**, contra la sentencia Nº 324/13 dictada en fecha 12 de abril del corriente año; confirmar parcialmente la sentencia condenatoria Nº 324/13 dictada respecto del mencionado **J.**, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual gravemente ultrajante por su duración, calificado por el vínculo y por ser la víctima menor de 13 años de edad, en carácter de delito continuado (arts. 119 1ero., 2do. y 4to. párrafo inc. b y 45 del C. Penal), en relación a los hechos ocurridos entre abril del año 2004 y 12 de julio de 2012, en perjuicio de la menor L. A. J. (art. 239 y concordantes del C.P.P.); y tener presente la

reserva del caso federal.-

Asimismo adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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

En orden al tratamiento de la primera cuestión, coincido con lo propuesto por los colegas que votan en primer término, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado F. M. J., contra la sentencia Nº 324/13 dictada en fecha 12 de abril del corriente año; confirmar parcialmente la sentencia condenatoria Nº 324/13 dictada respecto del mencionado J., readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual gravemente ultrajante por su duración, calificado por el vínculo y por ser la víctima menor de 13 años de edad, en carácter de delito continuado (arts. 119 1ero., 2do. y 4to. párrafo inc. b y 45 del C. Penal), en relación a los hechos ocurridos entre abril del año 2004 y 12 de julio de 2012, en perjuicio de la menor L. A. J. (art. 239 y concordantes del C.P.P.); y tener presente la reserva del caso federal.-

Asimismo coincido con la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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 del acusado **F. M. J.**, contra la sentencia Nº 324/13 dictada en fecha 12 de abril del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

---

2°) CONFIRMAR parcialmente la sentencia condenatoria Nº 324/13 dictada respecto de **F. M. J.**, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual gravemente ultrajante por su duración, calificado por el vínculo y por ser la víctima menor de 13 años de edad, en carácter de delito continuado (arts. 119 1ero., 2do. y 4to. párrafo inc. b y 45 del C. Penal), en relación a los hechos ocurridos entre abril del año 2004 y 12 de julio de 2012, en perjuicio de la menor L. A. J. (art. 239 y concordantes del C.P.P.).----------

---

3º) TENER presente la reserva del caso federal.----------

4º) REGULAR los honorarios profesionales de los Dres. F. M. R. y L. M. P., en forma conjunta, en la suma de nueve mil seiscientos cinco pesos ($ 9.605), 30 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley

2.200).----------

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente sentencia es firmada por dos de los Sres. Magistrados, por haber sido convocado el Dr. Guillermo Alberto Müller, en la Circunscripción de Trelew a participar en un audiencia a tenor del art 385 C.P.P..-

Sentencia nº 24/13

Fdo. Dres. Martín Roberto Montenovo. Daniel Luis María Pintos.