En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintiséis días del mes de marzo de dos mil catorce, 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, **Guillermo Alberto MÜLLER y Daniel Luis M. PINTOS**, 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° 6161**, **carpeta individual n° 1201**, caratulada: "P., M. H. s/ p.s.a. Abuso Sexual con acceso carnal – víctimas C.G.I. – P.P.N" de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación el Sr. Defensor Público Dr. **Miguel Angel M.** y

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

Que los días 5 y 7 del corriente mes y 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 M. H. P., 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 M. H. P. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

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

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

I.- Ha demandado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Abogado Adjunto de la Oficina de la Defensa Pública de Sarmiento, en ejercicio de la defensa técnica del imputado **M. H. P.**, contra la sentencia Nº 1197/13, de fecha 20 de noviembre de 2013, por la que se declarara al nombrado autor penalmente responsable de los delitos de Abuso sexual simple agravado por el vínculo, abuso sexual con acceso carnal a un menor de trece años agravado por la guarda, y abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, todo en concurso real y bajo la modalidad de delito continuado (artículos 40, 41, 45, 55 y 119, párrafos 1° y último, y 3° y 4° del inciso b) del Código Penal), y se lo condenara a la pena de dieciséis años de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12 y 29 inciso 3° del cuerpo legal citado), en razón de los hechos

ocurridos entre 2003 y 2006 en la ciudad de Rawson y en la ciudad de Sarmiento, entre 2006 y 2010 en perjuicio de G. I. C.; y entre 2012 y el 1 de mayo de 2013 en Sarmiento en perjuicio de Paola N. P..-

1) El impugnante en su escrito recursivo puso en conocimiento del Tribunal que el acusado **M. H. P.** concurrió al debate agobiado físicamente y turbado psicológicamente, pues fue trasladado desde la Alcaidía Policial de la ciudad de Trelew el 10 de noviembre pasado y arribó a Sarmiento aproximadamente a las 23.30 horas; alojado en una especie de calabozo de castigo, sin vidrios en sus ventanas, sin luz eléctrica ni natural, obligado a acostarse en un trozo de goma espuma; no se le brindó alimentación, pese a explicar la necesidad de recibirla para la ingesta de una medicación prescripta desde hace quince años atrás. Estas circunstancias fueron anoticiadas al Tribunal de juicio y la única respuesta fue una revisación médica en el Hospital Rural, sin recibir asistencia psicológica ni postergarse el juicio. Ello, a su entender, configura una violación al art. 88 "in fine" del CPP.

En lo que respecta a los agravios que sustentan la vía interpuesta, específicamente, denunció que la sentencia deviene injusta, arbitraria y apartada del texto expreso de la ley y de los pronunciamientos del Tribunal Cimero de la Nación.

Adujo que los vicios denunciados se verificaron tanto en

el auto de apertura a juicio, como así también en el debate realizado y cuya nulidad propugnó en el escrito, citando en apoyo de su pretensión lo normado en los artículos 1, 2, 3, 9, 17, 18, 82 inciso 3°, 88 “in fine” y ccdtes. del Código Procesal Penal; 18 de la Constitución Nacional; 44, 45, 46 de la Constitución Provincial; 1 y 8 incisos 1° y 2°, apartado d), de la CADH.

Expresó que el imputado no fue notificado de la realización de los testimonios en Cámara Gessel de los menores G. C. y P. P., llevada a cabo el 10 de junio de 2013. Con ello, se lo privó de la posibilidad de designar abogado de confianza, y la presencia del recurrente en el acto, devino meramente formal y, en consecuencia, no se verificó la entrevista previa entre imputado y defensor.

Señaló que con ello, se vulneró de modo manifiesto el derecho de defensa en juicio (art. 18 de la CN y 45 de la Constitución Provincial), en tanto se cercenó al encartado del derecho de defensa técnica desde el primer acto de la persecución penal, tal como lo consagran las normas citadas; asimismo se lo privó arbitrariamente de la facultad de controlar tal acto (artículos 82 inciso 1° y 165 “in fine” del CPP).

Alegó que la falta de notificación a **P.** el Juez de la audiencia preliminar la tuvo por acreditada, subrogando la actividad exclusiva del Ministerio Público Fiscal, contraviniendo la manda contenida en los arts. 17, 18 y 113 del CPP, con lo cual se afectó de parcialidad al acto

en desmedro del traído a proceso.

Indicó que tal proceder implicó la irradiación de las nulidades, por aplicación de la teoría del fruto del árbol venenoso, tanto al informe -evidencia documental 4. 1 G)- cuanto al testimonio de la Licenciada M. S. -evidencia testimonial 4. 2 b 2)-, como así también al Protocolo de abuso practicado en el Hospital Rural de Sarmiento respecto de la menor P. N. P. -evidencia documental c)- y al testimonio de la Dra. S. B. -evidencia testimonial 4. 2 b1)-.

Objetó que el Juez de la audiencia preliminar, al margen de lo expresamente estatuido en el art. 274 del CPP, consideró iniciada la investigación preparatoria el 21 de mayo de 2013, ocasión en la que la Funcionaria de Fiscalía requirió la exclusión del hogar del hoy acusado, cuando la apertura de investigación formal tuvo lugar el 19 de junio de 2013, oportunidad en que **P.** fue noticiado del inicio de la investigación en su contra.

Destacó que con ello se avanzó contraviniendo el texto expreso del art. 274 del CPP, sino la doctrina del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia sentada en el precedente “B., L. B. s/ dcia abuso sexual r/v hijas menores s/ impugnación (Expte. N° 22003 - Folio 190 vta. - Letra “B”).

Hizo notar que iniciado el debate insistió en su planteo

nulificante, con reserva del caso federal, con resultado adverso. Cuestionó, en este caso, que el Tribunal convalidó la notificación asignándole funciones de fedatario al Director de la Oficina Judicial, alegando que los únicos fedatarios son los escribanos públicos y los secretarios judiciales. Memoró que la actividad de la Oficina Judicial, en el sistema procesal penal chubutense, se encuentra reglada en el artículo 75 CPP y una serie de acordadas del Superior Tribunal de Justicia -Sala Penal- y ninguna mención se hace allí de tal carácter.

Denunció además que el Tribunal valoró prueba nula, como lo son las declaraciones en Cámara Gessel de los menores N. y P., vicio del que adolecen al haberse llevado a cabo sin la presencia del Asesor de Menores, conforme a la doctrina sentada por la CSJN en el precedente "Carballo de Pochat". Adujo también que la sentencia atacada no ha logrado arribar al estado de certeza exigido para emitir una condena, y por lo tanto no ha dado cumplimiento a la manda contenida en los artículos 25 y 329 del CPP y 169 de la Constitución Provincial. Ello así por cuanto carece de motivación y fundamentación adecuada, y hace mérito de formulaciones dogmáticas, en tanto el escaso basamento probatorio al que acude, ha sido logrado en violación de derechos y garantías de jerarquía constitucional y, por lo tanto, no resulta apta para generar una hermenéutica ajustada.

A todo evento, hizo expresa reserva del caso federal por

entender que se ha vulnerado el derecho de defensa en juicio por un lado, como así también las reglas del debido proceso por otro (arts. 18 de la Constitución Nacional; 44, 45 de la Constitución Provincial y 8 inc. 1° de la CADH).

2) El Ministerio Público Fiscal, al responder el traslado que se le corriera respecto de la impugnación deducida, expresó que a la luz de los motivos y fundamentos expresados en el escrito recursivo, se advierte que se trata de una disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada correctamente por el tribunal. Hizo notar que insiste en solicitar la nulidad de los testimonios brindados por los menores víctimas en Cámara Gessel, a pesar que este tema ya fuera planteado y resuelto tanto en la audiencia preliminar como al inicio del debate, y sobre el cual se han dado suficientes razones para su rechazo.

Sostuvo que el imputado fue notificado, basándose en el informe verbal que le hiciera el Director de la Oficina Judicial que dejó asentado de su puño y letra que el acusado fue anoticiado telefónicamente por él del acto a desarrollarse en la Cámara Gesell, por lo que mal puede sostener que el Juez está supliendo su actividad. Agregó que es inexacto que el acto afecte la imparcialidad del Juez de la audiencia preliminar, ya que la realización del acto fue por todos conocida antes de su inicio, y menos aún es posible sostener que se afectó el derecho del acusado.

Puntualizó que el impugnante reiteró el planteo al inicio del debate, a lo que se opuso por considerar que el imputado estaba debidamente notificado de su realización y, en tal entendimiento, tampoco podía prosperar el pedido de nulidad de los actos derivados de dicha diligencia como lo pretendía la Defensa. Consideró que en lo que atañe a la apertura de la investigación, asiste razón a la Defensa. Es decir que se considera iniciada dicha etapa procesal con la materialización de la audiencia respectiva (art. 274 del CPP). Sin perjuicio de ello, señaló, no puede sostenerse que el imputado desconociera los hechos sobre los que versaría ella, cundo al momento de adoptarse la exclusión del hogar, se le entregó en mano la documental acompañada por la Funcionaria de Fiscalía, Dra. B., consistente en el pedido expreso de exclusión del hogar, prohibición de acercamiento, indicando como fundamento de tales medidas la denuncia efectuada por la madre de los menores, M. I. C., los protocolos de abuso realizados a los menores P. y M. P., entre otros.

Destacó, en relación a la notificación del imputado **P.**, que el Tribunal, conforme a principios de Derecho Administrativo, resaltó el carácter de fedatario del Director de la Oficina Judicial cuando realiza actos propios de su función y en su carácter de empleado público, lo que bajo ningún aspecto constituye una segunda creación pretoriana como lo pretende la Defensa.

Señaló, en relación a la pretendida nulidad de la audiencia en que declararan los menores N. y P. por haberse llevado a cabo sin la presencia del Asesor de Menores, que el recurrente incluya este punto como motivo de agravio en esta oportunidad teniendo en cuenta que en ocasión de celebrarse el acto ahora cuestionado, en la que se hallaba presente el Dr. M. y el imputado, cuando el Juez preguntó a las partes y tenían algo que objetar en relación a la ausencia de dicho funcionario, respondieron que no por lo cual, a su entender, ambos convalidaron la diligencia, conforme lo preceptúa el art. 163 inciso 2° del Código de rito.

A modo de colofón y por la argumentación desarrollada, solicitó que se rechace la impugnación articulada.

3) En la audiencia celebrada a tenor de lo normado en el art. 385 del CPP, la Defensa mantuvo oralmente la postura esbozada en el escrito precedentemente reseñado.

4) La plataforma fáctica de los sucesos que dieran origen al presente proceso, fue fijada por el órgano acusador de la siguiente manera: a) en el año 2003, en la ciudad de Rawson, en el departamento que habitaba **M. P.**, cuando el menor G. C., que contaba con siete años de edad, fue a quedarse a su cuidado, toda vez que aquel mantenía una relación con su madre, M. I. C., **P.** tomó de la mano al menor, lo llevó a la habitación y le realizó tocamientos en sus genitales y lo penetró vía anal. Estos hechos se

prolongaron bajo la misma modalidad hasta el año 2006 y ocurrían tanto en el departamento del imputado, como en el que habitaban el menor con su madre que se encontraba también en la ciudad de Rawson; b) entre los años 2006 y 2010, en la ciudad de Sarmiento, más precisamente en el interior del rodado C. familiar dominio XXX-XXX, propiedad del acusado **P.**, en lugares alejados del radio urbano (atrás de la pileta de natación y yendo para el río en el hipódromo), el nombrado, que detentaba la guarda y convivía con G. I. C., su madre y hermanos por parte de madre, lo sometía a tocamientos en sus partes genitales y lo accedía carnalmente vía anal, abusando sexualmente de él, en forma continua y reiterada en el tiempo, sin que la víctima haya podido consentir libremente la acción debido a su minoría de edad; c) entre el año 2012 y el 1 de mayo de 2013, primero en el basural de la ciudad de Trelew, más precisamente en el interior del vehículo del imputado **M. P.**, marca C. familiar, dominio XXX-XXX, el nombrado manoseó a su hija P. P. haciéndole bajar la calza y la bombacha; la segunda vez la condujo a un galpón también de la mencionada ciudad y en esta oportunidad la penetró con su pene vía vaginal y anal, obligándola a que lo toque. Posteriormente los hechos continuaron en la vivienda ubicada en Barrio P. F. II, casa N° XX, de la ciudad de Sarmiento, en varios lugares de este domicilio (habitación matrimonial, mesada de la cocina y living) en circunstancias en que M. P., padre de la niña P. N. P., haciendo uso intimidatorio de su relación de

dependencia y de su autoridad paterna, habría abusado sexualmente de ella -desde los ocho y hasta los nueve años de edad-, accediéndola carnalmente vía vaginal, efectuándole tocamientos en vagina y ano y haciendo, además, que le practique sexo oral.-

II.- Las críticas de la Defensa se han ceñido, básicamente, a cuestiones de índole formal, como la incorporación de pruebas al Juicio en violación del derecho, precisamente, de defensa, y en el correlato de la pretendida exclusión de las mismas, el que derivaría en la ausencia de fundamentación de la Sentencia en crisis.

Por tanto, tales temas serán los tratados en primer término, como otros que no han sido materia de agravio, pero merecen ser resaltados. Luego sí, abordaremos las cuestiones materiales del caso, la acreditación de los hechos materia de acusación, la autoría de los mismos, la calificación legal y el tenor punitivo asignado.

III.- No deja de ser llamativo que una parte importante de los sucesos reprochados hayan ocurrido en el Valle del Río Chubut. Primero en la ciudad de Rawson, entre los años 2003 y 2006, en perjuicio de G. C., y luego en la de Trelew, entre los años 2012 y 2013, en perjuicio de P. P., y que los mismos hayan sido investigados, y juzgados, en la ciudad de Sarmiento.

Si bien pareciera que el art. 66 segunda parte el CPPCh. habilita una suerte de prórroga de jurisdicción territorial, y que el Tribunal

enfocó los sucesos de ultraje a la libertad que sufriera cada niño como "delitos continuados", que comenzaron en aquellas ciudades y culminaron en Sarmiento, extremos ambos que avalarían el trámite tal como fue llevado a cabo, el dispositivo del rito pone como condiciones para la mentada extensión de jurisdicción el no menoscabo al derecho de defensa y la no afectación de la celeridad del trámite.

El imputado no ha objetado, en tales términos, el método de investigación, ni la realización, por todos los hechos, del Debate en la ciudad de Sarmiento, ni existió decisión jurisdiccional alguna que tratara el tema (art. 61 segundo párrafo CPPCh.), y más allá que es conocida la postura de esta Cámara en lo referente a que, tratándose de delitos sexuales perpetrados durante un lapso, debe hablarse de reiteración y no de continuación, la postura del Tribunal de Juicio en un punto en el que no ha habido agravio, debe mantenerse incólume, a riesgo, en caso contrario, de violentarse el principio de la prohibición de la "reformatio in pejus".

En definitiva, más allá de los aspectos resaltados, constitutivos de ciertas "irregularidades", los actos procesales que debemos analizar respondieron, en líneas generales, al concepto constitucional de Juicio previo.

La Defensa en lo referente al punto solo argumentó que P. fue trasladado para el Debate desde Trelew, alojado en condiciones de

incomodidad notorias en la Seccional de Policía de la ciudad de Sarmiento, y que concurrió al Juicio fatigado, por lo cual los Jueces del mismo debieron haber aplazado su declaración, tal como permite el art. 88 in fine del rito.

Pero el planteo no pasó de ser una postura meramente retórica, un intento de explicar la admisión del imputado sobre los sucesos que le fueron reprochados, pues no se detalló la relación presuntamente existente entre el pretendido cansancio de P. y el alcance de su declaración en ejercicio del derecho de defensa material.

Por lo tanto, nada procede decidir en cuanto al punto.

IV.- En lo que sí asiste razón al impugnante, es en lo concerniente a las Audiencias celebradas en Cámara Gesel para recibir el testimonio de los menores víctimas, la ausencia de, la debida, intervención del encartado, aunque no en cuanto a los efectos deseados respecto de su exclusión del plexo de cargo.

Conforme los arts. 2, 9, 72 inc. 2, y 274 del CPPCh., los Jueces Penales deben garantizar el correcto ejercicio del derecho de defensa, procediendo a asegurar la participación del imputado en los actos trascendentes del proceso, lo que consiste en proveerle asistencia técnica, y posibilidad de control de las diligencias y postulación de argumentos.

Ello se entronca con que la apertura de investigación resulta el acto en el cual se hacen conocer al encartado los sucesos que se le endilgan,

y allí, como principio general, comienza el proceso, no antes.

Soy de aquellos que creen que la regulación del Código Maier que no llegó a regir en nuestra Provincia en su integridad, en lo atinente al tema era superadora de la hoy vigente, en tanto bien podría el Ministerio Fiscal hacer conocer al encartado aquello por lo cual se lo persigue, es decir, la apertura de investigación no resultaría, en tal entendimiento, un acto imprescindible, pero el diseño del rito actual es otro, y al mismo procede estar.

Por lo tanto, ni la exclusión del hogar dictada sobre P., ni la prohibición de acercamiento dispuestos previamente a la apertura de la investigación preparatoria, oficiaron de anoticiamiento de los cargos, los que solo pudieron ser conocidos acabadamente por aquel cuando se le impusieron en la Audiencia del art. 274 del CPPCh.

No cabía "presumir" que por que el acusado había sido excluido de su hogar, debía "saber" de manera circunstanciada el hecho por el que era investigado.

De allí que la discusión en torno a si la constancia de comunicación telefónica al acusado para alertarlo sobre la realización de las Audiencias en Cámara Gessel de las víctimas, efectuadas previamente a la mencionada apertura de investigación, constituyó instrumento público o no, fue realizada por un Funcionario con facultades de fedatario o no, no puede ocultar que, en todo caso, el Magistrado de la etapa debió garantizar el ejercicio del

derecho de defensa, el que se podía ver seriamente comprometido sí no se posibilitaba el control de tales actos por el imputado, sobre la base, previamente, del conocimiento de los sucesos endilgados, con la chance, en tanto recaudo constitucional (art. 45 Constit. Pcial.), de consulta con un Defensor técnico.

Desde ya que tales omisiones no podían ser suplidas con la convocatoria a las Audiencias mentadas de un Defensor de oficio, el que no pudo entrevistarse con su pupilo, pues a esa altura no lo era, y su intervención en los actos referidos no pasó de ser una mera formalidad, por tales motivos. No es que aquí se pretenda que los Jueces garanticen una defensa eficiente, sino que aseguren la chance de que ello sea posible, y por como devino este trámite, ello no ocurrió.

Y no sucedió respecto de algo tan trascendente como la versión judicial de víctimas de Abuso sexual infantil, actos que si bien a priori resultan reproducibles, es desaconsejable hacerlo para evitar su re victimización.

Por ende, si se va a recibir el testimonio de menores en tal contexto, debe procurarse que estén dadas todas las condiciones para no reiterarlos, y una de ellas es asegurar que el acusado pueda controlar las diligencias, por intermedio de su Defensa, en los términos ya enunciados.

Luego, si ello no ocurre, es decir, si no se cumplimentan los

recaudos del debido proceso, no sería carga del acusado pedir su repetición, sin perjuicio del imperativo de no someter a los niños al trauma de revivir lo acaecido, sino de aquel que debe vencer los alcances del estado de inocencia, es decir, el Acusador Público y particular, si hubiere.

Por ello es que, por aplicación de la regla de exclusión probatoria (art. 46 Constit. Pcial.), las Audiencias celebradas a los menores víctima de autos no podían ser consideradas como prueba de cargo, por ser inoponibles al acusado, que no pudo controlar su desarrollo debidamente.

Aunque sí ingresaron en la órbita del art. 268 del rito, que regula las facultades del Ministerio Fiscal para efectuar una Averiguación preliminar, a los efectos de determinar los alcances del hecho que luego será comunicado al imputado en la Apertura de Investigación. Pero insisto, debieron ser interpretados como actos sin valor probatorio, pues fueron realizados a expensas del derecho de defensa en juicio.

V.- Sin embargo, la versión de los menores víctima permitió al Ministerio Fiscal arribar a la declaración de los niños N. y P., testigos que también depusieron en Audiencias celebradas en Cámara gesel, a modo de anticipo jurisdiccional, pero ya luego de la Apertura de la investigación, con control del imputado vía su Defensor, ejercicio del derecho de defensa que en nada se vió limitado u obstaculizado por la ausencia de la Asesoría de Incapaces en dichos actos.

En sendas ocasiones hemos decidido que los casos de ASI pueden ser acreditados con el grado de certeza propio de una condena, a pesar de que los niños víctima no logren poner en palabras lo acaecido, lo cual es probable en función de tratarse de acontecimientos traumáticos para ellos. Nuevamente he de resaltar, a esta altura, los parámetros que en mi criterio juegan en esta clase de procesos, quizás los de mayor especificidad del catálogo represivo.

En primer término, el tipo de conductas como la que aquí se reprocha, se desarrollan en un contexto de intimidad que impide contar con testigos presenciales, a lo que debe anexarse que en el sub-judice las víctimas resultaron niños de corta edad, 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 su versión, no obstante lo expuesto supra, la cual debe ser analizada necesariamente como incluida dentro de un todo compuesto por multiplicidad de evidencia.

La prueba pericial psicológica, habitualmente una de las piezas determinantes en esta clase de asuntos, no posee más virtualidad aquí que la de la confirmación por parte de la experta forense que existían, de manera genérica, indicadores de ASI. Una especie de validación preliminar de la denuncia. No es posible reconstruir la versión de las víctimas desde lo

expuesto por la Licenciada S. debido a que participó de las Audiencias en Cámara Gesel que ya hemos dicho resultan inoponibles en su contenido al acusado por que no fue garantizada su intervención en las mismas.

Pero como en la mayoría de los casos de Abuso sexual infanto juvenil, el plexo se compuso de otros elementos de convicción, también de carácter indiciario, como en definitiva es una pericia psicológica, idóneos a fin de proporcionar noticias convalidantes del relato de las víctimas, como las que verificaron trastornos de salud consecuencia del menoscabo a la libertad sexual, de la personalidad, en la vida intra familiar como escolar, espectro que compusieron los testimonios de quienes por una u otra razón tenían trato diario con los menores.

Vienen a colación como elementos capaces de permitir la reconstrucción de la versión de los damnificados y los términos de la Acusación, al menos parcialmente, la declaración de la Sra. M. I. C., madre de los mismos y denunciante, que depuso en Juicio y fue objeto de control por la Defensa; las constancias referentes a la revisación médica en el mes de Mayo de 2013 de P., de la que se desprendió que presentaba evidencias físicas (desgarramiento himeneal), de Abuso sexual, refrendadas por la profesional en Pediatría del Hospital de Sarmiento, E. S. B.; lo expuesto por los menores N. y P., los que asintieron haber recibido noticias de las prácticas a las que eran sometidos los niños víctima por P. de G. del amigo y compañero de Escuela,

pero respecto de su hermana, en Sarmiento, donde adujeron la historia era conocida por otras personas, pues allí se relacionaron socialmente; el abordaje victimológico efectuado por la Licenciada Percivale del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito sobre P., del que también emergieron síntomas de estrés postraumático; la descripción de la personalidad de G. realizada por la Licenciada S., como un adolescente rebelde y en cierta medida conflictivo.

A ello cabe adunar la propia , y libre, admisión del acusado, aunque aquí debemos tener cautela en sus alcances.

Más allá que P. pareció de algún modo "rendirse" y no cuestionar la tesis Fiscal, ni tampoco oponerle una versión diferente en ejercicio de su derecho de defensa material, tampoco su postura nos debe llevar a consagrar la Acusación completamente.

Si observamos la manera en que quedó compuesto el plexo luego de las importantes deducciones que le hemos realizado, debemos concluir en que el develamiento de la conducta del imputado ocurrió en Sarmiento, y la prueba de cargo que aún se mantiene en pie refiere a acontecimientos verificados en Sarmiento. De allí son los profesionales en Medicina actuantes, allí se llevaron a cabo los exámenes médicos, allí viven los niños N. y P., y allí ocurrieron los sucesos que mejor pudieron ser reproducidos en Juicio.

Por ende, lo acaecido en dicha ciudad es lo que en

definitiva debe quedar en pie como reproche al encartado, ya que de lo señalado como pasado en las ciudades de Trelew y Rawson, solo existe la referencia de la Sra. C., y no mucho más.

Entonces, y reitero que por imperio de la prohibición de la reformateo in pejus, solo procede consagrar el concurso real de dos delitos continuados, de Abuso sexual, agravado por ser cometido mediante acceso carnal vínculo parental y de guarda, en perjuicio cada uno de ambos menores, G. y P., ocurridos en la ciudad de Sarmiento en los períodos referidos en la Acusación.

Ello deriva la cuestión a la dosimetría, pues en virtud de lo expuesto queda excluido del material de condena una importante porción del segmento fáctico originalmente adjudicado.

VI.- En cuanto, entonces, a la pena, excluido todo un tramo temporal, y geográfico, de los cargos, corresponde también extraer todo argumento con aptitud para colisionar con el principio del “ne bis in idem”. Si ya, en la calificación legal, se han merituado extremos como el vínculo parental, la convivencia, la edad de las víctimas, las particularidades del Abuso intrafamiliar, soledad, clandestinidad, facilidad del ultraje, no procede volver a tenerlos en cuenta en lo que hace al análisis de la dosimetría, menos aún con carácter de agravantes.

Quedan en pie entonces, a tal efecto, desde lo objetivo,

el injusto en sí, el concurso real, la continuación, en tanto extensión en el tiempo.

Desde lo subjetivo, la edad del acusado lo aleja de la moderación en la apreciación de la entidad de la sanción que podría surgir de la inmadurez, y el resto de sus condiciones personales no aportan al análisis en ningún sentido, ya sea beneficioso, o en su detrimento.

En tales condiciones y teniendo en cuenta la escala a considerar, hemos coincidido al deliberar que se impone reducir el monto de condena impuesto, pero no al mínimo, sino a la suma de doce años de prisión, accesorias legales y la adjudicación de las costas del proceso. Así voto.-

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

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso desarrollada por quien lidera la votación, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa que deben ser materia de tratamiento en este decisorio y con el fin de evitar reiteraciones estériles.-

1.- Sostiene el impugnante que la sentencia deviene injusta, arbitraria y apartada del texto de la ley denunciando irregularidades desde la apertura a juicio, extensivas al debate propugnando la nulidad y la absolución de su asistido, exponiendo en primer lugar el maltrato recibido por P. que fue llevado al juicio agobiado físicamente y turbado

psicológicamente sin plantearlo como agravio, solamente a título informativo señalando la inobservancia del art. 88 últ. párrafo del C.P.P..-

Lo concreto es que estructura del recurso sobre la base de una afectación manifiesta a la garantía de defensa en juicio que verifica desde el primer acto de la persecución penal.-

En el marco de una averiguación preliminar el Ministerio Público Fiscal solicitó la declaración testimonial de los menores víctimas de abuso sexual infantil como anticipo jurisdiccional de prueba, petición receptada favorablemente llevándose a cabo en Cámara Gessel la diligencia probatoria y luego de ello dispuso la apertura de la investigación probatoria del juicio en los términos del art. 274 del C.P.P..-

Denuncia el defensor que el imputado no fue notificado de la diligencia sin posibilidad de control (art. 82 1ro y 165 del C.P.P.), privándolo del derecho de elegir y designar un abogado de su confianza y de someterlo al contradictorio y que si bien el recurrente concurrió a la audiencia su presencia fue meramente formal puesto que no conocía el caso, menos a la persona imputada con quien debería haber mantenido mínimamente una entrevista.-

Esta situación fue denunciada por la Defensa tanto en la audiencia preliminar como al inicio del debate solicitando la nulidad de las declaraciones de los menores y de las pruebas que entiende se obtuvieron a

partir de ellas por aplicación de la doctrina del fruto del árbol venenoso, considerando de esa manera que el caso queda huérfano de pruebas y por ende se impone la absolución de su asistido.-

Corresponde entonces profundizar y analizar la génesis de este caso.-

2.- Todo comienza con la denuncia radicada por la madre de los menores víctima ante el Ministerio Público Fiscal el día 20 de mayo de 2013, siendo derivadas a un examen médico que verifica prima facie lesiones compatibles con abuso sexual en una de las víctimas, peticionando el órgano encargado de la investigación la exclusión del hogar y la prohibición de acercamiento y contacto como medida cautelar, la que se concretó entendiendo el Juez de la audiencia preliminar y los del Tribunal Colegiado que ello implica que el imputado tenía pleno conocimiento de que estaba siendo investigado por los abusos.-

Luego peticiona como anticipo jurisdiccional de prueba las declaraciones testimoniales de las víctimas, a lo que ya me referí en el punto anterior, y con ese importante y consistente plexo cargoso dispone la titular de la acción la apertura de la investigación y agregan los magistrados que el Director de la Oficina Judicial notificó de las audiencias al imputado vía telefónica en base a una constancia que deja asentada el citado funcionario.-

Lo dirimente aquí es el alcance y sentido de una averiguación preliminar, pues ella indudablemente no esta destinada a acopiar la totalidad de elementos que ha de valerse el Ministerio Público Fiscal en un juicio, ello es propio de la etapa de investigación preparatoria la que comienza a partir de la audiencia de apertura en la medida que el Juez acepte el requerimiento; es allí donde se efectiviza la relación jurídico-procesal pues el imputado toma conocimientos del hecho atribuido y de la hipótesis de trabajo del acusador para luego contender en las subsiguientes etapas principalmente en la audiencia preliminar donde debe discutir la legalidad, pertinencia y utilidad de las pruebas.-

Precisamente el sentido primordial del acto previsto en el art. 274 del C.P.P. es anoticiar al imputado del inicio de la investigación, controlar la regularidad del proceso y asegurar su defensa, y cuando decimos controlar aludimos a comprobar, inspeccionar, fiscalizar, lo que no acontece durante la denominada averiguación preliminar del Fiscal, en la cual solo debe tomar una iniciativa tendiente a demostrar la verosimilitud de la imputación.-

En el caso la Fiscal toma conocimiento de los hechos a través de la denuncia, tenía individualizado al autor, contaba con exámenes médicos que indicaban la existencia de probables abusos sexuales con acceso carnal, y habían prosperado medidas para proteger a las víctimas pero parece

que ello no alcanzaba y peticionó la recepción de declaración testimonial a los menores cuando no se trataba de actos definitivos ni irreproducibles y sin más el Juez hizo lugar como anticipo de prueba cuando ello es propio de la investigación preparatoria.-

Como ya dejara asentado los Jueces penales que trataron las nulidades que planteó la defensa, han entendido que al hacerse efectiva la medida cautelar el imputado tomó conocimiento de la investigación de los abusos y el Juez de la audiencia preliminar va más allá y señala que la investigación preparatoria comenzó formalmente cuando el Ministerio Público Fiscal solicitó la exclusión del hogar, lo que no se ajusta al texto legal aplicable (art. 274 C.P.P.) sobre el que acabo referirme; también se dice que el Director de la Oficina Judicial notificó al imputado vía telefónica dejando constancia, llegando a sostener los Jueces del tribunal de juicio que el Director del mencionado organismo tiene carácter de fedatario, lo que tampoco se ajusta al derecho vigente.-

Sabemos que, como principio general, el imputado puede hacer valer sus derechos desde el primer acto de persecución penal (art. 81 C.P.P.) y entre ellos a ser informado de manera inmediata y comprensible que a él le asisten los derechos enumerados en el art. 82 del C.P.P., desde ya la sola ejecución de la medida cautelar no abastece la exigencia y por otra parte la aludida notificación telefónica cuestionada por la defensa, negada además

por el imputado, tampoco cumple las exigencias mínimas que establece el art. 160 del mismo cuerpo legal; en dicho entendimiento el imputado no contó en forma cierta con la posibilidad de controlar y fiscalizar esta prueba que en el caso adquiere relevancia superlativa y por ello hemos acordado la invalorabilidad por la irregularidad es decir su inoponibilidad, no correspondiendo la sanción de nulidad como propicia el Sr. Defensor Público.-

Se extrae en definitiva de los pronunciamientos que rechazaron el planteo de la defensa, que los jueces han convalidado las declaraciones testimoniales de los menores víctima por conjeturas interpretándolas en contra del imputado cuando la manda del art. 44 de la Const. Prov. y 28 del C.P.P. es contundente,.

3.- Apartadas las declaraciones testimóniales, el Defensor afirma que el caso queda huérfano de prueba y por ende corresponde la absolución de su asistido.-

En el proceso deliberativo hemos acordado que la restante prueba producida en el juicio no solo es oponible al imputado, sino también suficiente para convalidar la condena con los alcances que más adelante detallaré.-

Puedo afirmar que todas ellas se conectan y que su valoración resulta ajustada; no verificó que la sentencia carezca de

motivación y fundamentación adecuada como denuncia el impugnante.-

No he de reiterar los hechos atribuídos por haber sido transcriptos íntegramente en la reseña del caso, pero cabe repetir que los mismos se inician allá por el año 2003 cuando los protagonistas residían en la ciudad de Rawson continuando en la ciudad de Sarmiento donde comenzó a convivir M. P. y M. I. C..-

El relato de la Sra. C. ha sido puntilloso respecto a los hechos y las circunstancias en que se produjeron desde luego sobre la base del relato de sus hijos. En primer lugar es G. quien la pone en conocimiento de las conductas de P. cuando quedaba a su cuidado contando con tan solo siete años de edad, llevándola a confrontar con quien en ese entonces era su novio negando rotundamente los sucesos, no queriendo el niño someterse a examen médico para luego decirle que era mentira; luego una vez ya radicados en Sarmiento el niño vuelve a informarle que continuó siendo abusado detallando los hechos y así la sospecha se transformó en convencimiento y ante el temor que sus otros hijos también fuesen sometidos logra que P. P. devele hechos, por lo que se decide a actuar radicando la denuncia.-

La primer medida consistió en el examen médico de la niña constatando la profesional actuante eritema vulvar e himen desgarrado declarando en el juicio, aditando que la niña le dio amplias referencias de las

traumáticas experiencias.-

En cuanto al menor G. refiere la madre que fue examinado por la Dra. Andino y que no había constatado lesiones en el ano por el tiempo transcurrido desde los abusos, testimonio con el que no se pudo contar en el juicio.-

También se recepcionó declaración testimonial a dos menores amigos y compañeros de escuela de G.; se trata de M. P. y T. N., cuestionándolas el Sr. Defensor en esta instancia por entender que al declarar en Cámara Gessel no fueron asistidos por el Ministerio Pupilar.-

Para dichas diligencias la defensa contó con la posibilidad de control y de interrogar no formulando observación alguna; el acto se realizó en la etapa preparatoria y conforme las previsiones de los arts. 193 y 279 del C.P.P. reproduciéndose la videofilmación en el debate, por lo que resultan totalmente válidas y oponibles al imputado.-

Tales testimonios fueron valorados adecuadamente y estos menores tomaron conocimiento de los hechos que afectaron a P. por el relato de G. aunque no les contó sobre su situación, aunque refieren que en el pueblo se corría la vos, además de apreciar a su amigo muy angustiado y que lloraba, rescatando el voto del Dr. Criado al respecto.-

En definitiva los indicadores eran múltiples, las circunstancias de debelación relatadas por la madre de las víctimas, la

información médica, los testimonios de los amigos de G. y por último el de la Psicóloga S. del Cuerpo Médico Forense, constituyen un núcleo idóneo para superar el estado de inocencia.-

La Licenciada S. declaró en el debate que mantuvo entrevistas previas con los menores informando de los indicadores de ASI, prueba que no fue controvertida por la Defensa, a lo que corresponde agregar que en general, a excepción de los testimonios de los menores víctima, no ha realizado el recurrente un cuestionamiento a la valoración que efectuaron los jueces del tribunal del plexo probatorio quedando como una mera disconformidad que torna endeble el recurso.-

3.- Pero no se agota aquí el análisis pues el imputado en el transcurso del juicio pidió la palabra y manifestó que era culpable, que lo que se exponía era cierto, expresando su arrepentimiento pidiendo perdón a su esposa, circunstancia no menor que fue eludida por el defensor en su memorial.-

Tenemos un reconocimiento de responsabilidad sin estar acompañado de un relato expreso y pormenorizado de cómo se desarrollaron los hechos, por ello entiendo que su eficacia no es plena, aunque renunció a la prueba y se dispuso para ser interrogado por las partes que no formularon preguntas.-

Así esta declaración puede ser objeto de una mayor

credibilidad, extremo que debe analizarse a luz de las evidencias acumuladas. Conforme el desarrollo que vengo efectuando no hay dudas de que los menores fueron víctimas de abuso sexual, aunque la continuidad de hechos se verifica con contundencia respecto a los sucedidos en la ciudad de Sarmiento, es decir los más recientes, resultando de difícil reconstrucción lo acontecido desde el año 2003 hasta fines del 2005 en la ciudad de Rawson y en el año 2012 en la ciudad de Trelew.-

Queda expuesto en los sufragios de los jueces del tribunal que no se logró probar la cantidad exacta de ocasiones en que el imputado reiteró las degradantes conductas, pero la prueba no resulta suficiente para establecer con el grado de certeza necesario los hechos acaecidos en otra jurisdicción sobre los que no se reparó respecto a la competencia. Entiéndase que no se trata de indeterminación de los hechos sino de la insuficiencia de la prueba para poder establecerlos, que hace a la prueba científica corroboración por otros testimonios como fueron los de los menores N. y P. respecto a los hechos que sucedieron en Sarmiento y ello desde luego tendrá influencia en la dosis de pena, que como acordáramos en la deliberación corresponde disminuir.-

También observamos déficits en la valoración de pautas para fijar la pena puntualmente la doble consideración de circunstancia propias del reproche que hacen a la tipicidad.-

Entre ellas la reiteración y continuidad de los abusos cuando se optó por la figura del delito continuado (art. 55 C.P.) que supone una pluralidad de hechos pero que no resultan independientes entre sí, por ende más allá de la crítica que pueda merecer la solución, implica menos grado de culpabilidad que el concurso real y ello debe operar a favor del imputado en tal dirección esta Cámara ya se ha pronunciado en autos "Jones, Fabián Marcelo s/ Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y Abuso…", Carpeta nº 1098 de la Oficina Judicial de Sarmiento, sentencia protocolizada bajo el Nº XX, de fecha 3 de septiembre de 2013.-

Tampoco puede perderse de vista las circunstancias de realización de las conductas aprovechando situaciones en que se encontraba solo con las víctimas en la vivienda o en el automóvil, que entiendo contempla la agravante por el vínculo, pues tenía la guarda de G. y es padre de P.. Todo ello hace a la necesidad de coherencia interna de la sentencia a fin evitar afectar el principio ne bis in idem.-

Luego no cabe sino convalidar el pronunciamiento en cuanto al análisis de otras pautas mensurativas como la extensión del daño causado que impacta con mayor gravedad, la carencia de antecedentes penales, el nivel de educación del imputado, el haber asumido su responsabilidad, apreciando los magistrados arrepentimiento, y por ello adhiero a la propuesta de quien lidera los sufragios en cuanto la pena debe

disminuirse y quedar fijada en doce años de prisión con más accesorias legales y costas, y así voto.-

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

I.- En lo concerniente a todo cuanto refiere a los antecedentes del caso venido en impugnación ordinaria, me remito a las reseñas del mismo y consideraciones en general, que han practicado ya mis colegas, en los votos precedentes, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- 1) La parte impugnante ha reiterado, en esta instancia, su planteo relativo a la invalidez de las testimoniales prestadas por los jóvenes víctimas, en la modalidad de Cámara Gesell, con anterioridad a la audiencia del art. 274 del CPP –en particular, resaltando las vicisitudes por las que atravesó la notificación del acto al acusado-; y luego, por vía de consecuencia aplicando la teoría de los frutos del árbol venenoso, también de la condena dictada en perjuicio de su pupilo M. H. P., por los hechos cometidos en perjuicio de aquellos –decisorio en el cual se valorara la prueba de cargo muy relevante, constituida por dichas versiones de los menores-.-

A su vez la acusadora pública, en su escrito de contestación al emplazamiento del recurso ordinario, puso de resalto que la Defensa ha omitido considerar en su memorial, que P. hubo de prestar una "confesión … de forma libre, voluntaria … en debate …"; lo cual si bien es

cierto, no debe perder de vista por otro lado, que en su intervención final ante el tribunal de juicio, art. 328, 2° párrafo, del CPP, el imputado volvió sobre el punto relativo a la presunta falta de notificación de las entrevistas, aún después de su declaración autoincriminatoria. De manera que debe interpretarse entonces, que el agravio del Defensor público no ha perdido actualidad, al contrario de la pretensión fiscal; en base al principio rector en esta materia, que prescribe que la conducción de la defensa es exclusivamente responsabilidad del acusado y de su defensor, sea este de oficio o particular -como asimismo atendiendo a la referida insistencia de P. sobre la ausencia de comunicación procesal, aún con posterioridad a su renuncia a seguir produciendo la prueba durante la audiencia de debate-.-

También merece destacarse, en mi opinión, y en base a una interpretación analógica de la ley procesal penal, que aquella renuncia, que además fue de ambas partes, a continuar con la etapa probatoria, no merece objeción, si se tiene en cuenta que el sistema admite los "procedimientos abreviados", en casos de menor gravedad; y que los mismos solo están vedados, cuando se trata de la aplicación de medidas de seguridad y corrección (art. 362, inc. 4, CPP), y limitados, en los juicios de adolescentes (art. 410 CPP); por lo cual -argumento a contrario-: si un mayor de edad, penalmente imputable, ante la forma en que se va desarrollando el juicio oral, que era el único procedimiento aplicable, opta libremente por desistir de

prueba y acelerar la etapa con asistencia letrada, ello merece ser objeto de convalidación.-

2) En la etapa correspondiente a la deliberación, se acordó que el procedimiento seguido para la recepción de las testimoniales en Cámara Gesell, con antelación al momento procesal regulado en el ya citado art. 274 del CPP, impide luego su valoración en el debate –anticipo jurisdiccional de prueba-, por infracción a los principios de inmediación y contradicción, ya que en aquel momento el encartado todavía no había tomado formal intervención, en el proceso seguido en su contra. Es pertinente, en el punto, y nos exime de mayores explicaciones, el precedente de la Sala Penal del STJ, sentencia n° 15/2012, citado por el recurrente, sobre las características de aquel acto ritual y su proyección posterior en el trámite.-

3) No obstante ello, también hemos coincidido que el resto de la prueba producida en el juicio oral, con valor indiciario, alcanza para confirmar parcialmente la decisión condenatoria, incluyendo claro está además, la referida declaración del acusado ante el colegiado de juicio, en forma incondicionada según el acta respectiva, a punto de haber concedido la posibilidad de ser interrogado por las partes, que no fue utilizada.-

Se computan puntualmente, en el carácter ya adelantado, la testimonial de la denunciante y madre de las víctimas M. I. C.; conjuntamente con las testimoniales de referencia de los niños T. N. y E. M.

P., en Cámara Gesell –en este caso, plenamente válidos por ser posteriores a la apertura de la investigación, y sin que obste a su legitimidad el agravio relativo a la intervención del Ministerio Pupilar, que debe rechazarse por improcedente (la jurisprudencia citada, CSJN causa: "Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/ Daños y Perjuicios", sentencia de fecha 19/5/2009, está referida específicamente a la ausencia de participación de la defensa promiscua, en la etapa de impugnación de sentencias, circunstancia que no se verifica en el presente como se desprende del acta de audiencia de impugnación art. 385 CPP)-; las deposiciones de la médica Elisa S. B. sobre la materialidad del hecho sufrido por la niña víctima P. P.; y la de la Psicóloga forense, Lic. M. S., también prueba de referencia sobre las versiones de las víctimas.-

Ahora bien, asimismo se acordó en la deliberación, que *favor rei* debe restringirse la conclusión anticipada solo a los hechos verificados en la ciudad de Sarmiento, pero no a los precedentes acaecidos en otras jurisdicciones; tanto por la incompetencia de los tribunales locales para entender en estos casos, salvo supuestos excepcionales que no han sido materia de tratamiento en el presente, como por la mayor cantidad de elementos probatorios reunidos –conforme a lo reseñado en el párrafo anterior-, respecto al tramo fáctico que tuvo lugar en la vecina localidad. Eso sí, manteniendo el encuadramiento de estos supuestos, el que damnificara al

joven G. y el que perjudicó a P., en la modalidad de delito continuado (y ambos en concurso real arts. 54 y 55 del CP), por la que optaran los jueces del juicio, en atención a que constituye una calificación más favorable, independientemente de la opinión que sobre el punto pudiera tener esta Cámara.-

III.- 1) Tal como ya se han ocupado de adelantarlo los colegas que votaron precedentemente, si bien es cierto que la Defensa no ha desarrollado un agravio específico en torno al monto de la pena aplicada en la sentencia de condena, debe seguirse en esto la jurisprudencia de la CSJN y de la CIDH. Al respecto, la doctrina nacional reseña que: "En torno a la jurisprudencia de la CSJ de la Nación en esta materia, reseña la doctrina: "...la Corte Suprema, el 7 de marzo del dos mil seis, dictó (en el caso: "Reynoso, Luis Alberto ...") la sentencia propuesta por el dictamen del Sr. Procurador General de la nación, a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió ... tal dictamen ... se basó en lo decidido en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanas del caso 'Herrera Ulloa v. Costa Rica', según el cual, el art. 8, ap. 2º, inciso h) de la CADH garantiza al condenado un examen amplio de la pena impuesta... El procurador fiscal sostuvo que la denegación del acceso a la Cámara de Casación basado en el supuesto en que la individualización de la pena sólo podía ser examinada por aquélla en caso de manifiesta arbitrariedad, importó una indebida restricción de esa vía

recursiva en cuanto instrumento para asegurar el derecho a la revisión del fallo adverso, con el alcance asignado por esos precedentes, entre otros también citados en el dictamen.... Era notorio que tal jurisprudencia de la Cámara de Casación debía variar, **cuando el recurrente era el condenado – o su defensor-**, para que pudiera asegurarse suficientemente la garantía prevista en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22 de la Const. Nacional, que no sólo consistía en el derecho a que el fallo condenatorio fuera revisado por un Tribunal superior a pedido de toda persona declarada culpable de un delito, sino también, como expresamente lo decía tal norma fundamental, en que lo fuera 'la pena que se le haya impuesto'…" (cfme. Análisis del fallo "Reynoso" por Marcelo Sgro, en la obra colectiva dirigida por Leonardo G. Pitlevnik: "Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", tomo 5, págs. 105 y ss., edit. hammurabi, octubre de 2008) el destacado ha sido agregado al original.-

Más profundamente, sobre el caso "Herrera Ulloa..." de la CIDH, enseña el autor citado que según esta sentencia de ese Tribunal Internacional, "... el recurso que garantiza al imputado la CADH en su art. 8.2.h 'debe garantizar un examen integral del fallo condenatorio y pena'. Por lo demás, el voto concurrente del presidente del tribunal, el juez García Ramírez, sostuvo que el recurso garantizado debe permitir de modo efectivo

que el tribunal superior revise ‘la pena o medida impuestas en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización de aquéllas’” (en nota al pie de página, se lee: “Cabe señalar que, en la idea de que el recurso cuya disponibilidad exigía la Convención debía asegurar un examen integral de la pena, la sentencia de la Corte Interamericana siguió expresamente la previa interpretación del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre el recurso garantizado por el pár. 5º del art. 14 del PIDCP,…”), sentencia n° 1286/2011, de fecha 14/09/11, de la Cámara en lo Penal de Esquel.-

En tal entendimiento, hemos coincidido al momento de la deliberación, en que debe corregirse -además de la plataforma fáctica limitándola a los hechos perpetrados en Sarmiento-, puntualmente en parte también la merituación de las circunstancias agravantes, que ha practicado el tribunal de juicio.-

2) A tal efecto, se tiene en cuenta –en formal análoga al precedente de la sentencia n° XX/2013, también un caso originario de la Circunscripción Judicial de Sarmiento-, que al haberse optado en la calificación legal de los hechos por la modalidad del delito continuado (art. 54 del C.P.), debe computarse que la misma supone un menor grado de culpabilidad que el concurso real o reiteración delictiva (art. 55 del C.P.); 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.-

3) Otro de los aspectos que es menester rectificar, a fin de no incurrir en doble valoración –vedada constitucionalmente- es la agravante,

consistente en la caracterización que hacen los miembros del colegiado de la cesura, de la calidad de las víctimas –menores, vulnerables, etc.-, y del autor de las figuras de Abuso sexual, ya previamente tipificadas como agravadas por la edad de los damnificados, y por la condición de padre biológico, como por la de guardador de aquel. Ahora, se vuelven a merituar las particularidades de los ofendidos, y al sujeto responsable como "líder del grupo familiar" (voto del Juez Penal Rosales); "autoridad" (voto del Juez Penal Pérez); y "figura relevante" en el contexto familiar (voto del Juez Penal Criado); todo ello, a fin de motivar la agravación del cuántum de la pena.-

La doctrina nacional nos explica que al establecer un marco penal, el legislador fija los diferentes grados posibles de gravedad de un delito. Para ello, tiene en cuenta diferentes circunstancias de hecho que marcan el fundamento, el sentido de censurar de cierta conducta. Esto queda plasmado en el tipo penal en forma abstracta, y a partir del texto de un tipo penal es posible "reconstruir" qué es lo que caracteriza el desvalor de una determinada conducta, no sólo en forma general, sino también en las diferentes gradaciones posibles del hecho. Es decir, que el legislador intenta que la fórmula elegida para redactar el tipo penal comprenda en la forma más completa y precisa posible todas las valoraciones sociales sobre cierto hecho reprochable. Esto no sólo indica el rango de la norma, sino que en la fijación de los límites penales también quedan ya reflejadas cuáles son las

necesidades de prevención general respecto de determinado delito. Todas aquellas reflexiones que ya han sido tomadas en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal, o dicho de otro modo, todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto. Esto es lo que en la doctrina se conoce como 'prohibición de doble valoración'. Por ejemplo, no sería posible agravar un homicidio porque el hecho 'culminó con una muerte lamentable', o un robo, porque para el apoderamiento se utilizó violencia, pues estas circunstancias son propias del homicidio y del robo, respectivamente, y tomarlas en cuenta implicaría agravar dos veces por la misma circunstancia: en la elección del tipo penal y en la elección de la pena. Es la prohibición de 'llevar doble contabilidad', como lo dice Bruns, y alcanza no sólo los elementos del tipo estrictamente, sino también al 'fin de la norma'…" (Ziffer, Patricia S.:"Lineamientos de la determinación de la pena", edit. Ad hoc, Buenos Aires, págs. 106 y ss.-

Agrega a continuación la autora, que la cuestión parece trivial cuando los casos planteados son tan obvios como los de los ejemplos citados; pero que sin embargo, se plantean supuestos en los que los límites son mucho más difíciles de trazar. Porque resulta que ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad, para lo cual es imprescindible recurrir a las

circunstancias que fundamentan la punibilidad y establecer su grado. La gradación del ilícito es entonces el terreno propio de la prohibición de doble valoración; y así, "en el caso del robo, si bien no se podría valorar el uso de violencia 'en sí', nada impediría considerar el grado de violencia, leve o intensa, que hubiera empleado el autor para el hecho".-

Para concluir la nombrada doctrinaria, del siguiente modo: "La prohibición de doble valoración no se encuentra específicamente prevista en la legislación argentina, pero la doctrina ha interpretado que es un requisito de la coherencia interna de la sentencia (con cita de Zaffaroni), vinculando el problema al principio de ne bis in idem. La aplicabilidad de las circunstancias descriptas por el art. 41, C.P., estaría regida por este principio…". Y finalmente, añade: "…la prohibición de doble valoración … tiene que ver … con la relación existente entre el principio de individualización de la pena y el deber de fundar la sentencia. Al determinar la pena el juez debe tomar en cuenta el hecho concreto y valorarlo en sus particularidades, a fin de dejar establecida su gravedad. Este deber carecería de sentido si se admitiera como fundamentación suficiente un argumento que puede servir para cualquier hecho subsumible en el tipo penal de que se trate, pues esto no puede constituir una fundamentación individualizante, sino genérica. Y válida para todas las conductas subsumibles en ese delito. La prohibición de doble valoración, por lo tanto, circunscribe la obligación del

juez de fundar la sentencia, imponiéndole utilizar argumentos que se relacionen con las particularidades del caso y dejar de lado aquellos que ya fueron 'consumidos' por el legislador…", ejemplificando con un supuesto análogo al del presente venido en impugnación ("…si **un padre es autor** del delito de corrupción de menores, su posición de padre de la víctima ya produce según la ley una agravación respecto del delito básico … Desde este punto, **no debería volver a valorarse en la medición de la pena** que se trata justamente del padre …") -el destacado ha sido agregado al original-.-

3) Por todos los motivos expuestos en este apartado, se acuerda que corresponde reducir la pena impuesta al acusado P., a doce (12) años de prisión, manteniendo la imposición de accesorias legales y costas, por lo que de este modo se readecua la sentencia impugnada.-

IV.- En consecuencia de todo lo expuesto, sumo mi voto concordante a los precedentes, en sentido parcialmente afirmativo a la presente cuestión.-

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

De acuerdo al resultado al que hemos arribado en la primera cuestión propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: confirmar parcialmente la sentencia nº 1197/13, de fecha 20 de noviembre de 2013, dictada respecto de M. H. P.; readecuar la pena impuesta y condenar al nombrado, en definitiva a la pena de **doce (12) años** de prisión, accesorias

legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual simple agravado por el vínculo, abuso sexual con acceso carnal a un menor de trece años agravado por la guarda, y abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, todo en concurso real, en calidad de autor material y bajo la modalidad de delitos continuados (arts. 119 1º y últ. pár., 3º y 4º pár. inc. b), 55 y 45 del C.P.), por los hechos ocurridos entre 2003 y 2006 en la ciudad de Rawson y en Sarmiento, entre 2006 y 2010 en perjuicio de G. I. C. y entre 2012 y el 1 de mayo de 2013 en la ciudad de Sarmiento, en perjuicio de P. N. P. (art. 239 y concordantes del C.P.P.); y elevar oportunamente en consulta al Superior Tribunal de Justicia la presente.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de treinta (30) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

En orden al tratamiento de la primera cuestión adhiero al pronunciamiento propuesto por el colega preopinante: confirmar parcialmente la sentencia nº 1197/13, de fecha 20 de noviembre de 2013, dictada respecto de M. H. P.; readecuar la pena impuesta y condenar al nombrado, en definitiva a la pena de **doce (12) años** de prisión, accesorias

legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual simple agravado por el vínculo, abuso sexual con acceso carnal a un menor de trece años agravado por la guarda, y abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, todo en concurso real, en calidad de autor material y bajo la modalidad de delitos continuados (arts. 119 1º y últ. pár., 3º y 4º pár. inc. b), 55 y 45 del C.P.), por los hechos ocurridos entre 2003 y 2006 en la ciudad de Rawson y en Sarmiento, entre 2006 y 2010 en perjuicio de G. I. C. y entre 2012 y el 1 de mayo de 2013 en la ciudad de Sarmiento, en perjuicio de P. N. P. (art. 239 y concordantes del C.P.P.); y elevar oportunamente en consulta al Superior Tribunal de Justicia la presente.-

Asimos adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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

Atento al resultado al que llegamos en la cuestión precedente, por unanimidad, adhiero a lo propuesto por los colegas que votan en primer término, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: confirmar parcialmente la sentencia nº 1197/13, de fecha 20 de noviembre de 2013, dictada respecto de M. H. P.; readecuar la pena impuesta y condenar al nombrado, en definitiva a la pena de **doce (12) años** de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente

responsable del delito de Abuso sexual simple agravado por el vínculo, abuso sexual con acceso carnal a un menor de trece años agravado por la guarda, y abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, todo en concurso real, en calidad de autor material y bajo la modalidad de delitos continuados (arts. 119 1º y últ. pár., 3º y 4º pár. inc. b), 55 y 45 del C.P.), por los hechos ocurridos entre 2003 y 2006 en la ciudad de Rawson y en Sarmiento, entre 2006 y 2010 en perjuicio de G. I. C. y entre 2012 y el 1 de mayo de 2013 en la ciudad de Sarmiento, en perjuicio de P. N. P. (art. 239 y concordantes del C.P.P.); y elevar oportunamente en consulta al Superior Tribunal de Justicia la presente.-

De igual manera, adhiero a la regulación de honorarios profesionales.-

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

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

1º) CONFIRMAR parcialmente la sentencia nº 1197/13, de fecha 20 de noviembre de 2013, dictada respecto de **M. H. P.**.-----

2º) READECUAR la pena impuesta y condenar al nombrado, en definitiva a la pena de **doce años** de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por ser autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual simple agravado por el vínculo, abuso sexual con acceso carnal a un

menor de trece años agravado por la guarda, y abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, todo en concurso real, en calidad de autor material y bajo la modalidad de delitos continuados (arts. 119 1º y últ. pár., 3º y 4º pár. inc. b), 55 y 45 del C.P.), por los hechos ocurridos entre 2003 y 2006 en la ciudad de Rawson y en Sarmiento, entre 2006 y 2010 en perjuicio de G. I. C. y entre 2012 y el 1 de mayo de 2013 en la ciudad de Sarmiento, en perjuicio de P. N. P. (art. 239 y concordantes del C.P.P.).----------

3º) ELEVAR oportunamente en consulta al Superior Tribunal de Justicia la presente (art. 179, pár. 2º de la Const. Prov. y 377 del C.P.P.).----------

4º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de treinta (30) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).---------

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

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados por encontrarse de licencia el Dr. Guillermo Alberto Müller.

Sentencia nº 6/14

Fda. Dres. Martín Roberto Montenovo. Daniel Luis M. Pintos.-