En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los nueve días del mes de septiembre de dos mil quince, 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 R. MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Guillermo Alberto MÜLLER y Daniel Luis María 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° 41855**, **carpeta individual n° 5236**, caratulada: **"S., H. M. s/ Dcia. Abuso Sexual r/v hija menor"** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción, en la que tuvieron debida participación la Funcionaria de Fiscalía Dra. **Lorena Garate**, la Defensora de Confianza, Dra. **A. L. D.** y el imputado **R. R. G.**; y

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

Que los días 20 y 26 de agosto del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín R. Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de R. R. G., 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 R. R. G. 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 R. Montenovo, en segundo lugar el Dr. Guillermo Alberto Müller y finalmente el Dr. Daniel Luis María Pintos.-

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

I.- En la Acusación formulada en fecha 28/8/013, el Ministerio Fiscal atribuyó a R. G. un conjunto de sucesos, expresados de la siguiente forma: haber, entre Diciembre del año 2007 y el mismo mes del año 2010, tocado la zona genital, por debajo de las ropas, de la niña R. S., quién contaba en ese período con entre nueve y doce años de edad, en varias ocasiones, y en al menos dos, haberle practicado sexo oral. Todo ocurrió en el domicilio ubicado en calle X nro. X del Barrio X de esta ciudad, hogar que acusado y víctima compartían con la madre de esta, y sus hermanas, A. S. y M. G.. También la Fiscal expresó allí que la menor calló por el temor infundido por el imputado, y que la revelación de lo acaecido sucedió cuando su madre pretendió que regresara a vivir con G., luego de un lapso en el que estuvo residiendo con otros familiares.-

Cabe mencionar que la denuncia policial fue radicada por el padre de la joven, H. S., en fecha 8/02/012, la solicitud de apertura de la instancia judicial en el mes de Agosto de ese año, y la audiencia respectiva de comienzo de la investigación preparatoria fue celebrada en fecha 12/03/013.-

La calificación legal que el Acusador Público propuso se mantuvo hasta la Sentencia de grado, Abuso sexual gravemente ultrajante, al

menos dos hechos en concurso real, los que concurrían materialmente, a su vez, con Abuso sexual simple, agravado por la situación de convivencia, también al menos dos hechos (arts. 118, 119 primer y tercer párrafo, 45 y 55 del CP.).-

En fecha 18/12/013 se llevó a cabo la Audiencia Preliminar, en la cual la Defensa de G. cuestionó la Acusación, peticionó el sobreseimiento de su asistido, y se opuso al testimonio del padre de la menor en Juicio, tanto como al de dos integrantes del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito. Dos días después el Juez del acto rechazó el cuestionamiento, elevó el caso a Debate sobre la base fáctica y jurídica de la Acusación, y rechazó las oposiciones a la prueba ofrecida por la Fiscal.-

En fecha 27/4/015 se llevó a cabo el Juicio Oral. En su transcurso, la Defensa solicitó la inconstitucionalidad del art. 269 del CPPCh.; la nulidad de la validación psicológica de las entrevistas efectuadas en sede Fiscal a la víctima, por no haber tenido tratamiento de pericia; la invalidación de la Acusación por indeterminación temporal de los hechos reprochados; la insuficiencia probatoria de los elementos de cargo obtenidos por el Acusador Público para superar el estado de inocencia del encartado; en subsidio, impetró, ya en la cesura, la inconstitucionalidad del art. 119 del CP. en orden a la escala agravada del Abuso sexual gravemente ultrajante, que coincide con la propia del Abuso cometido mediante acceso carnal, en su criterio en violación al principio de culpabilidad.-

El Ministerio Fiscal se opuso a todos esos planteos. En lo que aquí interesa, el Tribunal rechazó los primeros tres de los enunciados,

aceptó parcialmente el cuarto, totalmente el quinto, y en definitiva, condenó a G. a la pena de seis años y seis meses de prisión como autor de un hecho de Abuso sexual gravemente ultrajante, por el restante lo absolvió en base al beneficio de la duda, ya que del relato de la menor no pudo determinarse si ocurrió antes o después que cumpliera trece años la victima, pues en este último supuesto debía verificarse alguna de las modalidades comisivas del actual art. 118 del CP., lo que no sucedió. A ello le agregó un Abuso sexual simple agravado por la convivencia, en calidad de delito continuado, que hizo concurrir materialmente con el anterior ilícito de los aludidos.-

En la impugnación ordinaria, tanto por escrito como oralmente en la Audiencia del art. 385 del CPPCh., la Defensa reiteró los planteos efectuados en la instancia anterior, en función de la misma argumentación. Y a su vez el Ministerio Fiscal se opuso en iguales términos en que lo vino haciendo, impetrando la confirmación de la Sentencia de grado.-

Tanto la argumentación de la Defensa en su contenido, así como la del Acusador Público, y la utilizada por el Tribunal de grado, serán motivo de referencia y análisis en los acápites siguientes, dentro de los límites que marca el art. 369 del CPPCh., que prohíbe reformar en perjuicio del acusado ala decisión recurrida.-

Por ende, no serán materia de esta exposición, ni el hecho identificado como Abuso sexual gravemente ultrajante excluido de la condena, ni la escala determinada por el Tribunal de Juicio en virtud de la aplicación del principio constitucional de culpabilidad, excepto en el ítem específico de la

individualización de la pena fijada, que sí ha sido motivo de agravio, en el sentido de su reducción.-

II.- El art. 269 del CPPCh. establece un término de quince días, "ordenatorio" reza textualmente, en el cual el Ministerio Fiscal, una vez anoticiado de la posible comisión de un delito, debe decidir entre la desestimación de la denuncia o las actuaciones policiales, criterio asociado a que aquello que se conoció no configura un ilícito penal; el archivo, decisión que involucra la indeterminación de la autoría y/o participación criminal, o la imposibilidad de reunir evidencias o de proceder (art. 41, o alguno de los supuestos del art. 52, ambos del CPPCh.); la aplicación de un criterio de oportunidad, supuesto en el cual en principio sí se cometió un delito, pero el Acusador Público decide fundadamente no ejercer la acción penal pública; la convocatoria a una audiencia de conciliación, disparador de un modo alternativo de solución del conflicto, distinto a la pretensión punitiva; por fin , la solicitud de la apertura de la investigación penal preparatoria, caso en el que debe existir convicción en la posible comisión de un delito, e individualización de su autor y/o partícipes.-

Es claro que si existe convicción en la comisión de un delito, pero no se conoce a sus partícipes, vocablo usado en sentido amplio, no tendría razón interpretar el término de quince días de la averiguación preliminar como de carácter perentorio, más allá de su texto, pues la procura en salvaguardar la agilidad del trámite no tendría destinatario individualizado. Algo similar ocurriría, aunque por otras razones, con el archivo, la imposibilidad de proceder, la adopción de un criterio de oportunidad o la

habilitación de una etapa de conciliación.-

La chance cabría únicamente, entonces, cuando el Ministerio Fiscal decide, luego de agotado dicho plazo, o vencido, solicitar la apertura de la investigación. Y su fundamento se encontraría asociado íntimamente a la duración de esta, y del proceso en general (arts. 282, 283, 146 CPPCh.).-

La mayoría de las normas señaladas sufrieron modificaciones en la reforma procesal del año 2010 (Ley XV nº 15 , Dto. Nº 1368/10), que alteró el diagrama del Legislador originario en pos de dotar de mayores herramientas, desde la concesión de más tiempo, a la persecución penal. Desde ya que es posible coincidir o no con ello, pero la Ley ritual actualmente es clara y el Superior Tribunal de Justicia la ha refrendado en una buena cantidad de pronunciamientos, en el sentido indicado (por ejemplo sentencia nº 61/12 entre otras).-

Aquí, desde lo que surge de la pura letra de las normas adjetivas, a partir de la reseña efectuada al principio de este sufragio, todo lo actuado lo fue dentro de los márgenes legales previstos. No han transcurrido tres años desde la Audiencia del art. 274 del CPPCh. a la fecha, y la etapa preparatoria no excedió del lapso reglamentado. Por ende la colisión de constitucionalidad entre el art. 269 y algún valor superior a salvaguardar, no fue explicada, y desde la óptica apuntada, directamente no existe.-

Ahora bien, si el planteo hubiese sido enderezado a señalar una utilización irracional del tiempo total del trámite, desde que se efectuó la denuncia, en la cual había delito y presunto autor, hasta el presente, tomando

como parámetro el indicador objetivo proporcionado por el art. 146 del rito, en tanto reglamentario de garantía procesal incluida en la Convención Americana de Derechos Humanos, situada en el vértice de constitucionalidad federal (art. 75 inc. 22 CN.), al menos se podría haber instalado el tema.-

Pero ese no fue el contenido de la argumentación de la peticionante, que se limitó a sostener que el plazo de la norma que cuestionaba debía ser conceptualizado como perentorio, cuando no contiene una sanción procesal para el supuesto de expiración, y como hemos visto, en algunas hipótesis hasta resulta contradictorio que exista.-

En líneas generales, la respuesta del A-quo transitó el sendero apuntado, por lo cual el agravio no debe prosperar.-

III.- Vinculado parcialmente a ello, se nos convoca a expedirnos sobre la naturaleza de la mentada Averiguación Preliminar. Esta claro que allí, salvo excepciones (arts. 172, 173, 181, 279 etc.), no existe actividad jurisdiccional, y que todo lo que haga el Ministerio Fiscal tiene como fin determinar una verosimilitud provisoria de la denuncia o actuación policial relacionada a un presunto delito. No debe reemplazar a la etapa preparatoria, pues dejaría a esta sin sentido, y fundamentalmente, privaría al imputado del derecho a controlar la evidencia que surja de las medidas a adoptarse.-

Ahora bien, las entrevistas efectuadas entre la psicóloga forense y la víctima en el segmento aludido, y el informe correspondiente, deben ser entendidos en el contexto de aquella validación provisoria de la versión de la joven, destinada a descartar mendacidad o fabulación.-

No constituye una pericia, pero existe dentro del menú de

alternativas del Fiscal en la averiguación preliminar. En todo caso posee un mérito menor, pero ello ya es un tema de apreciación probatoria, bastante distante la cuestión a la de validez deducida por la impugnante. Será materia de tratamiento en el agravio respectivo.-

La Convención de los Derechos del Niño obliga a no convocar permanentemente a los menores víctimas de delitos, a revivir procesalmente experiencias sin duda traumáticas. Por ende, quizás el método aconsejable consista en realizar una entrevista de validación preliminar, previa a la apertura de investigación, y luego, sí, alguna indagación mayor, desde ya que posibilitando el control de la Defensa.-

En el sub-judice ocurrió parte de todo ello. Se efectuaron las entrevistas en el contexto de la Averiguación Preliminar, pero se dio aviso al sospechado y su representación letrada, que bien pudieron acudir con un consultor técnico, obtener testimonio de las mismas, y desde allí, propiciar una contra prueba.-

No lo hicieron, y tal como bien lo expresó el A-quo, habiendo quedado a salvo el derecho de defensa, la metodología utilizada en el caso por el Acusador queda en el campo de lo opinable, pero no de lo inválido. Tampoco esta queja entonces ha de prosperar.-

IV.- En lo que refiere a la nulidad de la Acusación, y a la supuesta arbitrariedad de la lógica el Fallo en crisis, no he de agregar demasiado, pues los Magistrados de la instancia anterior han sido generosos en referencias al método de evaluación de esta clase de reproches que ha seguido históricamente esta Cámara, y aún mantiene, por lo cual habiendo sido dicha

respuesta jurisdiccional atinada y compatible con el caso, en esencia cabe remitirse a ella.-

Usualmente el término hipótesis nos conduce al concepto de verdad, y allí apuntó la esforzada Defensora el núcleo de sus críticas, aduciendo que solo por medio de arbitrariedad en la valoración de la prueba fue posible para el A-quo adoptar el temperamento condenatorio en análisis, pero no contrapuso otra hipótesis, sino que intentó explicar que en realidad la joven víctima, y su tía materna, eslabón fundamental en la revelación de los hechos, tenían encono hacia su madre y G., sin dar demasiadas precisiones sobre la causa de ello, y que por tanto lo denunciado sería mendaz.

Hemos expresado en diversas ocasiones que la reconstrucción de la verdad material de lo acontecido, como objetivo histórico del proceso penal, ha perdido cierta vigencia en beneficio de otra clase de verdad, la "dialéctica" o "procesal", en la que mucho tienen que ver las partes, sus proposiciones, actividad, más aún, o a partir de, la adopción estadual de un sistema de enjuiciamiento penal que responde al sesgo acusatorio y adversarial, caracterizador de la Ley vigente.-

No significa que lo realmente ocurrido no tenga trascendencia, sino que ante la imposibilidad de reproducirlo tal cual sucedió, exactamente, lo que resulta inalcanzable aún en los términos de la ciencia de la que hoy disponemos, debemos conformarnos, partiendo de un evento de la realidad, con explicaciones racionales del mismo, las que quedan a cargo de las partes, y deben cumplir con determinados estándares probatorios, los que varían conforme a cada tipo penal y sus particularidades.-

De eso hablamos cuando asignamos responsabilidad penal "más allá de toda duda razonable", y que se ha logrado superar el estado de inocencia, pues la reproducción de lo acaecido, si lo que se pretende es adjudicar responsabilidad penal, debe superar tal vallado constitucional.-

Entonces, lo que aquí se aprecia es que el Acusador Público presentó un caso en el que una joven que sufrió ultrajes a lo largo del tiempo, y ante la inminencia que los mismos se repitan y/o profundicen, reveló a una tía la situación, lo que fue trasladado a su padre, ignorado de alguna forma por su madre, en una evidente tensión afectiva entre su hija y su pareja, que se demostró claramente cuando la primera, luego de residir en otra morada, corrió el riesgo de regresar donde había sufrido los ultrajes, y por ende manifestó lo sucedido.-

Vale aclarar que en los supuestos de Abuso sexual intrafamiliar donde el sujeto activo resulta ser un conviviente, del pasivo, una menor, es bastante usual que el rol de la madre de esta, a su vez pareja del primero, adopte un carácter ambivalente, producto justamente de la tensión afectiva señalada, ignorando lo evidente en la vida diaria, en muchos casos presenciando la revelación de los sucesos, formulando denuncias que posteriormente se pretende retirar, o invalidar, tomando contacto fluido con el acusado y perdiéndolo a lo largo del proceso, pulso emocional al compás del cual varían sus versiones de lo sucedido.-

La situación aún se torna más compleja si el imputado es el único sostén económico familiar.-

Por todo ello, el mérito que se impone realizar de la

conducta de personas en tal situación requiere extrema cautela, y sirve para responder al interrogante de la Defensa respecto de la imposibilidad que durante tanto tiempo hayan ocurrido los hechos denunciados sin que "nadie" lo percibiera, pues "nadie" aquí es una madre en dicha coyuntura, u otros menores.-

La potencia de la versión de la joven, corroborada en su veracidad por indicios, esquema compatible con la clase de injusto del que hablamos, ha significado una explicación sólida de lo ocurrido, contra la cual solo se ha levantado un muro de negaciones o de hipótesis carentes de anclaje probatorio.-

Como derivación de lo referenciado, la crítica atinente a la ausencia de especificación de las fechas exactas de los eventos reprochados, pierde fuerza ante el carácter intrafamiliar de los ultrajes, ocurridos en un contexto de intimidad, de lo que deriva la imposibilidad de determinarlas, pero ello bajo ningún concepto resta validez a la pieza acusatoria, en los términos del art. 291 del CPPCh., pues en todo momento ha podido ejercerse el derecho de defensa, entendido este como contralor de la prueba ajena, proposición de la propia y facultad postulatoria, en definitiva extremo constitucional que la norma citada intenta resguardar.-

Nos hemos pronunciado, entre otras, 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, por lo cual comunicó una versión 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, la Defensa ha criticado que la Psicóloga Forense ha mantenido una serie de entrevistas con la joven, fruto de las que elaboró un informe, actividad sobre la que si tuvo posibilidad de control, no obstante haber sido realizadas en la etapa de la Averiguación Preliminar. Por tal razón no es posible, reiteramos, tomar tal pieza como “prueba pericial”, pues no se han cumplido los recaudos de los arts. 195 y ssgts. del CPPCh., pero sí como

acopio de información, luego convertida en elemento de convicción incorporado al Debate.-

No obstante, lo más relevante de plexo ha sido la propia versión de la menor, la cual no es posible desmerecer desde la crítica consistente en que cuando la brindó, durante el Juicio, ya tenía otra edad, y experiencia. Precisamente, su relato lució con una cohesión y firmeza que no fueron producto de una "construcción", sino de su edad actual, y de su verosimilitud a tenor de las consabidas coherencias interna y externa de tal versión.-

Necesariamente debemos partir del extremo que la joven había sufrido un ultraje a la libertad sexual durante un tiempo prolongado por parte de la pareja de su madre; que se lo había comunicado a su prima, después a su tía, luego a su padre, siempre en similares términos, todo ante el temor de regresar al hogar de su progenitora, donde ocurrieron los sucesos, del que se había ausentado temporalmente.-

La Defensa ha cuestionado que en la denuncia se aludió a un acceso carnal por vía anal, no verificado luego, elevándolo a indicio de mendacidad, aunque ello, más allá de ser un extremo aislado, se debió más a un error de comprensión del padre de la víctima, quién seguramente recibió la noticia en un estado de conmoción, que a un cambio en las expresiones de la menor sobre lo sucedido.-

Su versión se vio reforzada por las expresiones de su tía, N. F., su padre, M. S., los que relataron lo acaecido afincando la hipótesis de la Acusación. Luego la experta forense, hizo lo propio, agregando los efectos de

los hechos sufridos en la conducta de R., a lo que coadyuvaron la Licenciada M. del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito, y la Psicóloga tratante, C..-

En resumidas cuentas, y en virtud del método con el que evaluamos esta clase de episodios delictivos, el plexo acopiado resultaba suficiente para vencer el estado de inocencia, fundamentalmente por lo ya expresado, que los estándares de apreciación probatoria a tal fin mucho dependen del injusto de que se trate.-

Por ende, y retornando al concepto de verdad expresado al comienzo, el Acusador logró proponer una explicación racional y comprobada de lo ocurrido, la Defensa aludió a una gran construcción mendaz derivada de otros motivos, lo que no paso de ser un mero recurso argumental.-

Así se expidió el Tribunal de grado, y por lo expuesto debe su decisión ser confirmada.-

V.- Considero útil reiterar aquí conceptos vertidos en la Carpeta judicial nro. 5108, sentencia de este Tribunal nº 25/14 "Peralta"): "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".-

"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)".-

Como también expresan De Luca y López Casariego en la obra indicada, al supuesto gravemente ultrajante se llega tanto por el tenor del acto, como por su duración. Aquí los Jueces de grado dejaron en pie un suceso de los dos de tal tipología que contenía la Acusación originalmente, y al otro hecho, calificado como Abuso simple, agravado por la convivencia entre autor y víctima, lo consideraron un delito continuado, es decir, un solo episodio. Auque tampoco hubiese estado fuera de las posibilidades considerar la conducta de G. como un solo supuesto, de modalidad ultrajante, específicamente en atención a su duración.-

No obstante, hubo agravio sobre la naturaleza jurídica del primero de los eventos enunciados, ya aludimos al imperio del art. 369 del CPPCh. aunque si una reformulación de la escala por el Tribunal de grado, que partía de cinco años y cuatro meses de prisión, sanción que quedó individualizada en seis años y seis meses.-

Con dicho cuadro, la edad de la menor, la convivencia, y el suceso caratulado como gravemente ultrajante, ya fueron considerados en la tipificación, por lo cual no pueden serlo de manera agravante nuevamente en la dosimetría, a riesgo, en contrario, de vulnerar el imperativo "ne bis in ídem".-

Solo los dos eventos endilgados, ya que el daño causado,

íntimamente vinculado al tiempo transcurrido, también fue tenido también en cuenta de algún modo en la tipificación, pueden operar como elemento de peso para elevar el monto de la pena en el sub-judice.-

Soy de la idea que corresponde partir desde el límite inferior de las escalas, siguiendo a la corriente doctrinaria que se identifica con la limitación máxima de la respuesta contingente, a lo que se impone agregar que la carencia de antecedentes computables y el tiempo insumido en la tramitación del caso, entendiendo por ello vigencia de la "sospecha", que posee efectos solo en este rubro, lo hacen en carácter de atenuantes.-

Con tal panorama, es posible alejarse de dicho mínimo, aunque no demasiado, por lo que hemos coincidido en determinar la sanción en cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y las costas del proceso. Así voto.-

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

I.- En honor a la brevedad me remito íntegramente a la reseña expuesta por el Dr. Montenovo, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en esta etapa del proceso, los que deben ser analizados en este decisorio.-

Inicialmente la impugnante denuncia que la valoración de la prueba por los juzgadores deviene en un apreciación incompleta y parcializada de los hechos; asimismo que no dieron tratamiento a cuestiones introducidas por la parte y por último que lo fundamentos vertidos en el fallo lucen huérfanos y contradictorios, inhábiles para sostener la materialidad del hecho, la responsabilidad y culpabilidad de su asistido, lo que torna arbitraria

la sentencia y por lo tanto factible de ser revocada.-

Por una cuestión de orden metodológico deben tratarse inicialmente los agravios vinculados a las cuestiones que dice la impugnante introdujo en el juicio y que no fueron debidamente tratadas por los jueces del Tribunal, entre ellas la inconstitucionalidad del art. 269 del C.P.P. y la nulidad de la acusación por su implicancia para con todo el proceso, en tanto que la nulidad de la validación del relato de la menor será tratado al momento de analizar la valoración de la prueba por los sentenciantes.-

1.- Inconstitucionalidad del art. 269 del Código Procesal Penal.-

La defensa insiste en esta instancia con la solicitud cursada a los jueces de juicio de declarar la inconstitucionalidad del carácter ordenatorio del plazo contenido en el art. 269 del C.P.P. por considerar que dicho plazo puede ser extendido incluso más allá que el otorgado para la investigación preparatoria, denunciando que en el caso el período de sospecha se extendió por más de un año afectando gravemente el plazo razonable, vulnerado de tal manera el principio de legalidad y el derecho defensa del imputado.-

Ahora bien tal planteo se diluye frente a la ausencia de agravio concreto, es decir la falta de identificación del perjuicio que habría provocado la extensión desmedida de la averiguación preliminar que llevaron adelante los fiscales y en consecuencia los derechos afectados. En tal dirección resultan ajustadas las respuestas brindadas por los sentenciantes en cuanto la parte no informó, ni fundamentó, el agravio concreto que le

causaría la norma, vale decir, cual es el derecho de raigambre constitucional que su aplicación ha impedido o limitado, (del voto del Dr. Juárez), o bien, que el planteo ha transitado por carriles eminentemente abstractos e hipotéticos, sin demostrar mínimamente qué derechos de los que se le reconocen a su pupilo en normas de jerarquía constitucional son los que, en este caso, se habrían vulnerado por aplicación de la disposición ritual que cuestiona (del voto del Dr. Nicosia).-

Puedo compartir algunas de las críticas que formula la impugnante respecto a la última reforma legislativa a la norma en cuestión, en cuanto asigna al plazo allí establecido carácter ordenatorio lo que no debe importar para el órgano acusador una facultad discrecional y arbitraria sin límites temporales que desnaturalice los ejes del proceso, como es el principio de legalidad en la persecución penal, solapando una derogación de la garantía del plazo razonable de juzgamiento.-

Ahora bien en el caso puntual el Ministerio Público Fiscal dispuso o resolvió la apertura de la investigación preparatoria el 17 de agosto de 2012, en función de los resultados obtenidos en la averiguación preliminar iniciada a partir de la denuncia radicada por el padre de la menor víctima el 8 de febrero de 2012 conforme lo habilita el art. 238 del ritual. Durante la misma se realizaron entrevistas y se requirieron diversos informes que demandaron seis meses, lapso que en principio no luce como irrazonable, pero además de ello algunas de esas probanzas se llevaron adelante posibilitando el contralor de la defensa cuando incluso no se encontraban sujetas a tal control o supervisión jurisdiccional, lo que fue

verificado por los jueces del Tribunal para pronunciarse en sentido contrario a la pretensión de la parte.-

Sin perjuicio de ello corresponde señalar que sí hemos advertido demoras en el trámite judicial que no encuentran mayor explicación en función de lo actuado, pues desde que el órgano acusador formuló requerimiento de apertura transcurrieron casi siete meses hasta concretar la audiencia del art. 274 del C.P.P., oportunidad en la que el Juez otorgó seis meses para concluir la investigación cuando las medidas esenciales ya estaban cumplidas y que el juicio oral y público se realizó a un año y cuatro meses de resuelta la apertura del mismo, pero nada de ello ha sido observado o cuestionado por la defensa.-

Como ya señalara la impugnante no fundamentó suficiente y debidamente el agravio quedando como inconcluso; no solo omitió hacer referencia al supuesto perjuicio ocasionado, sino también no propuso una solución concreta, sin ilustrar o explicar cuales serían los parámetros temporales a tener en cuenta para poder afirmar que en el caso se agotó el plazo de duración máximo del procedimiento en función de una interpretación progresiva; y en definitiva en la especie desde la apertura de la investigación preparatoria ocurrida el 12 de marzo de 2013 a la fecha no han transcurrido los tres años que establece el art. 146 del C.P.P., por lo tanto corresponde el rechazo del agravio, lo que así voto.-

2.- Nulidad de la acusación.-

La Defensa sostiene que el resultado de la etapa de investigación no fue satisfactoria y que ello se refleja en la falta de precisión

de los hechos atribuidos a su asistido tanto en el requerimiento de apertura de la investigación como en la acusación y por ende en la sentencia, solicitando la nulidad de la pieza acusatoria.-

Se extrae de lo actuado que la Sra. Defensora de Confianza reedita el planteo formulado tanto en la audiencia preliminar como en le juicio habiendo obtenido en ambas instancias procesales una respuesta negativa, cuestionando en esta oportunidad el decisorio de los jueces del Tribunal al considerar que carece de motivación suficiente la respuesta brindada al planteo nulidicente.-

Puntualmente observa el acto por cuanto resultan indeterminadas las circunstancias de tiempo, modo y cantidad de hechos.-

Para dar respuesta considero necesario reproducir los hechos por los que fuera condenado el Sr. G. de la manera que lo expusiera el Ministerio Público Fiscal en la acusación: "que en fechas indeterminadas, entre el mes de diciembre de 2007 y diciembre de 2010 cuando la menor R. J. S. tenía entre 9 y 12 años de edad, en la vivienda ubicada en calle X nº X, del Barrio X de esta ciudad, donde residía el grupo familiar conformado por L. V. F. y sus dos hijas menores –R. J. S. y A. M. S.- su pareja R. R. G. y la hija en común M. G. en reiteradas e indeterminadas veces manoseó a la menor R. J. S. en la zona de los genitales por debajo de las ropas y al menos en dos oportunidades le practicó sexo oral a la niña víctima" (del sufragio de la Dra. Tasello que lideró la votación).-

Entiendo pertinente destacar que los hechos atribuidos se han mantenido al detalle a lo largo del proceso y no advierto una

indeterminación tal que obstaculice de algún modo el pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio como denuncia la impugnante quedando como una expresión genérica carente de seriedad crítica sobre el punto. Así extraigo de lo actuado que ha podido responder a los cargos basando su estrategia en la insuficiencia de las pruebas propuestas por el Ministerio Público Fiscal para acreditar la materialidad y autoría de los hechos, como así también subsidiariamente, cuestionar la calificación jurídica asignada.-

Surge de la acusación una pluralidad de hechos con indicación de la víctima, del lugar preciso donde acontecieron, las características principales de la modalidad de comisión y el lapso de tiempo en el que ocurrieron, todo lo cual otorgaba al imputado suficiente y debida información para que ejerciera con plenitud su derecho de defensa, lo que se verifica desde el inicio mismo del proceso, en tal sentido esta Cámara ya se ha pronunciado en la Carpeta Nº 1098 de la Oficina Judicial de Sarmiento, sentencia Nº 24 de fecha 3 de septiembre de 2013; por lo tanto adherido al criterio seguido por el colega preopinante para concluir que debe rechazarse también este agravio.-

3.- Valoración de la prueba –orfandad probatoria- Cámara Gessel.-

Como ya dejara sentado al iniciar mi sufragio trataré en primer término la nulidad de la validación psicológica del relato de la menor efectuado en sede fiscal por no haber tenido tratamiento de pericia y cuya validez la defensa ha puesto en tela de juicio desde el inicio del juicio pretendiendo la exclusión de la misma.-

a.- La Dra. D. solicita específicamente la nulidad del informe de validación del relato de la víctima menor realizada por la Psicóloga del Cuerpo Médico Forense, Lic. Mariana Sánchez, conforme a lo normado en el art. 164 del C.P.P., por entender que con estas entrevistas la Fiscalía realizó una pericia encubierta antes de la apertura de investigación, y al tratarse de un medio de prueba vinculante para fundamentar la condena, el imputado por desconocimiento de la imputación que se le atribuida no pudo controlar dicho acto en forma válida, viendo así vulnerado gravemente su derecho de defensa.-

Sobre el particular los jueces se han expedido coincidentemente por el rechazo del planteo en razón que la información requerida por el Ministerio Público Fiscal a la profesional, ha sido en el marco de la averiguación preliminar a fin de que por vía de entrevistas con la víctima determinara en base a su relato la existencia de indicadores de verosimilitud y veracidad tendientes al esclarecimiento y averiguación de los hechos y su autor -art. 268 del C.P.P.- y que para la realización de la misma no se requería autorización jurisdiccional por no tratarse de actos definitivos e irreproducibles, quedando sujeta al contradictorio durante el juicio.-

También ponen de resalto que no obstante resultar una medida que no requería del control judicial, la Fiscal puso en conocimiento tanto del acusado, en forma personal, como su Defensora de Confianza con debida antelación la realización de la diligencia, otorgándole la posibilidad concreta de controlarla, avalando la postura con precedentes jurisprudenciales de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia.-

Sabemos que los jueces penales deben garantizar debidamente el correcto ejercicio del derecho de defensa y ello importa asegurar la participación del imputado en los actos esenciales del proceso, no solo mediante la asistencia técnica sino también permitiendo el efectivo control de las diligencias y postulación de argumentos; ahora bien ello es a partir de que comienza el proceso y no antes, lo que acontece con la apertura de la investigación conforme el art. 274 del C.P.P. acto en el cual se le hace conocer al imputado el o los hechos que se le atribuyen.-

El ritual al regular la averiguación preliminar –art. 268- no impone al Ministerio Público Fiscal anoticiar al imputado, no obstante con buen criterio, en el caso bajo análisis procedieron a notificarlo, como así también a su defensora de la realización de las entrevistas a la menor con un profesional, lo que no se encuentra en discusión.-

Tal acto por su naturaleza y característica no se trataba de aquellos que pueden ser considerados como definitivos e irreproducibles, ya que de lo contrario debía apelarse a la autorización judicial, y en definitiva la menor víctima presta declaración en cámara Gessel durante el juicio con intervención de la Lic. Mariana Sánchez del Cuerpo Médico Forense, para luego declarar la experta sobre las técnicas de abordaje y su opinión acerca de la veracidad del relato contribuyendo de tal modo a la apreciación del testimonio de la menor, prueba propuesta por el órgano acusador en la acusación con debido tratamiento en la audiencia preliminar, sin objeción ni propuesta de otro profesional para que intervenga por parte de la defensa.-

En síntesis ésta es la prueba que ha ponderado el Tribunal

de juicio y la Defensa contó en forma cierta con la posibilidad de controlarla y fiscalizarla, además de contraexaminar a los testigos, por lo que mal puede alegar una lesión al derecho de defensa, por lo tanto la pretendida invalidación deviene improcedente y corresponde el rechazo del plateo, lo que así voto.-

b.- Pasando ya al agravio vinculado a la valoración de prueba, la crítica de la recurrente se dirige al razonamiento construido por los jueces del Tribunal y al modo parcializado e incriminatorio que fuera valorado el plexo probatorio para arribar al pronunciamiento condenatorio.-

Se extrae de las actuaciones y registros del juicio que el imputado ha negado los hechos que le atribuye el Ministerio Público Fiscal , adjudicando el origen de la denuncia a una venganza por parte del padre de la menor, H. S.. Cabe entonces el cotejo de posiciones completamente distintas y ello sugiere a efectos de estar a una de ellas que necesariamente se deben brindar argumentos por los que se toma una y se descarta la otra a riesgo de incurrir en arbitrariedad en caso contrario.-

Esta es una de las premisas para analizar el caso y la otra se vincula con las características propias de los abusos sexuales infantiles (ASI) en los que se impone confrontar la versión de la víctima con el resto de la prueba para rescatar indicadores de credibilidad de la misma, dado que las conductas se desarrollan en un contexto de intimidad que impide generalmente contar con testigos directos; en tal dirección ya nos hemos expedido en las Carpetas Nº 1050, Oficina Judicial de Sarmiento, sentencia Nº 11 del 15/5/2013 y Carpeta Nº 4224, Sentencia Nº 38, de fecha

18/12/2013.-

En primer lugar la víctima ha mantenido su versión en forma coherente a lo largo del tiempo; así desde el momento en que develó los hechos a sus familiares, llevando a su padre a radicar la denuncia, las posteriores entrevistas mantenidas en el ámbito de la Fiscalía en el marco de la averiguación preliminar y la declaración brindada durante el juicio en cámara Gessel no ha alterado su relato en cuanto a los padecimientos vividos, sin perjuicio de algunas variaciones en detalles menores que no le restan entidad, lo que no ha escapado al análisis de los sentenciantes.-

Sobre el particular la Defensa formula uno de sus cuestionamientos pues considera que estando a dichos de su tía y de su padre la menor dio versiones distintas respecto a la modalidad y entidad de los abusos, y que ello es un indicio de mendacidad.-

No puede escapar a este análisis que ciertamente el transcurso de tiempo puede influir sensiblemente a nivel memoria pero el relato de la joven resulta auténtico, sin fisuras, sólido sin responder a esquemas, como así también que al momento de la declaración la víctima tenía 16 años y según la impugnante otra experiencia, circunstancia que otorga mayor cohesión a contrario de su opinión.-

Los Jueces del Tribunal no han dejado de atender que se trata de un supuesto de abuso sexual intrafamiliar en el que el autor resulta ser un conviviente de la menor víctima y en ese contexto, además del tiempo que duraron los abusos, las circunstancias y motivos por los que devela tal padecimiento adjudican mayor contundencia al relato. Es indudable a la luz

de la lógica y la experiencia que R. temía regresar a su casa y que la pareja de su madre continuara con los abusos, determinándola no solo a ausentare del hogar sino también a requerir ayuda informando sus padecimientos en primer término a su prima, luego a su tía y finalmente a su padre.-

Así la coherencia del relato también se ve reforzada por los dichos de su tía y su padre, y cobra importancia la validación psicológica llevada adelante por la Lic. Mariana Sánchez quien de acuerdo a sus observaciones tanto al momento de mantener entrevistas en el ámbito de la Fiscalía como al declarar en cámara Gessel y conforme múltiples indicadores consideró válido y creíble el relato descartando la posibilidad de fabulación o influencia de terceras personas, y avalando estas conclusiones se expidieron tanto la Licenciada Massia del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito como la Psicóloga tratante G. C..-

Además de ello los Jueces se han encargado de responder y descartar los argumentos esgrimidos por el encartado en ejercicio de su defensa material que ha consistido en una genérica negación de los hechos y en la existencia de un presunto complot de S. y la menor para perjudicarlo, no resistiendo frente a la contundencia de la prueba reunida en su contra, como así tampoco al más elemental análisis, desde que no encuentra explicación tal posibilidad dado que el padre de la adolescente no tenía una relación fluida con su hija, sino más bien distante a la que veía esporádicamente.-

c.- La impugnante durante el desarrollo de sus argumentos en la audiencia del art. 385 del C.P.P. también ha señalado que

no se extrae de la sentencia cual ha sido el razonamiento seguido por los jueces para absolver a su asistido por uno de los hechos calificados como abuso sexual gravemente ultrajante –art. 119 2do párrafo del C.P.- y para condenarlo por el otro, por lo tanto también correspondería la absolución, solicitando subsidiariamente que el reproche se limite a los hechos calificados como abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia preexistente –art. 119 1er y 4to párrafo inc. g) del C.P.- y la consecuente disminución de la sanción.-

Tal afirmación no encuentra apoyo y los jueces con suficientes y debidos fundamentos explican el motivo por el que deciden absolver a G. por uno de los hechos calificado como abuso sexual gravemente ultrajante haciendo operativo a favor del imputado el principio in dubio pro reo –art. 44 C.Ch. y 28 del C.P.P.-; claramente exponen que no se pudo determinar, en función de la versión de la niña, la edad que tenía al momento del segundo hecho cuando la imputación solo comprende episodios ocurridos entre diciembre de 2007 y diciembre de 2010 cuando la víctima contaba entre 9 y 12 años de edad, por ende no existe referencia temporal que permita afirmar con el grado de certeza que requiere la instancia que el mismo ocurrió dentro de dicho lapso y la solución es la acertada, no formulando la impugnante otra crítica a la significación jurídica asignada por el Tribunal a las conductas que en definitiva se le reprochan.-

Para concluir no puedo más que afirmar que los jueces han ponderado en forma completa el plexo probatorio, lo confrontaron y le asignaron valor a cada una de ellas, fundamentando sus conclusiones,

resultando claro el razonamiento seguido para concluir por el reproche, por ello en relación a este agravio también voto por la negativa.-

4.- Por último, en función del pedido de reducción de la pena que formuló la impugnante en la audiencia, en el proceso deliberativo hemos considerado que corresponde una readecuación de la misma, aunque por otros motivos que paso a exponer.-

El tribunal de grado ha declarado la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en el art. 119 del C.P. para los supuestos de agravamiento del abuso sexual gravemente ultrajante y parte de tal manera de un mínimo de cinco años y cuatro meses de prisión, individualizándola en el caso en seis años y seis meses de prisión.-

Por otra parte la acusación no prosperó en relación al segundo hecho calificado como abuso sexual gravemente ultrajante y los hechos calificados como abuso sexual simple, siempre agravados por la situación de convivencia, han sido considerados como un delito continuado, es decir, como un solo episodio.-

No puede escapar a este análisis en función de verificar que no se encuentre afectado el principio “ne bis in idem”, que el delito de abuso sexual gravemente ultrajante se configura no solo por la entidad del acto sino también por su duración, y bien pudieron los sentenciantes considerar la conducta del acusado como un solo supuesto gravemente ultrajante en atención precisamente a la duración de los abusos.-

Frente a este contexto pautas tales como la edad de la víctima, la modalidad de las prácticas o la convivencia ya se encuentran

abarcados en la tipificación legal y no pueden ser considerados a los fines de la dosimetría de la pena como agravantes, y si aditamos el tiempo que demandó el trámite judicial y la falta de antecedentes penales, corresponde disminuir el monto de la pena determinándola en cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas.-

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

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Montenovo, 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) Pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 269 CPP: sin perjuicio del acierto legislativo, o su crítica en cuanto a calificar de "ordenatorio" el plazo procesal allí establecido; como así también, más allá de lo apropiado o no, de la extensión que el Ministerio Fiscal le ha dado en el caso, a la etapa preliminar, y la forma en general de conducir la investigación; lo cierto es que, en definitiva, a la fecha no se verifica una lesión, en concreto, a la garantía del plazo razonable de juzgamiento, conforme la legislación aplicable en esta materia, y susceptible de incidir en la decisión que debe adoptarse en la presente instancia. Por ello, corresponde no hacer lugar a la solicitud referida.-

2) La validación del relato: en el caso concreto, lo que ocurrió es que no se ha contado con un relato de la víctima, hasta la etapa de la audiencia de debate, toda vez que recién en ella se recepcionó su

testimonio en la modalidad de Cámara Gesell. Entonces, toda la controversia en torno a la "naturaleza" de la intervención de la Psicóloga en la etapa preparatoria –prueba pericial, testimonial, etc., y alcances del contralor por la Defensa-, carece en mi opinión de mayor relevancia práctica, ya que al no contarse en aquel momento con la fuente de conocimiento principal sobre los hechos, es decir la deposición de la niña, resultó acotado el margen de actuación de la profesional, y su incidencia en el cuadro probatorio.-

Por su parte, una vez que se obtuvo la versión de la ofendida, se aprecia claramente de la videograbación de la Cámara Gesell, que se trata de una adolescente madura, quien se expresa con un lenguaje muy claro y preciso, corroborándose así lo informado por la Psicóloga forense en cuanto a su normalidad psíquica, todo ello fácilmente apreciable a través del principio de inmediación –limitado en el caso solo por la técnica de recepción de la declaración (registro filmado)-. Independientemente de todo lo expuesto precedentemente, lo cierto es que según jurisprudencia constante y reiterada de la Sala Penal del STJ provincial, no corresponde adjudicarle carácter de prueba pericial desde el punto de vista técnico-procesal, a la denominada "validación" del relato; por lo que en consecuencia, el fallo impugnado merece ser objeto de confirmación en este punto, y debe rechazarse el agravio defensista. Adviértase también, a mayor abundamiento, que pese a las características de aquella primera etapa del proceso, se dio intervención efectiva a la Defensa, lo que nos confirma que no se verifica ninguna irregularidad, ni afectación de garantías constitucionales.-

3) La nulidad de la acusación: aquí también impacta el argumento utilizado previamente, es decir si se llega a la etapa de la audiencia preliminar con una acusación pública, que no se ha edificado sobre la base del relato de la joven víctima, entonces no es mucho lo que puede discutirse sobre la precisión, determinación, etc. de los hechos imputados; toda vez que el material probatorio emana mayormente de testigos de referencia, y en esa medida –limitada- debe apreciarse entonces, el contenido del requerimiento fiscal acusatorio.-

Resulta de aplicación, en el contexto de marras, el criterio según el cual la jurisprudencia del Superior Tribunal 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)”.-

También en el presente se impone, en consecuencia de lo expuesto, la desestimación del gravamen de la Defensa.-

4) Arbitrariedad en la valoración de la prueba: dentro del conjunto de hechos abusivos, la circunstancia tenida en cuenta por el tribunal de juicio, en relación con uno de los hechos calificados como Abuso sexual gravemente ultrajante, que se ha excluido de la condena por la edad de la víctima –más de 13 años-, en nada desmerece el resto de la valoración probatoria de cargo, que será objeto de confirmación en esta instancia.-

En efecto, primeramente hemos de destacar que la reproducción de la declaración de la joven víctima, en Cámara Gesell, nos revela que la actitud de la Psicóloga forense ha sido bastante pasiva, a lo largo del extenso acto, es decir que en modo alguno puede, ni siquiera, sospecharse que la versión de R. no sea el producto exclusivo de su vivencia personal, y solo eso, ni más ni menos. Sobre el final de la deposición, la declarante expresamente se encargó de resaltar que no había tenido antes, ni tampoco ahora, “necesidad de mentir” sobre lo ocurrido.-

En particular, respecto a la práctica del *cunnin lingus*, no es verdad como insinúa la impugnante, que exista la posibilidad de que el relato de la víctima esté contaminado por alguna influencia extraña; efectivamente, no obstante que haya utilizado términos tales como “sexo oral”, y que probablemente ello obedezca a una suerte de tecnicismo que le es ajeno, sin embargo también ha dejado perfectamente en claro que conoce, por su propia experiencia lo que ello significa, y que puede ponerlo en

palabras más contundentes: “él (G.) bajó hasta ahí abajo y me chupó”.-

Advierto que uno de los miembros del tribunal colegiado –el Juez Penal Nicosia-, asimismo, ha observado el lenguaje pulcro de la acusación, cuando refiere a la práctica referida, haciéndolo solo en forma muy genérica –con las palabras que usó la niña en un momento, es decir: “sexo oral”-; lo que cabe atribuir a un proceder que, seguramente, se explica en el esmero por cuidar la terminología, a fin de no herir susceptibilidades, ni ofender el pudor de las víctimas y sus familiares, con relatos más explícitos. Pero en ningún caso ello afecta la credibilidad y sinceridad de la versión.-

En otro orden, y ya en lo relativo a la coherencia de este testimonio de la víctima, pese a los esfuerzos puestos de manifiesto por la Defensa con el fin de “demostrar” inconsistencias de la versión, como así también presuntas contradicciones con el resto del material probatorio, concluimos que en lo fundamental la versión luce consistente, y está plenamente respaldada por la prueba de referencia –deposiciones de familiares-. El núcleo básico de lo que ha podido reconstruirse, en torno al caso, se resume del siguiente modo: la niña víctima transitó por una primera etapa de convivencia con su madre y el autor del hecho, en la que asimiló el modelo de una familia ensamblada, hasta que se dio cuenta que lo que G. le “hacía” a ella –en referencia a las conductas abusivas-, no se lo “hacía” a sus hijos biológicos, es decir que aquel comportamiento no era el de un auténtico padre; por otra parte, también se desprende de su vívido y prolongado relato en Cámara Gesell, que dentro de ese proceso de descubrimiento y

comprensión de su historia de vida, hubo de darse cuenta que H. M. S., es decir su progenitor, en modo alguno se había desentendido de sus hijos biológicos, sino que por el contrario ella siempre podía contar con el, y ello fue lo que determinó que en el proceso de develamiento que da origen a este proceso penal, fueran sobre todo el padre y su entonces pareja, quienes la acompañaron; sumado al convencimiento de que, por el contrario, su madre nunca la respaldaría, prefiriendo hacer de cuenta que "no pasaba nada" –según la interpretación de la joven-, es decir un mecanismo de negación, a la vez que también una actitud de apoyo a su compañero, y al proyecto familiar en el que se encuentra comprometida junto al acusado G..-

En consecuencia, y tal como lo ha postulado el acusador público en su responde al emplazamiento, por vía de remisión a la sentencia impugnada, por todo lo expuesto precedentemente, debe rechazarse el planteo de arbitrariedad del fallo recurrido.-

III.- En la oportunidad de la audiencia del art. 385 del CPP, la Defensora de confianza introdujo un agravio subsidiario en orden a la calificación legal de los hechos, postulando se califique la conducta de G. como incursa en el delito de Abuso sexual simple –y se aplique pena de ejecución condicional-, aunque sin exponer razones.-

La circunstancia de incluir las maniobras abusivas, que se han tenido por acreditadas en perjuicio de la niña R. J. S., la práctica del sexo oral –conocida como *cunnin lingus*-, impide acoger favorablemente la pretensión subsidiaria, toda vez que los Jueces del primer y tercer votos han expuesto los fundamentos, que autorizan a incluir esta modalidad dentro de

aquellos abusos que, por las circunstancias de su realización, exceden la figura básica del art. 119, 1er. párrafo, CP; en línea con la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, en la materia.-

IV.- Pena: dentro de la escala construida por el tribunal del juicio de cesura para la figura típica del art. 119, 2° párrafo, CP, corresponde superar el mínimo posible, en función de la reiteración de hechos que se ha tenido por acreditada, para los Abusos simples que concurren materialmente con el gravemente ultrajante –que el tribunal de juicio fijó en un hecho-, pero por debajo del cuántum fijado en la condena impugnada; por lo que adhiero a la propuesta de mis colegas, de reducir el monto de la sanción impuesta, a cinco años y seis meses de prisión, con accesorias legales y costas. También tengo en cuenta, en este punto, la duración del proceso, en calidad de atenuante.-

En particular, adviértase en apoyo de lo expuesto, que el Abuso sexual simple se ha calificado como un delito continuado (art. 54 CP), y entonces según la opinión mayoritaria "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).-

De todos modos, la pluralidad de hechos sí autoriza a elevar el mínimo de la escala fijada por el tribunal de la cesura, como ya se anticipara; y, en consecuencia, resulta de todo ello un monto de pena incompatible con la pretensión defensista subsidiaria, de que se aplique una condena de ejecución en suspenso.-

V.- Por todo lo expuesto, sumo mi voto parcialmente por la afirmativa a la presente cuestión.-

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

De acuerdo al resultado del tratamiento de la cuestión precedente, al que se arribara por unanimidad, propongo qe se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **R. R. G.**, contra la sentencia Nº 1638/15 dictada en fecha 12 de mayo de 2015; confirmar parcialmente la sentencia mencionada, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de cinco años y seis meses 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 cometido bajo la modalidad de delito continuado, en concurso real con Abuso sexual gravemente ultrajante, un hecho, en ambos casos agravados por la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años de edad (arts. 119, párrafos primero, segundo, cuarto inciso f) y quinto, 54, 55 y 45 del CP), por los hechos ocurridos en esta ciudad entre los meses de diciembre de 2007 y diciembre de 2010 aproximadamente, de los que resultara víctima la menor de edad R. J. S.; y tener presente la reserva del caso Federal.-

Asimismo corresponde regular lo honorarios profesionales de la Sra. Defensora de Confianza, Dra. A. L. D. en la suma de 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

Atento al resultado de la primera cuestión, al que se arribara por unanimidad, adhiero al dictado del siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **R. R. G.**, contra la sentencia Nº 1638/15 dictada en fecha 12 de mayo de 2015; confirmar parcialmente la sentencia mencionada, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de cinco años y seis meses 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 cometido bajo la modalidad de delito continuado, en concurso real con Abuso sexual gravemente ultrajante, un hecho, en ambos casos agravados por la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años de edad (arts. 119, párrafos primero, segundo, cuarto inciso f) y quinto, 54, 55 y 45 del CP), por los hechos ocurridos en esta ciudad entre los meses de diciembre de 2007 y diciembre de 2010 aproximadamente, de los que resultara víctima la menor de edad R. J. S.; y tener presente la reserva del caso Federal.-

De igual forma adhiero a la regulación de Honorarios profesionales propuesta.-

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

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente, al que se arribara por unanimidad, adhiero al dictado del siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **R. R. G.**, contra la sentencia Nº 1638/15 dictada en fecha 12 de mayo de 2015; confirmar parcialmente la sentencia mencionada, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de cinco años y seis meses 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 cometido bajo la modalidad de delito continuado, en concurso real con Abuso sexual gravemente ultrajante, un hecho, en ambos casos agravados por la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años de edad (arts. 119, párrafos primero, segundo, cuarto inciso f) y quinto, 54, 55 y 45 del CP), por los hechos ocurridos en esta ciudad entre los meses de diciembre de 2007 y diciembre de 2010 aproximadamente, de los que resultara víctima la menor de edad R. J. S.; y tener presente la reserva del caso Federal.-

Asimismo adhiero a 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 **R. R. G.**, contra la sentencia Nº 1638/15 dictada en fecha 12 de mayo de 2015 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

---

2°) CONFIRMAR parcialmente la sentencia condenatoria 1638/15 dictada respecto de **R. R. G.**, readecuando la pena impuesta y condenándolo en definitiva a la pena de cinco años y seis meses 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 cometido bajo la modalidad de delito continuado, en concurso real con Abuso sexual gravemente ultrajante, un hecho, en ambos casos agravados por la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años de edad (arts. 119, párrafos primero, segundo, cuarto inciso f) y quinto, 54, 55 y 45 del CP), por los hechos ocurridos en esta ciudad entre los meses de diciembre de 2007 y diciembre de 2010 aproximadamente, de los que resultara víctima la menor de edad R. J. S. (art. 239 y concordantes del C.P.P.).------

3º) REGULAR los honorarios profesionales de la Sra. Defensora de Confianza, Dra. A. L. D., en 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

4º) TENER presente la reserva del caso federal.----------

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

Sentencia nº 23/15

Fdo. Dres. Martín R. Montenovo. Guillermo Alberto Müller. Daniel Luis María Pintos.-