Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
Càmara en lo Penal
PUERTO MADRYN

---------- En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los cuatro días del mes de Septiembre del año dos mil diecisiete, se reunieron en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Rafael LUCCHELLI, Leonardo Marcelo PITCOVSKY y Omar Florencio MINATTA, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **"B., P. A. en representación de la menor E.S.M. S/ DENUNCIA ABUSO SEXUAL S/ IMPUGNACIÓN" Carpeta Nro. 6661 OFIJU Expte. Nro. 05/2017 CPPM,** seguidos contra el imputado: L. J. P., argentino, DNI Nro. XX.XXX.XXX, hijo de P. J. (f) y de M. N. M., nacido en G. B., provincia de Buenos Aires, el día 27 de octubre de 1973, soltero, instruido, chofer, domiciliado en Zárate Nro. XXXX de la localidad de Sarandí, partido de Avellaneda, provincia de Buenos Aires; actualmente en prisión preventiva en el Centro de Detención Trelew, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Dr. Custodio GOMEZ, Defensor Público Penal, contra la Sentencia registrada bajo el Nº 1236/17 OFIJU PM, de fecha 26 de Abril de 2017, por la que el Tribunal de Juicio integrado por los Sres. Jueces Penales, Dres. Stella Maris EIZMENDI, Patricia E. REYES y Francisco Marcelo ORLANDO, quienes condenaran a L. J. P. a la pena de QUINCE AÑOS DE PRISION, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 CP), en orden al delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE Y POR LA TRANSMISIÓN
DE ENFERMEDAD SEXUAL GRAVE en modalidad de delito continuado (arts. 45, 119 3er párrafo y 4to párrafo incisos c) y f) del Código Penal; por el hecho ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn entre los años 2006 y 2009, en perjuicio

de la joven S.M.E.O.----------

---------- Intervino en esta instancia por la Acusación la Sra. Fiscal General, Dra. María Angélica C., y por la defensa técnica del imputado el Sr. Defensor Público Penal Dr. Custodio GOMEZ. ----------

---------- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Rafael LUCCHELLI, Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY y Dr. Omar Florencio MINATTA. ----------

----------Los agravios presentados ante esta alzada, se fijan a continuación:----------

---------- En su libelo recursivo el Sr. Defensor Público Penal, Dr. Custodio GOMEZ inicia su embate contra la sentencia solicitando la revocación total del fallo atacado, y por consiguiente la absolución de su pupilo.----------

---------- En subsidio, solicita se deje sin efecto la pena impuesta y se proceda a la correcta determinación de la misma.----------

---------- En primer término se queja por el rechazo del planteo de nulidad del dispositivo para la atención de personas en situación de abuso sexual, puesto que considera que al encontrarse debidamente sindicado P. al momento de efectuarse la diligencia, el órgano acusador debió notificar a su defendido que tenía el derecho de designar un abogado defensor de su confianza – Art. 91 Del CPP-, así como un perito o consultor técnico –Art. 198 del CPP- para que controlar la diligencia del Protocolo de Abuso sexual, previo a su realización, por encontrarse en ese momento ya debidamente identificado como presunto autor. ----------

Explica que no se trató de la posibilidad de reeditar el acto, sino de haber tenido la posibilidad de controlar el primer acto que se realizó.----------

Puntualmente critica el voto de la Dra. Eizmendi en cuanto considera que la Magistrada equivoca respecto a la competencia del Ministerio de la Defensa Pública

Penal, cuando le atribuye la intervención en carácter promiscuo, puesto que su intervención es supletoria a la voluntad del imputado, y ocurre cuando se le hace saber el derecho que le asiste de designar un abogado de su confianza y un perito o consultor técnico de parte.----------

---------- Aclara al respecto que el carácter promiscuo corresponde al Ministerio Público de la Defensa cuando se trata de menores, puesto que los mismos son incapaces de derecho. ----------

- ---------- Considera que ese error en el que incurre la sentenciante –de considerar promiscua la actuación de la Defensa Pública- es la que da sustento para afirmar que la notificación a la Defensa Pública Penal de la realización del Protocolo de Abuso sexual es válida, sin previa notificación al imputado identificado.----------

---------- Argumenta que lo agravia que la Juez haya sostenido que tal diligencia era de carácter urgente, puesto que considera que el caso concreto no lo tuvo, y tampoco fue así sostenido por la parte acusadora, por lo que entiende el Sr. Defensor que la Magistrada se excedió en su rol.----------

---------- Al respecto señala que no fue urgente para la madre de la víctima, ni para la abuela, quienes tuvieron noticia del hecho al menos un mes y medio antes de la denuncia realizada por la Lic. B..----------

------- También explica que transcurrieron entre seis y ocho años desde la ocurrencia del hecho, conforme se desprende de la denuncia formulada.----------

-- Explica que tal urgencia no fue invocada por el acusador público, quien no solicitó se le imprima el trámite del Art. 280 del CPP, ni de tratarse de un acto único ni

irreproducible –conforme lo estipulado el Art. 279 inc 1 del CPP-. Y puesto que la Fiscalía no le otorgó ese carácter, mal puede la Magistrada unilateralmente hacerlo.---------- Considera que los argumentos de la Juez Eizmendi son ineficaces para desvirtuar el planteo de nulidad interpuesto por la Defensa, solicitando que se revoque el decisorio y se disponga la absolución de su defendido.---------- En relación al mismo agravio, se queja por el voto de la Dra. Reyes, quien rechaza el planteo de nulidad fundando en que la Fiscalía no sabía el paradero del imputado. ---------- Esgrime el Defensor que, según el testimonio del testigo Duran, quedó probado en el debate que P. trabajaba en T. O. N., División Expreso, desde hace tres años antes de la detención del imputado. Ilustra el Defensor que vivía en la calle Z. Nª XXXX de la Localidad de Sarandí, Partido de Avellaneda, Pcia de Bs. A., desde el año 2010 –conforme lo depuesto por las testigos V. y C.-. ---------- Explica que su pupilo procesal bien pudo ser ubicado, puesto que es notificado en ese domicilio por personal policial de la Comisaria Seccional Avellaneda, a raíz de lo cual se presenta espontáneamente. También da cuenta que la madre de la víctima tuvo contacto con su asistido –conforme los dichos de ésta en audiencia de debate- hasta mediados de 2015, por medio de la red social Facebook, es decir que la Sra. O. conocía el paradero de P..---------- Grafica que con la detención de su defendido en la ciudad de Sarandí, quedó demostrado que pudo ser ubicado en la misma ciudad que denunció la madre de la víctima.---------- Que por todo ello, concluye el quejoso que bien pudo ser notificado de la realización del Protocolo de Abuso, a fin de que ejerciera por sí mismo sus

derechos, pero que no se hizo.----------

---------- Crítica el voto de la Dra. Reyes, quien repitió los fundamentos de la Dra. Eizmendi, es decir, que consideró erróneamente que la Defensa Pública Penal ejerce una representación promiscua del imputado y que se trató de actos urgentes, desechando estos argumentos en igual sentido que los esgrimidos para con el voto de la Magistrada Eizmendi.----------

----- Respecto al voto del Dr. Orlando, lo cuestiona cuando afirma que el acto debía realizarse con la mayor premura, lo que es inexacto para esa Defensa, conforme las razones esgrimidas para atacar los votos de las otras Juezas.-------

---------- Se queja que el Dr. ORLANDO afirmó en su voto que la diligencia atacada debía realizarse con la mayor premura, lo que para el Dr. Gómez resulta inexacto, ello por las mismas consideraciones realizadas precedentemente.----------

---------- Concluye en este punto que debe revocarse la sentencia puesta en crisis, expidiéndose en subsidio sobre los demás tópicos que agravian a esa parte.--

---------- En segundo término se agravia en la arbitrariedad en la valoración de la prueba determinante de la materialidad del hecho. ----------

---------- Entiende que el Tribunal valoró la prueba producida en forma sesgada, parcializada, asignando contundencia probatoria donde no la hubo. --------

---------- Refiere el Defensor que del Protocolo de abuso sexual los Magistrados entendieron que se probó la existencia del abuso sexual, el que, en el entendimiento de esa parte, no resulta concluyente puesto que no descarta otras posibilidades. ----------

---------- Plantea que existe duda razonable al respecto, puesto que las facultativas que depusieran en debate no pudieron dar certeza de la existencia del

abuso sexual, ni de forma vaginal ni anal. ----------

---------- Esgrime que no pudo acreditarse, con la prueba producida, signos de violencia temporales en la menor, pudiendo tener relaciones sexuales con su novio, resaltando que la menor cumplía quince años al mes siguiente de realizada la denuncia por la Lic. B.. ----------

---------- Refiere que la Dra. G. expresó en debate que "pudo haber tenido penetración o no", y que ello fuera reproducido en el voto de la Juez Reyes – página 92 de la sentencia atacada-.----------

--------- Ataca el voto de la Dra. Eizmendi en cuanto considera que la misma otorga certeza del abuso sexual, cuando ello no lo ofreció el examen ginecológico ni las médicas que testificaron en relación al mismo. ----------

--------- Al respecto explica que la Dra. N. dijo que se observó un himen amplio pero que por si mismo no necesariamente implica abuso, sólo la existencia de relaciones sexuales, y por su parte, la Dra. G. expresó que se trataba de un himen complaciente o elástico, afirmando que incluso pudo haber

penetración o no. ----------

---------- Explica que ambas profesionales manifestaron ausencia de pliegues anal en hora tres y doce, sindicando la Dra. G. que pudo deberse a otros motivos, además de la penetración, como lesiones o traumatismo. ----------

------ Aclara también que ambas médicas explicaron que la intervención se debió a la sospecha de abuso sexual por parte de la madre de la menor, pero no porque surgiera como dato objetivo e indubitable. ----------

-------- Concluye el Dr. Gómez que no se arribó a la certeza positiva que necesariamente condujera a descartar otras posibilidades, no surgiendo del examen ginecológico certeza del tiempo en que pudo haber penetración y por tanto del

tiempo transcurrido. ----------

---------- Refiere nuevamente que la menor estaba por cumplir quince años, al momento de la denuncia, y que por sus propios dichos, al menos tuvo un novio, no acreditándose que la niña no tuviera experiencia sexual. ----------

---------- También se queja del voto de la Dra. Eizmendi en cuanto atribuye plena credibilidad a los dichos de la menor, descreyendo simplemente de la declaración de su defendido. ----------

---------- Explica que su pupilo procesal declaró en la primera oportunidad procesal que tuvo –apertura de investigación- negando el abuso, lo que ratificó y sostuvo luego en debate, dando datos precisos en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y que lo que dijo no pudo ser desvirtuado con prueba certera, puesto que los dichos de los familiares de la víctima, son imprecisos, ambiguos, difusos y no dan razón de sus manifestaciones. ----------

---------- En relación al voto de la Magistrada REYES explica que valen similares críticas a las realizadas al primer voto en cuanto a que la menor pudo haber tenido penetración o no, y no se pudo determinar la data de las lesiones.

---------- En referencia al voto del Dr. ORLANDO, el Defensor se agravia en cuanto a su análisis de la declaración de la Lic. O. toda vez que el Magistrado destaca que la menor le refiere a la psicóloga que una vez le practicó sexo anal y le dolió, pero no se expresó de la misma forma en relación a la primera vez del sexo vaginal. ----------

Al respecto, explica el Defensor que no se ventiló en debate que su defendido hubiera utilizado crema o vaselina o los dedos u otro elemento. ----------

---------- Resalta que agravia a esa parte que el Tribunal omitiera considerar el

planteo de esa parte respecto a que para la época en que sucedieron presuntamente los abusos sexuales, los mismos pasaran desapercibidos tanto para la madre de la menor, como respecto de la abuela, así como del resto de familiares, maestros, pediatra, amistades, vecinos, y demás personas vinculadas con la niña. Explica que una niña de tan corta edad –seis años- visibiliza alguna secuela cuando vive una situación de violencia física o psicológica, y que la menor vivía con su madre y que la cuidaba la abuela, aparte de tener contacto con otros familiares. En tal sentido, refiere el Defensor que cuando le preguntó a la Sra. O. si había notado algo que le llamara la atención, entre la relación de su hija y de P., la misma refirió que no, y lo mismo respondió la abuela, agregando que de haber

pasado ella se hubiera dado cuenta. ----------

---------- Con ello concluye el Sr. Defensor que el abuso no existió, puesto que, caso contrario, la abuela de la menor se hubiera dado cuenta. ----------

---------- Respecto de la existencia de dolor, expresa el Dr. GOMEZ que esa parte consultó a la Lic. O., quien expresó que ni la madre ni la menor dijeron algo al respecto. En igual sentido hace referencia de la Cámara Gesell de la menor, expresando que en ningún momento la niña S. refiere dolor, hemorragia, u otro signo, ni hace mención de un abuso sexual anal, destacando el quejoso que el sentido común nos dice que algún síntoma se debería haber exteriorizado, y ello no ocurrió.

---------- Continúa su crítica en relación a los dichos de la víctima sobre la primera vez que aconteció el abuso sexual vía vaginal, el que habría ocurrido en un viaje que realizó con P. cuando ya vivían en Lomas de Zamora –Buenos Aíres-, el cual se concretó en el tiempo esperado, y que su defendido entregó a los menores a los abuelos sin que éstos hubieran advertido ninguna situación anómala.----------

Critica que la menor indicó que dos fueron los lugares en los que ocurrieron los

abusos –el camión y el domicilio en esta ciudad de Puerto Madryn, sito en la calle La Pampa Nª 516- y que el viaje –primera vez de penetración- fue posterior a la entrega de la casa señalada.---------- En este punto concluye que el Tribunal omitió expedirse respecto a tal planteo efectuado por la Defensa en debate, y que fue mencionado sólo al pasar.---------- En tercer punto, critica la arbitrariedad en la valoración de la prueba determinante de la autoría de P..---------- Se queja que los Magistrados otorgaran plena credibilidad al relato de menor y al de su madre. Al respecto, explica que la Sra. O., bajo juramento, mintió en su declaración, lo cual reconoce al finalizar el debate, cuando pidió la palabra y reconoció que había mentido en relación a estar involucrada en una

situación de explotación sexual.----------
---------- Resalta que ello se concatena con las contradicciones detectadas en el testimonio de la madre de la víctima. Al respecto ilustra que la madre dijo que los abusos se habían producido en el domicilio sito en la calle La Pampa Nº 516 de ésta ciudad y en Florencio Varela, mientras que la niña expresó que habían ocurrido en ese mismo domicilio y en un camión.----------
---------- También tacha como grave el hecho que la Sra. O. haya tenido conocimiento del abuso mientras acontecía, puesto que refirió en la entrevista realizada por el Ministerio Público Fiscal que en los viajes, cuando ella bajaba a bañarse, P. aprovechaba para abusar a su hija, lo que desvirtuaría, para la tesis defensista, que tuviera conocimiento del abuso recién en Agosto de 2015.----------
--------- Critica que la Juez Eizmendi asignara credibilidad a los dichos de la

Sra. O., haciendo referencia a contradicciones en el tiempo en que conoció a

P., y que convivieron, y que la misma trabajaba mientras su pupilo cuidaba a los niños.---------- ---------- Al respecto explica que su pupilo procesal declaró que conoció a la Sra. O. a fines de 2006 –no en 2005 como tuviera probado el Tribunal- y que alquiló una casa en esta ciudad en enero de 2007 hasta noviembre de 2008, cuando se mudó con madre de la víctima y sus hijos a la localidad de Lomas de Zamora, y que la menor no vivió en el año 2007 con su madre sino con el Sr. E., y que en el 2008 sí vivió con su madre pero que los fines de semana se iba con su padre, y que tal como lo dijera el testigo Durán –compañero de trabajo de su defendido- la modalidad de trabajo hacía que permanezca a los sumo dos o tres días en su domicilio. ---------- ---------- Critica en iguales términos los votos de los Jueces REYES y ORLANDO, refiriendo que la primera asigna credibilidad a los dichos de la Sra. O., cuando los mismos no superan el tamiz exigido para otorgarle tal característica, y descree los dichos de P. y los testigos ofrecidos por esa parte, sin dar razones de ello.---------- ---------- Concluye el Defensor que no fue probado el acceso carnal y menos aún que el autor sea L. J. P., transcurriendo más de seis años entre la supuesta ocurrencia del hecho y la denuncia efectuada, pudiendo la niña en ese lapso de tiempo haber tenido relaciones sexuales con cualquier persona, cuestión que no puede ser descartada y por lo que no se dan los requerimientos del tipo objetico de la figura de abuso sexual.---------- Señala que sólo quedan los dichos de la menor, los cuales fueron controvertidos por P., y que los dichos de la madre resultan mendaces, existiendo en el caso la duda razonable, suficiente y por lo cual se debe favorecer al acusado, conforme el principio del in dubio pro reo, correspondiendo la absolución de su defendido.------

---------- En cuarto término, se queja por la arbitrariedad en la individualización de la pena impuesta.----------

Al respecto se pregunta cómo arribaron los Magistrados al mismo quantum punitivo, si señalaron distintas agravantes, coincidiendo prácticamente las mismas atenuantes, salvo algún caso en que se consideró además la falta de antecedentes. ----------

---------- Cuestiona como inexistentes las agravantes sostenidas por el Tribunal, entendiendo que con la prueba rendida en debate no se acreditó la autoría de su pupilo del acceso carnal –vaginal o anal-ni la autoría de las lesiones sufridas por la menor.----------

---------- Entiende que los Jueces no han explicado el razonamiento del quantum al que arribaron, lo que exige exponer por dónde se ingresa en la escala y qué razonamiento pauta la incidencia de cada una de las circunstancias valoradas. Finalmente, esgrime que, en base a las pautas que legalmente deben valorarse, debe aplicarse a su defendido la pena mínima prevista por el tipo endilgado.---------- ----------

---------- Por su parte, la representante del Ministerio Público Fiscal, Dra. María Angélica C., inicia su escrito de responde manifestando que la sentencia atacada es producto de un razonamiento lógico y motivado, habiendo realizado los Magistrados una valoración integral de todas las pruebas producidas. ----------

---------- Particularmente, y respecto a la solicitud de nulidad del Protocolo de Abuso Sexual por falta de notificación al imputado, explica que ese órgano acusador entendió que se había cumplido acabadamente con la obligación de asegurar el derecho de defensa de P. con la notificación cursada a la Defensa

Pública. ---------- ---------- Agregó que tal nulidad es interpuesta por la nulidad misma, no habiendo la Defensa articulado tal sanción en todo el proceso. Manifiesta que tal diligencia es reproducible, pero que no la solicitó, y que los Magistrados resolvieron sobre esta inteligencia.---------- ---------- Refiere que la Juez Eizmendi sostuvo, de manera coherente con lo esgrimido por ese MPF, que al hablar de nulidades hay que andarse con cuidado, debiendo siempre determinarse en qué consiste el agravio para el imputado, advirtiendo la Magistrada la existencia de la cédula de notificación correspondiente y considerando la correcta protección de los derechos del imputado a partir de ella. Analiza el voto de la Juez REYES, quien se refiere a la notificación de la diligencia atacada a la Defensa Pública, toda vez que para ese momento se desconocía el paradero del denunciado, entendiendo que con ello se respetó la garantía de defensa en juicio de P..---------- ---------- Explica que la Magistrada agrega, no como detalle menor, que la Defensa de P. estuvo a cargo del Ministerio Público de la Defensa, con lo que no puede desconocer ningún acto procesal que se haya tomado respecto a su pupilo, por lo que se aseguraron sus derechos y garantías desde el primer momento en que se lo sindicó. Cita al respecto los Arts. 82 y ss. y 31 Del CPP.---------- Citando extensamente el voto de la Juez Reyes en relación a la nulidad incoada, concluyendo al respecto la Fiscal que queda claro que en su entendimiento, la Defensa de P. estuvo anoticiada de todas y cada uno de los actos procesales realizados a su respecto desde el inicio de la investigación, aportó prueba, propuso perito de parte, consultor técnico, controló y participó de la producción de las probanzas, con lo cual no hubo violación a ningún derecho del imputado, por lo que no puede prosperar la nulidad impetrada.---------- En relación al voto del Dr. Orlando,

explica la Fiscal que el Juez entendió que la realización del Protocolo de abuso sexual procede de inmediato luego de formulada la denuncia respectiva y resulta independiente de que el presunto autor del hecho denunciado se encuentre o no identificado o sindicado como tal por la denunciante.----------

---------- Explica que el Juez manifestó que más allá de la cronicidad del abuso, una vez realizada la denuncia, la pertinencia, relevancia, necesidad e importancia del Protocolo, con la mayor premura, surge incuestionable.

---------- Refiere que el Magistrado admite que, dentro del marco de la investigación, se entiende la necesidad del desarrollo de distintas medidas investigativas a los fines del avance de la misma y la eventual y/o potencial intimación del hecho a quien se sospeche autor materialmente responsable. Y aquí es donde el Magistrado expresa no advertir vulneración en los derechos de P., quien nunca estuvo indefenso, puesto que desde el inicio del proceso pudo, con la Defensa Técnica, ejercer el contralor de la diligencia, entendiendo que no existe agravio, ni perjuicio, ni alguna omisión que haya afectado la legalidad del Protocolo atacado.--

---

Continúa respondiendo al segundo agravio impetrado por la Defensa de L. J. P., referido a la arbitrariedad en la valoración de la prueba determinante de la materialidad del hecho.---------- Tacha como errónea tal postura, entendiendo que es la propia defensa la que cae en el vicio de valorar parcialmente la prueba. Entiende que el Tribunal hizo una valoración armónica e integradora de las pruebas.----------

Explica la Fiscal que ninguno de los Magistrados afirmó la existencia del abuso sexual con la sola valoración del Protocolo realizado.----------

Analiza que la Dra. Eizmendi hace una valoración exhaustiva de las pruebas ventiladas en el debate, para tener por acreditado el abuso sexual. En tal sentido valora el relato de la víctima y es desde allí que se puede colegir la existencia de la penetración anal y vaginal, de acuerdo con el Protocolo de abuso sexual, el que arroja al momento del examen la existencia de himen amplio o complaciente y el esfínter anal con ausencia de pliegues entre las horas once y tres, lo que da cuenta de un abuso crónico. ----------

Explica la Fiscal que a ello se suma lo expresado por la madre de la víctima, y su abuela, quienes refieren haber escuchado el relato de los hechos de la propia menor. También resalta la denuncia efectuada por la Sra. B., tutora escolar de la menor, cuando toma conocimiento del abuso luego de recibir a la niña por no poder realizar un examen escolar, y de entrevistarse con la madre de S., que le cuenta que su hija había sido abusada sexualmente por una ex pareja – cuando la niña tenía entre seis y nueve años-, resultando la menor contagiada por el virus del HIV, y los motivos por los que la Sra. O. aún no había realizado la denuncia penal.----------

---------- También refiere la Dra. C. que se contempló el estado psíquico por psicóloga, evidenciando la joven un cuadro depresivo, con sentimientos de culpa, que denotaban signos evidentes de ASI como así también la ausencia de fabulación en la joven.----------

---------- Continúa expresando que el Defensor pretendió que las médicas dijeran la data exacta de las lesiones sufridas por la víctima. Pero que al respecto la

Dra. G. fue clara al manifestar que el abuso era crónico, intentando el Dr. Gómez desvirtuar la prueba del abuso con ello. ----------

--------- Explica que en igual sentido critica el voto de la Dra. Reyes, pero que se olvida el Sr. Defensor de las restantes probanzas, aparte de la sospecha de abuso

esgrimido por las médicas.----------

---------- En lo referente al tercer agravio, esto es, la queja de la arbitrariedad en la valoración de la prueba respecto a la autoría, esgrime la Sra. Fiscal que el Dr. Gómez apunta contra la vida personal de la madre de la víctima, tal como lo hizo en el debate.----------

Explica que para negar la autoría del P., la Defensa vuelve a utilizar el método de valorar sesgadamente la prueba.---------- Al respecto cita el voto de la Dra. Eizmendi, resaltando que la Magistrada valora la totalidad de la prueba. ----------

Explica que el Defensor intenta instaurar la idea que la madre de la víctima nunca trabajó y que mantenía a la familia el Sr. P., extremo que, según la Fiscal expresa, fue claramente desvirtuado por la cuantiosa prueba traída por la Fiscalía.----------

---------- Cita extensamente el voto de la Dra. Reyes en relación a la autoría de P., sin expresar más al respecto. ---------- Explica que el Dr. Orlando considera que los dichos de la Sra.

B., los que fueron valorados conjuntamente con lo manifestado por la Sra. O. –madre de S.- , S. -abuela materna de la víctima-, lo manifestado por la propia víctima en Cámara Gesell, y demás prueba, que detallara el Magistrado en su voto.----------

---

Entiende la Fiscal que tanto la materialidad como autoría quedaron probados totalmente, y con el grado de certeza exigidos.----------

Finalmente explica que, respecto al cuarto agravio relacionado a la imposición de la pena, el quejoso no hace mayor análisis en su escrito.----------

Señala la Fiscal que los Magistrados han determinado el quantum punitivo aplicando los parámetros de los Arts. 40 y 41 del CP, haciendo una valoración correcta y justa de cada uno de los agravantes y atenuantes existentes, dando razón suficiente para determinar la sanción a imponer.---------- Efectuada la audiencia prescripta por el Art. 385 del CPP, el Sr. Defensor Público Penal, Dr. Custodio GOMEZ, alegó ampliamente siguiendo los lineamientos de los agravios contenidos en su escrito recursivo, y a su turno la Sra. Fiscal General, Dra. María Angélica C. hizo lo propio con su responde, los que obran en **el Registro NIC_6661_15-08-2017.7.mp3** y en la respectiva Acta de Audiencia.----------

---------- La base fáctica de la acusación pública en la sentencia es la siguiente: *"L. J. P., PAREJA POR ESE ENTONCES DE LA Sra. M. C. O. abuso de la hija de ésta, S. M. E., entre los seis (6) los nueves (9) años aproximadamente de la niña, desde el año 2006 al 2009. Estas conductas que fueron progresivas, se iniciaron obligándola a tocarle sus partes íntimas, concretamente su pene, manoseando P. a la menor en sus partes prudendas hasta accederla carnalmente con su pene vía vaginal y anal, producto de lo cual le transmitió el virus del HIV. Este accionar que se reiteró y se prolongó en el tiempo, acaeció tanto en la finca que compartía la familia, sita en L. P. XXX de esta ciudad, precisamente en la habitación de la casa y mientras la Sra. O. se hallaba fuera del hogar laborando, como así también en el camión que el imputado conducía y en oportunidad en que detuvo la marcha aprovechando esto para accederla por lo menos en una oportunidad.".* ----------

---------- Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV

Nº 9, antes Nº 5478).----------

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

---------- En honor a la brevedad, omitiré señalar los antecedentes del recurso, en atención a la prolija enunciación de los mismos realizada al inicio de la presente sentencia.----------

---------- Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación deducida por el Defensor de confianza de L. J. P., representado por el Sr. Defensor Público Penal, Dr. Custodio GOMEZ, respecto a la sentencia dictada el día 26 de Abril de 2017 por el Tribunal de Juicio integrado por los Jueces Stella EIZMENDI, Patricia REYES y Marcelo ORLANDO, en la que le imponen la pena de quince años de prisión y costas por el delito de abuso sexual con acceso carnal doblemente calificado, en la modalidad de delito continuado (Arts. 45, 119, 4to. párrafo incisos c) y f), en relación al 3er. Párrafo, del Código Penal), por el hecho ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn entre los años 2006 y 2009, en perjuicio de la menor S.M.E.O.---------- En la audiencia prescripta por el art. 385 del C.P.P. el Dr. GOMEZ ratificó los agravios vertidos en su líbelo recursivo, haciendo lo propio el Titular de vindicta pública, por lo que me remito a ellos, y paso sin más a fundar mi voto ---------- Se queja en primer término por el rechazo del Tribunal de la nulidad que el Defensor solicitara en debate respecto de la diligencia del Protocolo de abuso sexual realizado a la niña.----------

---------- Argumenta el Sr. Defensor que tal diligencia debe ser extirpada del proceso ya que se vulneraron garantías constitucionales de su defendido, entendiendo que su pupilo debió ser notificado de tal medida y tomar conocimiento del derecho que poseía de designar un abogado de

su confianza, así como la de un perito o consultor técnico que presenciara tal diligencia, puesto que se encontraba debidamente identificado en la investigación. ---------- Adelanto que tal agravio no tendrá acogida favorable, puesto que sus fundamentos no conmueven en nada la decisión tomada por los Magistrados del debate. Explico.---------- Surge del trámite seguido en la presente carpeta que una vez realizada la denuncia por la tutora de la menor, la Lic. P. A. B., el órgano acusador siguió el protocolo para casos de Abuso Sexual, el cual implica necesariamente la revisación médica de la víctima, por parte de facultativos del hospital local.---------- En el caso particular, y conforme el derrotero seguido en el trámite, se desprende que si bien la identidad del imputado estaba individualizada, al vivir en otra ciudad no se conocía certeramente cuál era su domicilio, por lo que, se notificó al Ministerio Público de la Defensa, mediante cédula de notificación, lo que me lleva a concluir que la legalidad del acto estuvo debidamente resguarda.---------- ---------- Habiendo realizado la lectura integra de la sentencia, concuerdo con todos los fundamentos esgrimidos por los Magistrados para desechar el planteo realizado.---------- Contundente fue el voto de la Magistrada Eizmendi quien expresa que *"... no existe lesión que menoscabe el derecho de defensa del Sr. P. y en consecuencia vulnere las reglas del debido proceso legal, tal como ha sido postulado por el Dr. GOMEZ. Así he corroborado que se efectuó la notificación pertinente a la Defensa Pública y ello genera la correcta protección de los derechos amparados por las garantías constitucionales citadas por el Defensor. Trátase el acto puesto en crisis aquel que se lleva a cabo en los prolegómenos de la*

investigación fiscal formando parte de las pesquisas a realizar en base a la denuncia articulada y de la que luego surgirán o no cuestiones relevantes que ameriten la iniciación de la investigación preparatoria respecto de quien de primera mano ha sido sindicado como autor. En ese contexto dicho Protocolo surge como una medida de urgencia a fin de tomar ciertas medidas profilácticas respecto de la víctima en que en el caso que nos ocupa fue practicado en el nosocomio local por las Dra. Z. N. y N. G. a ojo desnudo. A partir de ser debidamente notificada la Defensa tomó conocimiento del hecho que se investigaba pudiendo ejercer el rol que le compete y el debido contralor de la totalidad de los actos procesales hasta su culminación, razón por la que entiendo, no se debe hacer lugar a la nulidad incoada…"----------
---------- ---------- Innegable resulta la urgencia de la medida dispuesta ya que al tomar conocimiento el Estado de la posible ocurrencia de un abuso sexual contra una menor, es indispensable que éste realice todas las medidas necesarias para, además de encaminar su investigación a la averiguación de la verdad, salvaguardar la salud de la niña con la atención médica improrrogable.------
---------- Además, tal diligencia pudo ser controlada por el Ministerio Público de la Defensa, puesto que materialmente resultaba en ese momento imposible dar con el paradero efectivo del sindicado como autor, no pudiéndose prorrogar la realización de la medida por las consideraciones ya vertidas en el

párrafo anterior.----------
---------- Dable es destacar que si el órgano acusador hubiera procedido de la manera que ahora requiere la defensa, la realización de la diligencia se habría demorado seis meses, lo que habría traído una seria responsabilidad del Estado, ya

que injustificadamente habría omitido velar por los Derechos de la víctima, conforme lo estipulan los Arts. 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Más aun, en el caso particular, al encontrarnos ante una menor, la Convención de Derechos del Niño exige que toda interpretación sea realizada a favor del niño (Art. 3, inc 1º). ----------

---------- En reiterados antecedentes ya he expresado mi postura respecto al cuidado que debemos tener al momento de utilizar el remedio procesal de la nulidad, explicando que *"…. la declaración de nulidad, junto con los alcances que se le acuerda a la misma, debe ser ponderada con suma prudencia. Dado que, si se administra este remedio procesal de forma desaprensiva, lejos de ayudar a vivificar el proceso, lo mataría. Ese es el espíritu que anida en nuestra Constitución Provincial, cuando establece que las sanciones procesales deben ser interpretadas restrictivamente (Artículo 44, cláusula II, C. Ch). Del mismo modo, esta regla es reproducida en nuestro Código de Procesal Penal (Artículo 31 C.P.P.)* ("Currumil, Abel y otro p.s.a. Homicidio agravado s/ Impugnación" Expte. Nº 01/2012 CPPM, Carpeta N° 2.620 OFIJU).----------

---------- Por todo ello postulo se rechace la nulidad incoada. Así lo voto. ----------

---------- El segundo y tercer agravio impetrados por el Dr. Gómez, los trataré en conjunto.----------

---------- En ellos, critica la valoración de la prueba realizada por el Tribunal para acreditar la materialidad y la autoría, considerando el Sr. Defensor que el valor dado a cada uno de los elementos probatorios es sesgado y parcializado. Así, entiende que existe una duda razonable para descartar la ocurrencia de los hechos, y respecto a la autoría, pone en duda la credibilidad de la menor y su madre. ----------

---------- Con relación a tales agravios he de adelantar que tampoco van a

tener acogida favorable. Fundamento. ----------

-

---------- De la lectura íntegra de la sentencia atacada surge que los Magistrados han tratado en conjunto la valoración de la prueba producida a fin de acreditar la materialidad del suceso como su autoría, en cabeza de L. J. P. Se desprende que han realizado una correcta ponderación de toda la prueba rendida en debate, siendo ésta unívoca respecto a la existencia del hecho y la responsabilidad del condenado.------

---------- En tal sentido, valoraron los dichos de la víctima –prestada mediante la modalidad de Cámara Gesell-, así como los testimonios vertidos en debate por la madre de la menor, Sra. M. O., la abuela -S. V. O.-, la tutora escolar y primer denunciante –Lic. P. A. B.-, junto a las declaraciones prestadas por la perito psicóloga, Lic. O., y las médicas intervinientes –Dras. N. y G., como facultativas intervinientes del Protocolo por ASI, las especialistas en infectología, Dras. S., F. y A.-. ----------

---------- Al respecto, resulta pertinente recordar lo expresado por el Máximo Tribunal local, Dr. Pfleger, quien en el precedente *"*MURUA Julio Salvador s/ Robo agravado por el uso de arma" - Expediente N°22.897 - Fº 139 – Año 2012-) expresó: *"He señalado en ocasiones- y me permito una digresión- que el juicio sobre la convicción acerca de la virtud de un testigo para emitir un predicado no es una cuestión de fe, entendida ésta como la creencia en algo por la autoridad o la fama de quien lo emite (quinta acepción de la Real Academia del idioma). Todo testigo ha de ser examinado en sí y en relación con las demás evidencias que nutren el debate, otra manera de dar contenido a las categorías "coherencia interna" o "externa" de un relato. Cuando*

el relato de los testigos se expone en un discurso que es expresión de una vivencia posible, carece de alteraciones, no es contradictorio en sí mismo, es nítido y persistente, cuando exterioriza acerca de percepciones ostensibles en un contexto de tiempo y espacio concreto, hay coherencia interna. Si se corresponde con evidencia palpable, se vincula con circunstancias de la causa que han sido traídas por otra vía, si encastra perfectamente con el todo, como una pieza que completa el damero, allí hay coherencia externa. Al producirse esos enlaces la validez es indiscutible". ---------- No se desprende, tal como pretende resaltar la Defensa de P., indicios de mendacidad en los dichos –principalmente- de la menor S. y su madre, quienes dan cuenta de las circunstancias en que ocurrió el hecho, su autor, y su posterior develamiento por parte de la víctima. ----------

---------- En relación a la crítica interna del testimonio de la niña, los Magistrados analizaron el mismo sin encontrar razones que desvirtúen su veracidad.----------

---------- Al respecto, la Dra. REYES expresó: "*Escuchada la menor en Cámara Gesell pude advertir que S. fue espontánea en su relato, coherente y dio muestras de que sabía y entendía lo que estaba relatando por haberlo vivido a pesar de haberle ocurrido cuando apenas tenía 6 años de edad y que el relato tiene características asociadas a la veracidad. S. declaró según sus propias percepciones y dio razones de sus dichos sobre como recordaba los episodios, los lugares, el tiempo en que sucedieron ubicando las fechas según su historia de vida. Observada y escuchada toda su declaración, se advierte que la joven hizo un relato circunstanciado y completo de lo vivido, el que mantuvo a lo largo de la extensa declaración e incluso cuando lo contó a su madre, su abuela, la psicóloga…."*----------

---------- Asimismo, este relato también posee coherencia externa, puesto que encastra con las deposiciones de los demás testigos así como los informes médicos

y psicológicos.----------

---------- En tal sentido el Magistrado ORLANDO señala que "*De la valoración de los testimonios citados, la Tutora de la Escuela, Sra. B., la mamá de S., (O.) y de su abuela, surge de forma clara e indubitable su concordancia entre si, pues la madre de la niña, dio su versión de los hechos a partir del conocimiento que tomara de los mismos por el relato que le efectuara su propia hija".* ----------

---------- También valoraron la declaración de la Lic. O., perito psicóloga que intervino en la confección del psicodiagnóstico de la menor, quien dio cuenta de lo que le expresó la niña en relación a las circunstancias que rodearon los abusos, así como la identidad del autor de los mismos –P.- concatenándose esas manifestaciones con las vertidas en debate por la víctima, a través de la cámara gesell, y demás testigos.----------

---------- Asimismo, la Lic. O., concluyó que *"en lo que respecta a la validación de su relato, indicó catorce criterios de diecinueve, "puede brindar detalles, aspectos positivos de la persona, por lo que cumple con los criterios de credibilidad". Que se encuentra ubicada en tiempo y espacio y se descarta fabulación"* (del voto del Dr. ORLANDO).----------

---------- Se desprende de la lectura de los votos de los Magistrados del Tribunal, que han valorado en igual sentido las pruebas mencionadas, encontrando las correspondencias entre si y que fundan la credibilidad del relato de la menor – conclusión que comparto-, siendo la propia menor quien sindica la autoría del condenado, de los abusos sexuales a los que la misma fuera sometida y cuando contaba con la edad, aproximadamente, de seis a nueve años. Por todo ello, considero correcta y ajustada a derecho la ponderación de la prueba

efectuada por el Tribunal de Juicio para tener por acreditada la materialidad de los sucesos, tal como se endilgó por el acusador público, así como la autoría en cabeza de L. J. P. Así lo voto. ---------- Continuando con la queja efectuada en relación a la calificación legal y sus agravantes, surge también del relato de S. que, previo a la develación a su madre, sospechaba haber sido contagiada con el virus del HIV, sindicando el momento particular en que considera que habría ocurrido–un viaje en el que, junto a su hermano, acompañaron a P. en su camión a esta ciudad de Puerto Madryn- fundando la niña la sospecha de que esa habría sido la oportunidad en que se contagió ya que no había usado preservativo.---------- ---------- Tal sospecha de contagio del virus fue confirmada cuando la niña, a sus catorce años, logró develar los vejámenes sexuales a los que había sido sometida, concurriendo junto a su madre a una consulta con la médica especialista en infectología, Dra. S., quien, a través de los exámenes médicos que constan en la Historia Clínica aportada como prueba, confirmó que S. era portadora de tal enfermedad. ---------- ---------- Asimismo, y luego de efectuarse formalmente la denuncia por parte de la tutora B., se realizó en el Hospital Local el protocolo de Abuso Sexual sobre la niña, el cual arrojó como resultado "*himen amplio… esfínter anal: ausencia de pliegues entre 11 y 3*".---------- ---------- ---------- Si bien el Dr. GOMEZ intentó poner en dudas que el resultado de tal protocolo se condiga con un abuso sexual, al escuchar el relato de las médicas, y ver los resultados, junto con la testimonial de la víctima y el contagio de un virus – del cual el condenado conocía ser portador desde Diciembre de 2007-, no arrojan ninguna duda acerca de que tales lesiones se corresponde con un abuso sexual

infantil de larga data.----------

---------- En tal sentido, asiste razón a lo expresado por la Sra. Fiscal General al responder a tal agravio, cuando manifiesta que los Magistrados no realizaron una ponderación sesgada del Protocolo de Abuso sexual, sino que, al concatenarla con la demás prueba vertida en debate, se concluye indefectiblemente que el resultado de tal estudio ginecológico se condicen con un abuso sexual, descartándose cualquier otra hipótesis posible. ----------

---------- También quedó demostrado en el debate que P. conocía, al momento de abusar de la menor entre los años 2006 a 2009 aproximadamente, que era portador del virus del HIV, tal como lo acreditara la historia clínica del autor y la testimonial aportada por la Dra. F. –médica que lo atendió en esa oportunidad-. Con ello, se agota lo requerido por el agravante de la figura de abuso sexual, -inc. c) del 4º párrafo del Art. 119 del CP-, que opera cuando el autor del delito de abuso sexual con acceso carnal ***supiere que es portador de una enfermedad de transmisión sexual y pusiere en peligro la salud de la víctima.*** **(**la negrita me pertenece). ----------

--- Respecto a tal agravante, explica la doctrina que "*la agravante contempla dos circunstancias que deben concurrir en una única conducta. Eso es: que el autor lleve a cabo el abuso sexual contemplado en los párrafos 2º y 3º, conociendo que es portador de una enfermedad sexual grave, y que, por el modo en que lleva a cabo el acceso carnal, pueda producir el contagio sin necesidad de que este resultado se produzca.*---------- *Se trata de un delito de peligro concreto, de modo que el bien jurídico salud debe haber corrido realmente riesgo. De lo cual se deduce que la sola portación de la*

enfermedad no alcanza para agravar los tipos. El motivo de la agravante se da porque además del atentado a la integridad sexual de la víctima el autor, despreciando la salud del sujeto pasivo, actúa de igual forma." ("Delitos contra la integridad sexual", Edgardo Alberto Donna, pág. 85 y ss., Ed. Rubinzal Culzoni, año 2000).----------

- ---------- Es decir que con tal agravante se pune sólo el peligro concreto de la puesta en peligro de la víctima de abuso sexual a una enfermedad de transmisión sexual grave –que requiere el conocimiento del autor y la puesta en peligro de contagio de la víctima-, y en el caso concreto se demostró claramente ello ocurrió.-

---------- El hecho que efectivamente se haya producido el contagio es un agravante no contemplado en la ley, y que debe ser ponderado, tal como lo hicieron los Jueces del Tribunal, al momento de imponer pena, cuestión que trataré al resolver el agravio correspondiente.---------- -

---------- Por otro lado, el Profesor Donna también arroja luz sobre la agravante referido en el inc f) del 4º párrafo del Art. 119 del CP –situación preexistente de convivencia con la víctima-, expresando al respecto que "*En este caso se prevé el aprovechamiento de la situación de cercanía y las consecuentes facilidades que le otorga al sujeto activo esta proximidad y relación de confianza con el menor de 18 años".* ----------

- ---------- En el caso traído a examen, y de acuerdo a los dichos de la víctima, su madre y abuela, y del propio imputado, surge prístinamente que S. y su grupo familiar primario habían mantenido una convivencia estable con P.. Ahora bien, que las vicisitudes del trabajo de P. lo hayan mantenido alejado por algunos periodos de su hogar, no menoscaba dicha convivencia ni la relación de cercanía y confianza que la misma brinda y la que la ley pune como agravante. -

---------- Concuerdo al respecto con lo expresado por la Magistrada REYES, cuando expresó: *"... la relación de convivencia que ha quedado perfectamente acreditada con los testimonios reseñados, sino también por los dichos del propio P. que dio fechas precisas de la convivencia (...), toda vez que el acusado era pareja de la madre de S. y además como se demostró en debate estaba a cargo de los niños mientas la madre trabajaba y viajó solo con ambos menores en el camión en diciembre de 2009 cuando relata el último episodio de abuso. Como señaló la Sra. V. O., y lo describió perfectamente S. cuando relata que ella le tenía cariño, y que compartían cosas de familia."* ---------- ---------- Por todo ello, pondero correcta la calificación legal impuesta, así como sus agravantes, por lo que los agravios vertidos al respecto no habrán de tener acogida favorable. Así lo voto. ---------- Por último, corresponde ponderar la pena impuesta. Adelantaré que la misma será confirmada. Explico.---------- Concuerdo con los parámetros escogidos por los Jueces en base a los artículos 40 y 41 del C. Penal, para arribar al monto punitivo, siendo coincidentes los Magistrados al momento de ponderar el daño físico y psicológico sufridos por la menor S..---------- El camino lógico seguido por el Tribunal a fin de determinar la pena ha sido prolijamente enunciado por la Juez Eizmendi, cuando explicó que como agravantes: *"(...) habré de considerar el daño y la extensión del mismo, el que a mi entender ha sido colocado per se en el segundo tercio de la escala penal prevista para el delito*"; analizando a continuación el daño psíquico y físico causado a la joven. Así, explica, que conforme el psicodiagnóstico efectuado por la Lic. O., surgen "*secuelas*

psicológicas, emocionales, cognitivas, disminución del interés a la vida cotidiana, evidenciándose la existencia de un trauma que logró reprimir, el que luego empezó a traer en sueños, y posteriormente en pensamientos recurrentes, sintiendo un alivio al contar acerca de las vivencias sexuales padecidas, que necesita de ayuda psicoterapéutica".---------- ---------- Posteriormente explica que la joven también resultó con secuelas respecto a su libertad sexual, toda vez que manifestó no desear tener relaciones sexuales por temor a rememorar lo vivido con el condenado a su corta edad.--------- ---------- Continúa ponderando como agravante el contagio del virus del HIV en tanto que se traduce al padecimiento físico de la toma de medicación de por vida –tal como lo han expresado las médicas especialistas- y se refleja también en un padecimiento psicológico a raíz de la estigma social que genera la enfermedad. A modo de ejemplo explicaron que la joven, previo a confirmar el contagio, jugaba en el equipo provincial de vóley de la Provincia, actividad deportiva que tuvo que dejar luego que los padres de sus compañeras se opusieran a que siguiera en el equipo luego de tomar conocimiento que S. era portadora del virus del HIV. Al respecto fue contundente la Dra. S. que en su deposición relató el trabajo interdisciplinario que tuvo que realizar para contrarrestar tal resistencia. ---------- ---------- Respecto a tal agravante, se llegó a la certeza requerida que el accionar delictivo de P. fue el que ocasionó el contagio en la menor, descartándose cualquier concausa al respecto. Sentado ello, se debe destacar, tal como lo hiciera precedentemente, que la figura que agrava el tipo del abuso sexual con acceso carnal –Art. 119, 4to párrafo, inc. c)- se satisface sólo con la acreditación de que el autor conozca que es portador de una enfermedad de transmisión sexual grave al momento del acceso, y hubiera peligro de contagio. En el presente caso, la menor resultó contagiada del virus del HIV, por lo que sus secuelas físicas y psíquicas fueron correctamente ponderadas por los Magistrados al

momento de establecer la pena a imponer.---------- ---------- Continuando con los parámetros mensurativos –agravantes- de la pena, también valoraron el tiempo que duró el abuso, y la corta edad de la menor, y como atenuantes la falta de antecedentes del condenado.---------- ---------- Así las cosas, juzgo que es conforme a derecho confirmar en todas sus partes la sentencia impugnada. Así lo voto. ---------- ---------- Por último, con relación a los honorarios profesionales de la Defensora Pública Penal, Dr. Custodio GOMEZ, por su actuación en esta etapa, juzgo adecuados fijar los mismos en Dieciséis JUS (Ley V Nª 90, antes Nª 4920, art. 59). Así lo voto.----------

----------**El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo** ---------- ---------- El Juez Leonardo M. PITCOVSKY dijo: Ha llegado esta Carpeta a la Cámara Penal, para resolver la impugnación ordinaria presentada por el Dr. Custodio Gómez contra la sentencia del Tribunal de juicio de ésta ciudad dictada el 26 de abril de 2017, decisorio que condenó a L. J. P. a la pena de Quince años de prisión, en orden al delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente y por la transmisión de una enfermedad sexual grave en la modalidad del delito continuado (Arts. 45 y 119, tercer y cuarto párrafo incs. c y f del CP), por los hechos ocurridos en Puerto Madryn entre los años 2006 y 2009 en perjuicio de la menor SMEO. ---------- Los agravios de la Defensa y el responde la Fiscalía se han descripto al inicio de la presente sentencia, por lo que en honor a la brevedad a ellos me remito, sin perjuicio que se encuentran detallados en los escritos correspondientes y en el audio de la audiencia. ---------- ---------- En los puntos de la queja

se precisa, a saber: que el Tribunal de juicio mal rechazo en el debate un planteo de nulidad del dispositivo para la atención de personas en situación de abuso sexual; que la sentencia es arbitraria en la valoración de la prueba determinante de la materialidad del hecho y de la autoría del mismo; y que fue arbitraria la individualización de la pena impuesta a su

defendido. ----------

---------- En primer término, y por ser cuestión procesal, trataré la nulidad articulada por la Defensa de L. J. P.. ----------

El Dr. Custodio Gómez planteó la nulidad del Protocolo de ASI llevado a cabo en el Hospital local a la menor S. E. –y sus actos consecuentes-, por entender que dicha diligencia debió ser notificada al imputado para darle la posibilidad de designar un abogado de confianza y, en su caso, proponer un perito, pues no resultaba ser urgente en atención al tiempo que ya había trascurrido desde los hechos. ----------

---------- Indicó el Letrado que la notificación realizada a la Defensa pública no es supletoria y al privar del contralor a P. se afectaron garantías de raigambre constitucional como el derecho de defensa en juicio, el principio de inocencia y el debido proceso. ----------

---------- Sentada la cuestión comenzaré con una cita de lo expresado por el

Sr. Ministro del Superior Tribunal del Chubut Dr. Jorge PFLEGER en autos "PAINEL, Alberto Domingo s /Robo agravado por el uso de arma de fuego" (Expte. 20.20.955-Folio 7 tomo II-P-2007), sentencia de fecha 21/02/2008, quien dijo: "... en materia de nulidades debe andarse con cuidado. Los Tribunales han expuesto reiteradamente que esta sanción procesal es último recurso y que se debe atender tanto a la letra de la ley aplicable en la materia cuanto a la efectiva vulneración del derecho que la irregularidad implica. En otras palabras. La nulidad está apareada

a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quien o por quien se reclama, ya que no hay nulidades en solo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma." ---------- ---------- Es así que la nulidad de un acto procesal resulta ser de aplicación restrictiva, ello conforme lo dispuesto por los arts. 31 del CPP y 44, V, cláusula I de la Constitución Provincial, pues únicamente debe extirparse del proceso aquello que no ha sido cumplido conforme lo dispuesto por la ley y que además afecta de manera irreconciliable las garantías que protegen al imputado y el regular

procedimiento judicial. ---------- Dicho esto, adelantaré que concuerdo con la solución dada por los Jueces del debate al asunto, pues del análisis de lo actuado advierto que no surge vulneración constitucional alguna en el desarrollo del Protocolo de ASI tal como fuera postulado por la Defensa oficial. ---------- En efecto, el acto que se ataca resulta ser concretamente el protocolo que se practica a las víctimas cuando existe una denuncia de abuso sexual. En el presente se llevó a cabo en el Hospital público, con profesionales de la salud, más precisamente en el Hospital Zonal de esta ciudad y por las Dras. N. J. G. y Dra. Z. N., ambas especialistas en ginecología de ese nosocomio, a los fines de determinar mediante la observación ginecológica la existencia de determinados indicios o secuelas físicas de abuso sexual. ---------- Remarco ello pues resulta relevante el hecho de que se efectivicen estos protocolos en hospitales públicos y con médicos del mismo, a los fines de cuidar la objetividad e imparcialidad de las actuaciones y sus resultados.----------

Particularmente en el caso, realizada la denuncia, si bien se conocía la identidad del imputado no se sabía su paradero, por ello resulta acertado que se continuara con el protocolo y que se haya cursado la notificación por cédula a la Defensa Pública estableciéndose el día, el horario y el lugar donde se realizaría la revisación ginecológica a la niña E.. ---------- En estos casos y dada la especialidad y particularidad del delito que se trata, no encuentro justificable tratar de ubicar al denunciado –en el caso con un posible paradero en el gran Buenos Aires- y allí notificarlo personalmente, para luego ocuparse del examen de la integridad psicofísica de quien resulta ser posible víctima de un abuso sexual, cuando además, no ha demostrado ni la defensa ni el imputado cuál ha sido el verdadero perjuicio que ello le ha ocasionado. ---------- --- Cabe mencionar, asimismo, que notificada Defensa Pública, tuvo la posibilidad de controlar el acto, y que al ser notificado el imputado tampoco designó abogado de confianza, sino que continúo con la asistencia técnica oficial, sin solicitar una reedición del acto con otro perito, o en su caso, proponer un consultor técnico para su evaluación. ---------- En suma, a lo largo del proceso pudo el inculpado ofrecer prueba para contrarrestar la imputación, pudo controlar la prueba ofrecida, y en el debate pudo contradecir e interrogar –como lo hizo- a las dos médicas que participaron del protocolo realizado a la menor S.. ---------- Conforme ello, no aprecio que haya existido en el caso menoscabo alguno a los derechos del imputado que resguarda la C.N. y Pcial. en relación a la defensa efectiva en juicio y al debido proceso, que haga inconciliable, por defectuoso o irregular, y que deba extirparse del mismo el acto pericial llevado a cabo, por lo cual he de rechazar, tal como bien lo hicieron los jueces del juicio, el planteo de nulidad solicitado por el Defensor (art. 161 y ss del CPP *contrario*

sensu). Así voto. ----------

---------- Pasaré a continuación a tratar el reclamo del Sr. Defensor en relación a la ausencia de motivación que a su juicio ocurrió en la determinación de la materialidad delictiva y en la precisión de la autoría. ----------

---------- Del repaso de los votos de los Jueces, se advierte que el respaldo argumental que tuvieron para tener por acreditadas las cuestiones discutidas por el Letrado, lo encontraron en las expresiones vertidas en Cámara Gesell por S. E., en el relato hecho en el debate por su madre M. O., por los dichos de la Licenciada P. B. –Profesora de la menor-, por las conclusiones presentadas por la Licenciada M. J. O. –Psicóloga- y por las pericias ginecológicas de las Dras. G. y N., entre otros indicios y medios de prueba, que seguidamente evaluaré, dentro del contexto que la Ley Procesal exige para confirmar el decisorio o para hacer lugar a la pretensión del Defensor de impugnar la sentencia recurrida y absolver al imputado. ----------

---------- En ese sentido, la Dra. Eizmendi –primer votante-, comenzó su análisis para arribar a la condena, destacando la situación de convivencia entre la víctima y el victimario en el domicilio sito en calle L. P. XXX de esta ciudad de Puerto Madryn entre los años 2006 a 2009. ----------

---------- Para acreditar la materialidad y autoría en cabeza del encartado, se refirió a la declaración de la Sra. M. O., quien trajo a escena lo que le narró su hija, respecto a los repetidos abusos y accesos carnales de la que había sido víctima, siendo el agresor su ex pareja P. Con detalle especificó los lugares, modo de acometimiento y tiempos de acaecencia de los sucesivos hechos delictuales. ----------

---------- Este detalle fue confirmado por la propia menor en Cámara Gesell.

De este acto procesal se hizo eco también la Jueza, particularizando en su voto las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que había sido acometida sexualmente, especificando que lo fue tanto en la casa donde convivían como en el camión que el encartado conducía. La data también fue confirmada, puntualizando que los hechos ocurrieron cuando ella tenía entre 6 y 9 años de edad, esto es, entre los años 2006 a 2009. ---------- Más no sólo consideró estas pruebas para arribar a la certeza positiva que la etapa exige para condenar, sino que, como antes indicara, la Dra. Eizmendi arrimó a su sufragio las declaraciones de las médicas ginecólogas que la revisaron luego de la denuncia en el Hospital local, quienes en forma absolutamente clara determinaron que la menor tenía el ano con borramientos y ausencia de pliegues en horas entre las horas 11 y 13, con himen de los denominados complacientes, de los tipos con un orificio himeneal de 2 cms., de tejido elástico. ---------- Fue la licenciada O., Psicóloga que realizara el Psicodiagnóstico a los efectos de establecer la credibilidad de los dichos de la víctima, quien sin lugar a dudas relató, luego de haber llevado a cabo las entrevistas de rigor, que la misma era totalmente fiable en su declaración. Este punto de análisis, absolutamente necesario para avanzar con sumo cuidado hacia el fin del proceso penal en esta clase de casos de abuso sexual intra familiar, esto es, determinar la existencia o no de un hecho delictivo y si el traído a juicio resulta ser su autor, fue correctamente abordado por la Jueza, quien evaluó meticulosamente en el caso y en sentido positivo, tanto la declaración de la menor como el relato de la Psicóloga de mención, datos que además los corroboró con el resto de la prueba ventilada, ya sea por lo narrado por la Profesora P. B., una de las primeras personas que toman noticia del delito, como de la pericia antes detallada, que cierra el cuadro de cargo en contra del imputado. ---------- Subrayó sobre el asunto la

Jueza REYES, que el develamiento de los hechos por parte de la damnificada, ocurridos a lo largo de tantos años, lo hizo en primer lugar ante su amiga y luego ante su madre a instancias de la Sra. B. Destacó para arribar a la condena en el mismo sentido que su colega del tribunal, la declaración de S. E. en Cámara Gessell, la que consideró como espontánea y coherente, dando muestras de que sabía y que entendía lo que estaba relatando porque lo había vivido, más allá del tiempo en que ocurrieron los hechos y la edad que contaba en esas oportunidades en que había sido abusada.---------- ---------- Reiteró también la Jueza que la prueba de cargo es contundente en contra del encartado, pues se debe sumar la pericia ginecológica demostrativa de los abusos sexuales, el informe psicodiagnóstico realizado sobre la menor y las declaraciones de su madre O. y de su abuela, tal como lo refirieron en la audiencia de debate, en consonancia con lo dicho por la menor víctima en Cámara Gessell.----------

---------- El Dr. ORLANDO arribó al mismo resultado, evaluando en tal sentido la denuncia presentada por la Sra. B., y a partir de este dato, continuar con un análisis exhaustivo sobre el resto de la prueba que incrimina -a su juicio sin lugar a dudas-, a P. como el abusador de la menor S. E., hechos desplegados entre los años 2006 a 2009 en esta ciudad de Puerto Madryn.---------- Surge absolutamente claro y sin viso de arbitrariedad de los votos de los Magistrados sentenciantes, que la materialidad del hecho fue probada y que el autor del mismo fue P.. El testimonio de la menor víctima en Cámara Gesell resultó ser fundamental en la evaluación y consideración de los Jueces para arribar a tal conclusión. Destacaron para ello, precisamente, que las expresiones brindadas por S. E. resultaban ser veraces, a partir de su propio contenido y de su comparación con el

resto de la prueba antes detallada y evaluada. ---------- He escuchado atentamente el relato de la menor en Cámara Gessell, y efectivamente, su referencia pausada y extensa cuando menciona los hechos de abuso sexual, tanto con los primeros tocamientos, más luego con los accesos carnales, la modalidad comisiva y el tiempo de acometimiento por parte de quien era conviviente y pareja de su madre, Sr. P., no me dejan lugar a dudas de que los hechos ocurrieran tal como bien lo especificaran los Jueces del debate en sus sentencia de condena. ---------- Claro que esta prueba incriminante, tal como lo he dicho en causa "Llanos Escalante s/ ab. sexual", debe ser fortalecida -a los fines de arribar a una sentencia de condena- con la prueba científica psicológica que localice en un terreno de plena credibilidad los dichos de la víctima, ya sea por la edad desde cuando comenzaron los abusos, ya sea por el tiempo transcurrido entre el comienzo y el agotamiento del ilícito, en tanto que en estos delitos intrafamiliares es sustancial que los Jueces se apoyen en una precisa y correcta pericia para descartar cualquier maniobra inculpatoria con fines de fraude, chantaje o simulación. ---------- Observo en ese sentido que los Jueces también analizaron los indicios que arrimara oportunamente la Fiscalía para probar su hipótesis, los que consideraron claros y unívocos, precisos, no ambiguos ni anfibológicos, infiriendo de ellos, a más de la prueba pericial y testimonial antes señalada, correctamente evaluada la prueba de cargo respecto de la existencia de los hechos y de que su autor fue L. J. P.. ---------- Es que *"el sistema para valorar los elementos probatorios del proceso, adoptado por nuestro ordenamiento de forma, no es el de la prueba tasada sino el de la sana crítica racional, método que no impone pautas fijas al juzgador, sino que deja un amplio margen al tribunal para apreciar la prueba con sujeción a las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología."*. Del voto del Juez Panizzi

en causa "Quintomán, Patricio s/Homicidio simple". Sentencia Nro.52 de octubre de 2006. Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. del Chubut. ----------

--- Finalmente, cabe subrayar que la protesta en los términos en que fuera presentada, no satisface a mi juicio, más allá de la esmerada presentación del Sr. Defensor, la autosuficiencia necesaria para demostrar los defectos que le atribuye a la sentencia pues no refuta las razones que tuvieron en cuenta los Magistrados para dar pleno crédito de toda la prueba como elementos de cargo en contra del encartado. Se advirtió sí, una sobredimensión en el discurso presentado en el recurso símil al presentado en el alegato del debate oral, que no alcanza para conmover la sentencia de condena impugnada. ---------- En relación al ataque que hubo respecto de una de las agravantes del tipo penal escogida por el Tribunal sentenciante, se observa que dicho asunto fue correctamente abordado por los Jueces, en tanto que el imputado al tiempo de acometer sexualmente a la menor tenía plena noticia de la enfermedad infecciosa que portaba -HIV-, más allá del crédito que él le daba al informe bioquímico que acertaba sobre el asunto, completándose así el elemento subjetivo del tipo calificante que la norma penal exige para agravar la sanción. Ello se destaca del contenido de su historia clínica y del relato desplegado en el debate por la Dra. S. F.. ----------

----

---------- Cierra la cuestión desde mi concepción, que la víctima efectivamente es portadora del virus del HIV por la existencia de las relaciones sexuales que mantuvo con el imputado, nexo de causalidad que parte de la agresión sexual y el daño psicofísico logrado como resultado de dicha conducta delictual, por lo que el agravio relacionado a dicha posición se ha de rechazar. ----------

- Finalmente y respecto a la pena impuesta, advierto que los Jueces individualizaron con debida motivación el monto de la sanción. En efecto, al tiempo de evaluar la dosis punitiva, lo hicieron en atención a los parámetros que forman los artículos 40 y 41 del CP, considerando como agravantes las secuelas psicológicas, emocionales y cognitivas que quedaron como resultado de las agresiones sexuales en la menor, la ocurrencia de los mismos cuando transitaba una corta edad, cuestión que se ha visto reflejado en una mayor vulnerabilidad aprovechada por el condenado, observándose además en la niña un estado depresivo e inestabilidad, con sentimientos internos de abandono, desprotección y angustia permanentes; tanto por la existencia de los abusos sexuales como por ser portadora del virus del sida, con la consecuencias sociales que ello también acarrea, expresaron bien los Magistrados. ---------- Es por todo lo expresado y en los términos enunciados, que he de confirmar en su totalidad la sentencia emitida en contra de L. J. P.

Así lo voto. ----------

-

---------- Los honorarios que corresponde imponer, conforme la labor profesional desarrollada por el Defensor técnico, deben justipreciarse en la suma de 16 (dieciséis) JUS con cargo a su asistido. Así lo voto.----------

-

---------- **El Juez Omar Florencio MINATTA dijo:**----------

---------- **1.**Se agravia la defensa de la sentencia condenatoria, alegando que es fruto de la afectación del derecho de defensa en juicio y que ella efectúa una valoración arbitraria de las pruebas en cuanto a la existencia y autoría del hecho, así como discute, en subsidio, el elevado monto punitivo impuesto, puntos que

pasamos a tratar. ----------

---------- **2.** La violación de la garantía de defensa en juicio la finca en la falta de notificación de la medida por la cual se comprueban los accesos carnales de la víctima, toda vez que la fiscalía sabía del domicilio de su defendido. Esto debe rechazarse de plano, pues el aspecto de la defensa en juicio que envuelve el planteo no fue para nada afectado en el caso. Esto es así tan pronto se compruebe que el señalado aspecto consiste en el control de la prueba de cargo, esto es, la oportunidad real y efectiva del imputado de criticarla y esto se cumplió con creces en el caso, ya que no solo la defensa pública fue notificada, lo que está permitido para casos urgentes- urgencia que aquí debe medirse no solo como exigencia jurídica, sino médica que le da fundamento a su carácter-, sino que podría haberse repetido la diligencia si interesaba al imputado. Es decir, el control efectivo mediante la posibilidad cierta y concreta de criticar- que es el aspecto esencial del control, como preguntar, proponer otra pericia, etc.- la prueba de cargo, fue absolutamente respetada y excluye de plano la afectación de la garantía citada. *(Cfr., para el aspecto del control como componente de la garantía de defensa en juicio, entre otros, a: MAIER,Julio B.J; Derecho Procesal Penal, Tomo I, Ed. Del Puerto, Bs As, 1996, especialmente pags. 577 y 584/587),* ----------

---------- **3.** En cuanto a la arbitrariedad del tribunal expresada en la valoración de las pruebas que acreditan tanto la existencia de los hechos como su autoría, comencemos por recordar aquí una vez más el significado de certeza como idóneo para destruir el estado de inocencia del imputado, sobre todo para despejar la creencia de que aquella es una correspondencia objetiva plena con lo ocurrido en el pasado. Esto no es así, pues de lo que se trata es de una certeza que significa, en

esencia, una afirmación probabilística, es decir, no exacta, lo que se plasma en la exigencia de que la sentencia condenatoria debe basarse en una afirmación positiva con el calificativo de *mas allá de toda duda razonable.* Decimos esto porque la defensa trata de refutar trayendo hipótesis que son remotamente posibles históricamente, pero que no aportan el mínimo de probabilidad exigida para refutar las afirmaciones de la acusación, por lo que el dilema , como en toda investigación o explicación científica- como por ejemplo, la histórica que es la más semejante a la judicial- se resuelve a favor de ésta última, pues aparece no solamente como la más simple, sino la dotada de mayor poder de explicación y , sobre todo, compatible con el mayor número de pruebas y conocimientos adquiridos con anterioridad. ----------

---------- En fin, con todo ello queremos expresar que una sentencia condenatoria será título suficiente para habilitar pena, en tanto ella se lógicamente probable o razonablemente plausible conforme los principios señalados de la inducción, sin que quepa exigir demostración vía deducción de premisas indiscutibles o axiomas. ----------

---------- **4.** Señalado lo anterior respecto de la semejanza genérica de la verdad judicial con otras explicaciones científicas, especialmente la histórica, centrémonos en las reglas epistemológicas básicas de reconstrucción de la verdad fáctica en el proceso penal, que a su vez son garantías jurídicas para el imputado, que reflejan en la investigación judicial la lógica de la inducción científica, siguiendo en esto al maestro Ferrajoli. *(Cfr .para todo lo dicho en el punto anterior y el presente a: FERRAJOLI, Luigi;; Derecho y Razón, Trotta, España, 1995, especialmente pags. 51/54 y 147/151).* ----------

---------- La primera de ellas- que se traspone como garantía con el brocardo *nullum acusatione sine probatione*- exige la necesidad de que la tesis acusatoria sea

confirmada por una pluralidad de pruebas o datos probatorios que sean coherentes con su hipótesis, es decir, una serie de datos graves, precisos y concordantes, que no hace al número o cantidad, sino a la calidad de información que pueda inferirse de todos ellos. La segunda regla, más importante que la necesidad de prueba, es la garantía del contradictorio, esto es la posibilidad de la refutación o la contraprueba, conforme a la cual para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera no basta que sea compatible con varios datos probatorios- es decir que cumpla con la primera regla que vimos-,sino que también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos disponibles, pues basta con que una de ellas sea probable para que se considere refutada la hipótesis del fiscal. Por último, la tercera condición o garantía para alcanzar la verdad procesal se aplica cuando se presenta una situación tal que ni las hipótesis de la acusación ni las que están en competencia con ella pueden ser refutadas, aplicándose aquí el principio in dubio pro reo, de forma tal que, en síntesis, las tesis acusatorias prevalecen solo si están confirmadas, mientras que las contrahipótesis prevalecen con solo no haber sido refutadas. ----------

---------- Todo el esquema anterior que venimos señalando es necesario recordarlo en este caso no solo para contrarrestar los argumentos de la defensa en cuanto al concepto de certeza, como vimos en el punto anterior, sino especialmente para desechar que en el caso se condene en base a una sola prueba- el testimonio de la víctima- o que existe una o varias contrapruebas de existencia posible o probable o que obren como sostén de alguna una explicación alternativa que pueda dar lugar a un estado de duda que haga aplicable el in dubio pro reo, puntos que pasamos a tratar. ----------

---------- **5.** En cumplimiento de la

primera regla la fiscalía presenta los testimonios correspondientes a la víctima, madre, abuela, tutora docente, profesionales médicos y psicólogos actuantes, señalando tanto su coherencia interna como externa y estimando como simples conjeturas sin sustento probatorio alguno a la versión del imputado, valoraciones que, en general, son acogidas en la sentencia condenatoria y que este juez comparte por las siguientes razones. ---------- En primer lugar, no puede afirmarse que el testimonio de la víctima es la única prueba de los hechos de acceso carnal que se imputa, pues si bien ella es la base de la valoración, debe completarse con los testimonios concordantes en el punto nuclear de los otros testigos y peritos actuantes, por lo que la necesidad de pluralidad de pruebas coherentes como primera garantía epistemológica básica se cumple, al conformar un plexo probatorio único y plúrimo sobre el cual asentar una condena. ---------- En efecto, la credibilidad propia de la víctima surge no solo en cuanto a la falta de contradicción respecto a los detalles de los hechos, siempre valorados teniendo en cuenta las huellas mnémicas acordes con la corta edad que portaba la víctima y los años que pasaron, sino porque no se vislumbra motivo alguno en que pueda asentarse alguna animadversión hacia al imputado que pudiere justificar una imputación tan grave, descartada ya la propia fabulación o implante de los hechos por parte de un adulto, tal como lo refieren las psicólogas actuantes, a todo lo cual hay que unir el sostenimiento de la misma versión en el tiempo ante todas las personas e instancias procesales acerca de los abusos sexuales, tanto en el camión como en el domicilio de la calle Pampa de ésta ciudad. Se llame a esto coherencia interna o subjetiva o del modo que se quiera, lo real que de todo ello suerte la credibilidad de la testigo víctima. ---------- Claro que con ello no alcanza para satisfacer el requisito de la necesidad de pluralidad de probanzas, por lo que habrá

que buscar apoyo en algo externo a su testimonio, a los efectos de encontrar elementos probatorios coherentes con el relato. En este sentido, en cuanto a la materialidad, no cabe dudar de la existencia materiales de los accesos carnales en el ano y vagina, comprobadas por el informe correspondiente y explicitada en el debate por la Dra, N. al señalar la comprobación en la niña de himen complaciente y amplio orificio con ausencia de pliegues anales entre hora 11 y 3. La argumentación de la defensa en orden a que las profesionales afirmen que no pueden afirmar con certeza la penetración o no vía peneana, es fruto de los límites que les impone la ciencia médica en cuanto a la imposibilidad de alegar un grado de convicción absoluta sobre el punto. ---------- Asimismo, el testimonio de la madre aparece, en este contexto, plausible como complemento del de su hija, pues el mismo debe valorarse desde la propia vulnerabilidad no solo acrecentada por el ataque permanente de culpabilizarla a ella de toda la situación por falta de cuidado, sino demostrada por la justificante del miedo a la reacción violenta de su pareja al momento de la denuncia y para proteger a su hija a punto de cumplir con sus quince años, con todo el bagaje cultural positivo que aún la cultura actual le confiere a este hecho para una mujer. ----------

Por su lado, el testimonio de la psicóloga O. también es coherente con relatado por la víctima en lo nuclear, son solo en cuanto a los tocamientos y penetraciones, sino también en los demás detalles en cuanto a los motivos del ocultamiento durante años – especialmente la convivencia en un principio y luego su falta posterior, que implicaron un acomodamiento a la situación deshonrosa y humillante provocada por un referente- y la razón del develamiento posterior, así como la explicación de la

falta de registro de los hechos por parte del entorno adulto de la niña al momento de realizados, a lo que debe agregarse lo que ya dijimos en cuanto a la faltad de fabulación y sinceridad con que se conduce la víctima. ---------- ---------- En fin, con todo ello debemos dar por cumplida la primera regla epistemológica básica cuyo respeto asegura la reconstrucción de la verdad fáctica, por lo que puede sostenerse, sin dudas, que la hipótesis acusatoria está confirmada por una pluralidad de pruebas o, para decirlo con términos tradicionales, por varios datos probatorios precisos, graves y concordantes. Sin embargo, sabemos que con ello no basta, pues más importante que la primera regla, es la segunda de ellas, que consiste en analizar si algunos de los datos probatorios señalados no han sido refutados por la defensa, para lo cual, como vimos, solo basta la probabilidad y no la certeza, de forma tal que si es probable que así sea la acusación quedará refutada. Adelantamos que no existe siquiera viso de que esto ocurra, pues la defensa se limita a traer como defensa hechos que si bien no son remotamente imposibles, esto es conjeturas, los mismos no encuentran apoyo en ningún dato probatorio o no alcanzan siquiera la probabilidad para desterrar lo afirmado por la fiscalía. Aún más, algunos de ellos no son incompatibles con lo sostenido por la acusación, como por ejemplo el hecho de que trabajara toda la semana y se encontraba a veces al cuidado de la niña o a destacar y poner dudas sobre detalles del viaje en camión, lo cual no descarta la inexistencia de tiempo para abusar de la niña. Con esto es suficiente como para descartar cualquier refutación del plexo cargoso, así como para descartar cualquier versión de los hechos explicativas y razonables en competencia con la de la fiscalía, lo que hace inaplicable el in dubio pro reo pretendido por la defensa y por ello inaplicable la tercera regla que habíamos

señalado. ----------

---------- En definitiva, deberá confirmarse la sentencia condenatoria en cuanto declara la certeza respecto de la existencia de los hechos, así como de la autoría en cabeza del Sr. P.. ----------

---------- **6** Respecto a la calificación legal corresponde confirmar la efectuada por el tribunal en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal estipulado en el anterior artículo 119, tercer párrafo, del Código Penal Argentino en carácter de autor. ----------

---------- En cuanto a las agravantes, surge con claridad no discutida la convivencia preexistente, conforme lo ya valorado, restando analizar si existen elementos semejantes como para sostener con certeza que P. fue quién produjo la transmisión del virus que se endilga mediante los actos de penetración anal y / o vaginal. ----------

---------- En este sentido, no existe duda alguna de que al tiempo en que ocurrieron los hechos el imputado portaba el virus, por lo que ya estamos con un primer hecho cierto grave y, si a ello le unimos la circunstancia demostrada de que las penetraciones tenían la data referibles a la edad de la víctima al momento de los hechos, podemos sostener, más allá de toda duda razonable que fueron las acciones que el imputado realizó sobre el cuerpo de las víctima las que originaron el contagio del caso. ----------

---------- **7.** El agravio respecto del monto fijado como pena de quince años de prisión que trae la defensa, sabemos que siempre debe partirse, por consideraciones del estado de inocencia y favor reo, del mínimo legal de la pena y, a partir de allí, estimar si corresponde aumentarlo por la existencia de las agravantes, siempre que

no queden neutralizadas por los atenuantes. ----------
---------- En este sentido, también sabemos que la determinación judicial de la pena es el campo más propicio a la arbitrariedad judicial, tal como lo demuestra la larga experiencia judicial, acostumbrada a fundar el monto de la prisión con la sola mención de algún punto que señalan los artículo 40 y 41, lo que hoy no debe aceptarse, pues la motivación de la pena es tan o más importante que la de los hechos y autoría, puesto que en última instancia es lo que realmente importa en materia de dignidad de la persona humana sometida a proceso, en parangón a lo que se trata de establecer respecto de las víctimas. ----------
En efecto, la determinación judicial de la pena es una cuestión eminentemente técnica, a tal punto que en el propio sistema de jurados, sea clásico o escabinado, los legos no pueden siquiera opinar sobre ella, pues es de competencia exclusiva de los togados. Esto es así no porque la pena no presuponga hechos que hay que probar y estimar, sino porque ella exige una determinación precisa de reglas normativas que hacen a la culpabilidad y que requerirían de los jurados una determinada especialización que iría contra la propia operatividad del sistema de jurados. --------
---
---------- En el caso concreto se traen como agravantes del injusto consideraciones sobre la extensión del daño que regularmente causan todos los accesos carnales abusivos sobre la vida de los niños, es decir, daños consistentes en secuelas psicológicas, emocionales, cognitivas, etc., lo cual está fuera de toda duda, pero tales extremos son los que justifican precisamente la gravedad de la cuestión y que están ya considerados con el elevado mínimo con los que el legislador conminó estos hechos. Si esto es así, tales daños, para que puedan ameritar moverse del mínimo que ya los comprende, deberán ser superiores a los normales y regulares, lo que deberán demostrarse con datos probatorios precisos, graves y concordantes

presentados y producidos en el debate por la propia fiscalía en cumplimiento de la primera regla básica sobre la reconstrucción de la verdad fáctica que hemos ya señalado para la existencia y autoría del hecho, extremo que no se cumplió, toda vez que las referencias a las que hace el informe de la licenciada O. son puntos que regular y normalmente sucede en todos los abusos infantiles de modo casi necesario, conforme la misma experiencia judicial, no apareciendo ninguno de ellos como componentes extraordinarios o inusuales de

los abusos sexuales infantiles. ----------

---------- En cambio, sí amerita agravar el monto mínimo la circunstancia de haberse cometido los hechos conforme las modalidades del delito continuado, puesto que en realidad, desde el punto de vista material, estamos ante un concurso real que la doctrina los considera, sin embargo, como un hecho único puesto que de lo contrario les correspondería, mediante su suma aritmética, una pena irracional comparada con la existencia de cualquier humano. También funge aquí como agravante puede sostenerse la indefensión de la víctima, no solo por su corta edad, sino por las circunstancias de indefensión de la niña provenientes del contexto en soledad en que se produjeron los hechos, especialmente lo ocurrido dentro de

camión en un viaje. ----------

---------- También ameritan aumentar el mínimo de ocho años de prisión, el grado de culpabilidad del imputado que, como sabemos, es la medida de la pena. En este sentido, los motivos y el ámbito de autodeterminación que el imputado tuvo en el momento de los hechos agravan el mínimo, toda vez que el conocimiento de ser portador del virus transforma el motivo común de los abusos sexuales a niños en otro motivo aberrante, pues no solo compromete la libertad y salud sexual de la

víctima, sino su propia existencia al transmitirle una enfermedad crónica que le exige un cuidado futuro extraordinario en toda su vida, punto conocido al momento de los hechos por el propio autor, a todo lo cual hay que agregar la estigmatización social de la enfermedad como algo negativo, no solo respecto de la propia familia, sino de los vecinos y posibles parejas de la niña en su adultez. ----------

------ Todo lo anterior me lleva a estimar como no arbitraria la decisión de imponer el monto de quince años de prisión, por las agravantes que he señalado, compensado por la atenuante de la falta de antecedentes e inutilidad comprobada de la prisión, especialmente para estos casos. ----------

8. Por todo lo anterior, entendemos que corresponde rechazar la impugnación impetrada, confirmar la sentencia condenatoria en cuanto a la existencia, autoría y monto punitivo impuesto al Sr. L. J. P..

----------En relación a las costas y honorarios de la Defensa, adhiero a lo postulado por el Señor Juez que lidera el Acuerdo. Así lo voto. ----------

---------- Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose por unanimidad el siguiente:----------

---------- **FALLO**:----------

---------- **I) NO HACER LUGAR** a la nulidad articulada por el Sr. Defensor oficial, conforme las consideraciones dadas en los sufragios (Arts. 161 a contrario sensu, ss y cc, del C.P.P., Art. 52 de la Const. Prov. Y 18 de la Const. Nac.).--------

---

---------- **II) RECHAZAR** la impugnación articulada por la Defensa de L. J. P. con costas (Arts. 385 y cc. Del C.P.P).----------

III) CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 89 a153, registrada bajo el Nº 1236/17 de OFIJU. ---------- **IV) REGULAR** los Honorarios profesionales del Sr. Defensor

Público Penal Dr. Custodio GOMEZ en la suma total de DIESICEIS (16) JUS, por la labor desarrollada, con cargo a su defendido art. 59 de la Ley V Nº 90, antes Nº 4920. ----------

---------- **V) FIRME** que se encuentre, remitir al Superior Tribunal de Justicia a los efectos de dar cumplimiento con la consulta dispuesta por el Art. 377 del C.P.P.-

---------- ----------

------- **VI) REGÍSTRESE**, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (art. 331 del CPP). ----------La presente es firmada por dos miembros del Tribunal, habiendo remitido el Sr.

Juez Dr. Omar Florencio MINATTA su voto de forma digital (Art. 331, *in fine*, del

CPP*)*.----------

Rafael LUCCHELLI **Leonardo Marcelo PITCOVSKY**

Juez de Cámara **Juez de Cámara**

Ante mí:

Corina FRANCO

Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº 06 CPPM DEL AÑO 2017. CONSTE.-

Corina FRANCO

Secretaría de Cámara