En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veinticinco días del mes de julio de dos mil diecisiete, el Tribunal integrado por los Dres. **Guillermo Alberto MÜLLER**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y Martín Roberto MONTENOVO** , Jueces de Cámara, proceden a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 8790**, **carpeta individual n° 1672**, caratulada: **"F., C. A. s/ p.s.a. Abuso simple en concurso ideal con abuso sexual gravemente ultrajante en grado de tentativa, agravado por ser cometido por un ascendiente (arts. 119 primer párrafo, segundo párrafo inciso b y 54 del C. Penal",** de la Oficina Judicial de la Circunscripción de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación el Fiscal General Dr. **Herminio G. Meneses**, el Abogado Adjunto de la Defensoría Pública Dr. **Gustavo Oyarzún** y el imputado **C. A. F.**; y

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

---- Que los días tres y once de julio del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de C. A. F., 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 C. A. F. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite

el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Guillermo Alberto Müller, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

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

I.- Motiva la intervención de este Cuerpo la impugnación

ordinaria deducida por el Abogado Adjunto de la Defensa Pública, Dr. Gustavo Oyarzún, en favor de C. A. F., contra la Sentencia N° 169/17, de fecha 22 de marzo de 2017, por cuanto fue condenado a la pena de siete años de prisión como autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual simple en concurso ideal con abuso sexual gravemente ultrajante de menor de 13 años en grado de tentativa, agravado por ser cometido por un ascendiente (Arts. 119 primero y último párrafo y segundo y cuarto párrafo inciso “b”, en función del primer párrafo, 42, 44, 45 y 54 del C.P.), por los hechos ocurridos en la ciudad de Sarmiento el día 4 de agosto de 2016 en perjuicio de su hija menor.-

1.- El recurrente planteó dos agravios: a) error en la valoración de la prueba rendida en el debate y b) aplicación errónea de la ley penal.-

Con relación al primero sostuvo que los Magistrados no tuvieron en cuenta las cuestiones puestas de resalto por la defensa y que fundamentaron la autoría y materialidad del hecho en la declaración prestada por la víctima en Cámara Gesell, seguido del informe de validación de la Lic. Y. C..-

Criticó el voto del Dr. Casal en cuanto valoró cuestiones indiciarias y hechos que no eran propios de la acusación fiscal y que tomó en cuenta testimonios que nada tenían que ver con el hecho enrostrado.-

Cuestionó que la validación del relato de la niña la realizó la misma profesional que intervino en la Cámara Gesell, y agregó que la Licenciada refirió haber seguido el protocolo de credibilidad CBCA-SVA pero que ello no surgió del informe presentado por el Ministerio Público Fiscal en debate y que tampoco fue contundente en su deposición en cuanto a cuales eran los puntos de credibilidad que había encontrado.-

Señaló que la menor realizó un relato sin angustia, aletargado, con espacios de silencio, contradictorio y sin espontaneidad; que en principio refirió a un hecho de abuso sexual simple y que luego a instancias de la profesional modificó radicalmente su postura e incorporó el hecho gravemente ultrajante y concluyó que tal circunstancia no fue valorada por los Señores Jueces.-

Respecto al segundo de los agravios indicó que la calificación legal aplicable al caso sería la de abuso sexual simple, dos hechos, agravado por haber sido cometido contra un descendiente, ya que para que se concrete la figura propuesta por el Fiscal es necesario que el abuso por su realización o por el tiempo de duración haya sido gravemente ultrajante y que ninguna de estas cuestiones fue abordada por los Jueces por lo que la sentencia en crisis carece de la argumentación mínima necesaria para agotar la previsión del Art. 25 del C.P.-

Finalmente hizo expresa reserva del caso federal y solicitó la absolución de su asistido y subsidiariamente para el caso de confirmarse la condena, se aplique el mínimo previsto en la escala penal.-

2.- A su turno, el Fiscal General Dr. Herminio G. Meneses, contestó los agravios esgrimidos por la defensa.-

Sostuvo que del planteo no se desprende ninguna cuestión referida a desvirtuar la autoría ni la materialidad del hecho, habiendo sido acreditado el caso con pruebas que el Tribunal valoró correctamente y permitió que se arribara a una sentencia condenatoria.-

Agregó que la autoría no sólo se acreditó mediante la declaración de la niña y el análisis que se efectuó de la validación del relato, sino que además se incorporaron otros elementos que fueron debidamente examinados.-

También se refirió a los testimonios tenidos en cuenta por

el Dr. Casal -Dra. C. y Miriam Aguirre- y que fueron cuestionados por la Defensa. Resaltó que la Dra. C. fue la primera profesional en atender a la víctima y en aplicar el protocolo de abuso sexual infantil y que también brindó explicaciones y sus percepciones sobre el procedimiento efectuado. Resaltó que dicho testimonio tiene directa relación con el hecho investigado y que no podía dejar de valorarse para arribar a la sentencia.-

Respecto a la declaración de la niña en Cámara Gesell sostuvo que el Defensor tuvo la oportunidad de efectuar todas las preguntas que considerara necesarias al momento de desarrollarse la diligencia pero únicamente se limitó a realizar el contra examen a la Lic. C. en el momento del debate.-

En cuanto al cambio de calificación peticionado por la defensa señaló que no ha dado razones de porque no debería ser gravemente ultrajante, cuando de las circunstancias surge que así lo fue.-

Finalmente solicitó el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia en todos sus términos.-

3.- En ocasión de celebrarse la audiencia del Art. 385 del C.P.P. el Señor Abogado Adjunto expuso sobre los motivos que lo llevaron a impugnar la sentencia y solicitó la absolución de su asistido y subsidiariamente, para el caso de no tener acogida su planteo, se elimine la calificación gravemente ultrajante y se aplique el mínimo de pena previsto para el delito de abuso sexual simple.-

A su turno el Fiscal General reiteró los argumentos

expuestos al responder la impugnación y solicitó el rechazo y la confirmación de lo resuelto por el Tribunal de Juicio en todos sus términos. Por último fue escuchada la madre de la menor víctima y luego el imputado quien expresó su inocencia y que considera como un acto persecutorio la formación de este proceso en su contra por su condición de militar.-

II.- El hecho por el cual se autorizó el juicio oral fue el descripto en la acusación de la siguiente manera: “El ocurrido el 4 de agosto de 2016, aproximadamente a las 13:30 horas en la casa N° ** del Barrio S. Sarmiento, cuando E. J. F. A., de 12 años, se encontraba limpiando la mesa y es abordada por su padre C. A. F. quien la lleva a la pieza matrimonial, le saca la remera, la manosea, le muestra su miembro genital diciéndole “chupa chupa”, mientras ella se tapaba la cara. En un descuido del agresor aprovecha la oportunidad de escapar hacia la casa de su vecina A. V. J., quien la recibe cubierta con un toallón en la parte superior del torso, con una remera y el buzo en la mano y llorando dice que su padre la había querido violar”.-

1.- El primero de los agravios transitó por el cuestionamiento a las conclusiones del Tribunal de grado relativas a los intems materialidad y autoría delictiva en el convencimiento que se apoyan exclusivamente en el testimonio de la menor y en la validación del mismo por la Lic. Y. C., y puso foco en el sufragio del Juez Casal.-

No en pocas oportunidades nos hemos expedido en

relación al abordaje de los casos de abuso sexual infantil y lo dificultosa que resulta la tarea tendiente a la reconstrucción de los hechos no solo en razón de la forma y oportunidad en que suelen producirse, sino también porque la víctima es único testigo de vivencias sumamente traumáticas, en muchos casos ocurridos en el seno familiar como en este particular. Adicionalmente en estos supuestos de abuso intrafamiliar debemos considerar que además plantea conflictos a otros miembros del grupo, lo que pudimos verificar en la audiencia del art. 385 del C.P.P. cuando le fue concedida la palabra a la madre de E. quien claramente tiene posición tomada a favor de su pareja, expresando sus dudas sobre la veracidad de lo ocurrido pese a lo manifestado por su hija en dicha oportunidad.-

También es frecuente que el imputado niegue los hechos lo que impone cotejar dos posiciones completamente distintas y ello sugiere la consideración, a efectos de estar a una de ellas, de los argumentos por los que se descarta la otra a riesgo de incurrir en arbitrariedad, pero en el presente caso F. se abstuvo de prestar declaración en el juicio, expresando recién en esta instancia su inocencia, y por otra parte la Defensa optó por una tesis negativa con críticas a la prueba propuesta por el acusador, intentando mostrar que ella era insuficiente para vencer el estado de inocencia, sin oponer una hipótesis alternativa como tampoco dar razones respecto al proceder de la niña al exponer un suceso de tal entidad en forma espontánea mediante una solicitud de

auxilio a vecinos de la vivienda familiar ubicada dentro de una guarnición militar.-

Reitero al momento de emitir el pronunciamiento los jueces del Tribunal de grado no debieron confrontar posiciones disímiles ni analizar contra-hipótesis fácticas, solo procedieron a cotejar la versión de la niña con el resto del caudal probatorio rescatando válidamente varios indicadores de credibilidad, y por ende no encuentro déficits en la metodología empleada para valorar las pruebas y precisamente han observado aquellas pautas y premisas fundamentales para analizar estos casos que en reiteradas oportunidades hemos reclamado, así en autos "R., P. s/ psa. Abuso Sexual con acceso carnal a menor de edad agravado por el vínculo" Sentencia N° 11 del 11 de mayo de 2013: "F., V. F. s/ Dcia. Abuso Sexual r/v hijo menor", Sentencia N° 38 del 18 de diciembre de 2013; "V., C. A. s/ Dcia. Abuso Sexual" Sentencia N° 5 de fecha 20 de abril de 2017, entre otras.-

Focalizándonos ya en la acusación y en los elementos de convicción aportados y reunidos en juicio para apreciar su aptitud y contundencia, tenemos una serie de indicadores cuya utilización resulta imprescindible para resolver el conflicto a fin de determinar si existió una colisión entre el accionar del imputado y la ley penal, identificar el tenor del mismo y eventualmente las consecuencias que de ello deben derivar.-

La versión que diera E. J. en Cámara Gesell

indudablemente se corresponde con el relato que efectuó inmediatamente después del hecho a su vecina, a la Dra. C. al examinarla en el centro de salud y a la madre, quien no obstante la postura adoptada confirma que ese día recibió un llamado telefónico de su vecina cuando se hallaba en el trabajo solicitándole que se dirija con urgencia hacia su domicilio, lo que así hizo, informando la Sra. J. lo sucedido en cuanto F. quiso abusar de su hija y que E. le dice "papá quiso abusar de mí", relatándole todo el episodio en forma absolutamente coincidente con lo expuesto al brindar testimonio, pero además la Sra. R. A. declaró que inmediatamente se dirigió a su casa a pedir explicación a su marido quien le expresaba que no sabía lo que había hecho, y a ello se le debe aditar, conforme el testimonio de la Sra. J. y su pareja, el Sr. E. A. T., que F. apenas se retiro E. de su casa se dirigió a la de ellos en busca de la niña pretendiendo ingresar a la vivienda lo que no se le permitió solicitándole que se retire.-

Estas conductas del encartado, posteriores al hecho no son más que un reflejo de la conciencia de su proceder ilegal, verificado por prueba independiente; un indicador más de los tantos que han podido rescatar los sentenciantes.-

También adquieren relevancia la declaración testimonial de la experta que entrevisto a la menor a pocos días del suceso -10/8/2016-. La Lic. Y. S. C., siguiendo los criterios técnicos de rigor para este tipo de abordajes, ha concluido que el relato es consistente, es decir que no era fantasioso, ni incongruente y que tampoco resultaba estructurado; que el

relato central durante la Cámara Gesell fue de idéntico tenor al que brindara en las primeras entrevistas, por ende ha quedado demostrada la persistencia de la versión, que en definitiva es un indicador de suma importancia para evaluar la credibilidad de un testigo único, en este caso la víctima.-

No escapa a este análisis, en función de la crítica del impugnante, que la psicóloga forense desarrolla una tarea investigativa, por lo cual su posicionamiento frente a la temática que la convoca, impone imparcialidad, neutralidad y objetividad a los fines de colaborar con la instrucción en el descubrimiento de la verdad real, pautas que se aprecian en su trabajo, pues de advertirse que el niño ha sido influido por el entrevistador a la narración de un suceso, poco o nulo valor se le puede asignar; al respecto entiendo pertinente traer un artículo publicado en la Revista de Derecho Penal y Criminología, Año 1, nº 4, Diciembre 2011, de Inés Lucero "La intervención de los peritos psicológicos en los supuestos de abuso sexual infantil" en el que al referirse a la importancia de una entrevista correctamente administrada refiere que, "Autores españoles expertos en el campo de la psicología, resaltan que durante los últimos años los investigadores han venido estudiando la capacidad de los niños para informar con exactitud sobre sucesos ocurridos en el pasado y una de las cuestiones más controvertidas de estas investigaciones ha sido la sugestibilidad de los menores o el grado en que la codificación, almacenamiento, recuperación e información del niño se pueden ver

influidos por diversos factores sociales y psicológicos… En este sentido, podemos afirmar que es unánime la opinión de aquellos autores que coinciden en sostener que el niño es plenamente capaz de atestiguar correctamente siempre que no sean inducidos por persona alguna y en particular por un entrevistador, incompetente".-

Considero de tal manera que la crítica al trabajo desarrollado por la experta no resulta sustancial y es más que comprensible que en la declaración brindada en cámara Gesell su relato haya resultado más moderado que el inicial, incluso respecto al brindando a la Dra. C. al examinarla en el centro de salud, pues quedó claro la influencia de la madre que tiene que ver con el sostenimiento familiar, lo que también fue evaluado por los Jueces del Tribunal, quedando en evidencia con lo expresado por R. A. en la audiencia del art. 385 del C.P.P.-

Como acabo de expresar, la prueba psicológica, al margen de su carácter indiciario, ha arrojado resultado positivo y la tarea de la Lic. C. no ha merecido críticas de importancia como el método seguido para arribar a tales conclusiones, o la ausencia de control de dicha prueba, o la imposibilidad de un contra-examen o posiciones profesionales distintas en función de literatura específica.-

En definitiva la lógica del pronunciamiento, no merece objeciones en este punto; el relato de la menor ha sido verosímil, creíble producto de los demás elementos de convicción que la confirman, así la validación psicológica, el testimonio de los vecinos, de la médica que

atendió a la menor y de la madre, por lo tanto lucen correctas estas conclusiones que contiene el fallo de condena por cuanto han sido construidas a partir de elementos de convicción plenamente concordantes entre sí y valorados adecuadamente sobre la base de la lógica, la psicología y la experiencia común, esto es, siguiendo las reglas de la sana crítica racional, otorgando absoluta credibilidad a los dichos de la víctima, y por las consideraciones expuestas entiendo debe desestimarse la impugnación, particularmente en todo aquello relativo a la materialidad y autoría responsable, y así voto.-

2.- El segundo agravio es dirigido a la significación jurídica asignada por el Tribunal de grado a la conducta de su asistido en el convencimiento que ella no debió superar la figura básica porque no se dan en el caso ninguna de las circunstancias que establece el art. 119 2do párrafo del C.P. para considerar gravemente ultrajante el abuso sexual, como así también que ello no fue abordado por los sentenciantes careciendo de argumentación suficiente dicha conclusión.-

En función del hecho puntual que fue base del juicio y materia de acusación, no encontramos mayores dificultades para ubicar la conducta dentro del abuso sexual simple agravado por el vínculo (art. 119, 1er y 4to párrafo in fine del Código Penal),por cuanto el imputado llevó a su hija a la pieza matrimonial y previo sacarle la remera procedió a manosearla con fines sexuales, y el medio comisivo endilgado ha sido solo la edad, menor de 13 años, circunstancia que por sí sola satisface las

exigencias típicas, mas allá de que indudablemente la niña fue obligada a ir a esa dependencia de la vivienda que importa el posible empleo de otros medios – amenazas, fuerza-, pero que no ha sido trasladado a los cargos y mal pudo ser considerado, como en el caso del Dr. Criado al tratar la cuestión, en referencia al momento que la niña logra escapar de la casa cuando estaba ya en el baño y recibe un par de golpes en la espalda porque no los integra y porque se vincula a la pretensión del imputado de evitar que devele lo sucedido.-

Cierto es que el Juez Casal no brindó mayor argumentación para sostener la calificación jurídica asignada a la conducta limitándose a efectuar una breve cita doctrinaria y jurisprudencial, ahora bien los Jueces Criado y Rolon han fundamentado tal conclusión, desde luego con argumentos que no compartimos.-

Podemos convenir que de acuerdo a la ley vigente al momento del hecho, por cuanto ha sido modificada por la Ley 27.352 publicada el 17/05/2017, la “fellatio in ore” satisface la exigencia típica del 2do párrafo del art. 119 del C.P. y en tal dirección nos hemos pronunciado no en pocas oportunidades, la particularidad radica en que se le endilga en grado de tentativa (art. 42 del C.P.) y concursado idealmente con abuso sexual simple, ello en base a que luego de manosearla a la menor se bajo sus prendas, exhibió sus genitales y le decía “veni, veni, chupa, chupa” logrando

escapar de la situación en la forma ya expuesta, es decir por las circunstancias de su realización.-

Cuando hablamos de tentativa en los delitos contra la integridad sexual no es una cuestión menor porque en principio se tratan de delitos de resultado sobre los que la doctrina no es pacífica. En tal sentido podemos imaginar formas imperfectas de ejecución y en la práctica puede resultar muy confuso deslindar entre los actos preparatorios y la tentativa punible en la que desde luego es relevante la intención del autor, es decir podemos aceptarla conceptualmente pero manifiesta serias dudas en la práctica. Por otra parte considero que en los supuestos de abuso sexual con acceso carnal o gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización ya sea consumados o tentados por la evidente intención del autor, solo estaríamos en el ámbito de tales delitos pero no en el abuso sexual simple, pues es propio que existan acciones sexuales previas o durante el desarrollo del acto como tocamientos es decir actos comprobables directos pero que quedarían comprendidos dentro la conducta mas grave.-

Retomando entonces la construcción que han realizado los sentenciantes en relación a este segmento, la exhibición de genitales y la manifestación “veni, veni, chupa”, se impone entonces dilucidar si se trata de actos preparatorios o de aquellos que marcan la faz ejecutiva del delito tentado, cuestión que no es fácil y no resulta nada ociosa si

consideramos que solo los actos ejecutivos son sancionados quedando exentos de toda responsabilidad penal aquellos meramente preparatorios.-

Sabemos que la doctrina ha elaborado distintas tesis para llenar este vació que están basadas en tres criterios, el negativo, el subjetivo y el objetivo, y cada uno con distintas variables y tesituras, adhiriendo aquella posición formal-objetiva que atiende al núcleo del tipo en el que tiene que ingresar la conducta analizada, teoría que luego fue completada por la material-objetiva que además atiende a la necesidad de comprobar la existencia de un peligro para el bien jurídico.-

Queda claro que la niña no acepta la propuesta y logra retirarse de la habitación matrimonial, mas el padre se dirige inicialmente a la habitación de sus hijos y luego al baño donde ya se encontraba E. y aplicó unos golpes con la palma de su mano en la espalda, pudiendo salir de la vivienda mientras el padre le decía “hija no por favor, que me van a meter preso”. Sobre este particular vale recordar la conducta posterior del imputado intentando detener a su hija, lo que no pudo lograr, y la manifestación que efectúo a su esposa al solicitarle explicación, en cuanto evidenciaban la conciencia del proceder indebido y todo ello deja entrever un desistimiento de avanzar hacia un sometimiento mayor, incluso así fue considerado por el Juez Rolon.-

Ante tal situación cabe descartar en principio cualquier intención de realizar la conducta más grave –acceso carnal-, lo que por otra parte no fue materia de acusación y en lo que respecta a un abuso

gravemente ultrajante tentado tal proceder no se evidencia como idónea, no satisface el núcleo del tipo en cuestión, pues ha quedado en la sola exhibición de los genitales y la solicitud de lo que pretendía realice la niña, a lo que no accedió para retirarse del lugar, desistiendo el autor de su accionar.-

Por último cabe señalar que el Fiscal como medio comisivo solo atendió la edad de la víctima sin considerar otros como violencia, amenazas, abuso coactivo de una relación de poder, como es el vínculo parental, resultando los argumentos brindados al formular conclusiones elementales sin mayor profundización y que tampoco fundamentó en la parte pertinente de la acusación, lo que impide poder analizar el suceso desde otra perspectiva puesto que no ingresó en la plataforma fáctica propuesta, detallada al inicio, por lo tanto esa conducta puntual que focalizan no supera el rango de un acto preparatorio y por ende no es punible.-

En definitiva el reproche no puede superar la figura básica del abuso sexual, desde luego agravado por el vínculo, en cuanto existen acercamientos, tocamientos, sobre el cuerpo de la víctima con clara connotación sexual, aprovechando su inmadurez (art. 119 1er y 4to párrafo inc. b) del C.P.), proponiendo al pleno la readecuación de la significación jurídica en tales términos.-

3.- En base al temperamento adoptado se impone

readecuar el monto de la pena impuesta sobre la escala penal aplicable cuyo mínimo es tres años y su máximo diez (art. 119 último párrafo del C.P.P.).-

En principio corresponde señalar que no pueden considerarse a los fines de la pena aquellas circunstancias que hacen a la tipicidad de la conducta reprochada, porque implica una afectación al principio *"ne bis in idem",* y advertimos que en el caso los jueces de grado así han procedido o incluido como agravantes otras absolutamente ajeas a la imputación.-

El Juez Casal hace referencia a la violencia física y psíquica utilizada para someter a la víctima cuando nada de ello ha resultado materia de acusación relacionada a la agresión del padre luego del hecho mediante unos golpes en al espalda, que como ha quedado claro con ellos pretendía que la niña no develara lo sucedido y así lo consideraron los Dres. Criado y Rolon; por otra parte el aprovechamiento de momentos y espacios para actuar hacen desde luego a la convivencia, a la relación paternal, como también a la autoridad que importa naturalmente dicho vínculo.-

En cuanto a su condición de militar, en el entendimiento que ello implicaba un deber mayor de evitación por encontrarse formado dentro de la disciplina castrense, resultando exigible un mayor conocimiento de la antijuridicidad del hecho y un deber mayor de autodeterminación conforme a su conocimiento, parece desproporcionado

y ajeno a los fines de este análisis, no puede presentarse tal condición como dato negativo a los efectos de la pena; sí por el contrario la edad.-

En lo demás no cabe efectuar otra observación y en definitiva no encontramos motivos suficientes para apartarnos del mínimo legal; no obstante en función de la naturaleza del hecho, la situación del imputado, los antecedentes familiares y la prevención especial positiva como fin de la pena, ella debe ser de cumplimiento efectivo, en idéntico sentido nos hemos pronunciado en autos "S. R. O. s/ Violación de domicilio, amenazas, lesiones y privación de la libertad", Capeta N° 7226 OJCR, Sentencia n° 17/2015.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo: I.- Me remito al contenido de la reseña del caso, que está contenida en el voto precedente, a fin de no incurrir en reiteraciones.-

II.- 1) Hemos acordado en la etapa correspondiente a la deliberación, que el relato de la joven víctima J. E. F., de doce años de edad, en la modalidad de testimonio especial (arts. 193, 279 y ccs. del CPP), es suficiente prueba que nos brinda certeza, para tener por acreditada una maniobra de intrusión sexual en su perjuicio, por parte de su padre el acusado C. A. F. -consistente en manoseos, arrojarla sobre la cama de la habitación matrimonial, sacarle la remera (uniforme escolar)-; y que merece ser tipificada como un Abuso sexual simple, del primer párrafo del art. 119 del CP, calificado por el vínculo.-

Se destaca, básicamente, que con motivo del hecho,

acaecido con fecha 4 de agosto del pasado año 2016, en las primeras horas de la tarde, en la Casa n° 59 del Bo. de Suboficiales del Ejército argentino, en la ciudad de Sarmiento, la niña corrió hacia la casa de su vecina A. V. J., escapando del imputado, extremo que no se halla

controvertido; espontaneidad que permite descartar, desde el inicio, cualquier hipótesis de complot, fabulación, maquinación, etc., en contra de F..-

Inclusive, también merece ponerse de resalto que J. todavía se encontraba sin su remera, prenda que le había sido quitada por el autor del hecho, conforme a la versión en Cámara Gesell, lo que determinó que la testigo J. le pida cubrirse y refugiarse en la habitación de su hija; mientras que, a su turno, ante el llamado del acusado a la puerta reiteradamente en busca de la víctima, no fue atendido por sus vecinos, y se llamó telefónicamente a la madre de la niña, a pedido de esta.-

En el relato de la niña no se verifica ni siquiera una retractación, como para pretender invalidarlo, lo cual es relevante dada la situación evidente de "conflicto de intereses" en el seno familiar; sin perjuicio de la valoración que más adelante se efectuará, con mayor detenimiento, al abordar la tipificación.-

2) También concurre a integrar el cuadro probatorio, el testimonio de la Psicóloga forense de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, Y. S. C., en relación al cual no se ha producido ninguna contraprueba idónea; como así tampoco fue desmerecido durante la etapa

de la audiencia de debate (cfr. 2° voto a la primera cuestión: “El Defensor, huérfano de prueba propia, optó por una teoría negativa del caso, intentando desviertuar las probanzas del titular de la vindicta pública, … No lo logró”).-

La Sala Penal del STJ provincial, ha advertido reiteradamente que si: “… durante el proceso,… no se ejerció la capacidad de designar peritos de parte o de someter a riguroso examen a ambos psicólogo y médico forense, en afán de poner en jaque sus discursos o conclusiones…mal se puede ahora, en la casación, intentar repararse lo que hipotéticamente frustró expectativas de la defensa por su propia inactividad…” (sentencia 29/07 entre otras, voto del Ministro Pfleger)-.- También en las sentencias nº 31/10 y 59/11, entre otras,

de la Sala, el Dr. Pfleger tiene dicho en el mismo sentido, “…que las expresiones de los peritos no ‘prueban’ el hecho, ni ‘certifican’ la veracidad de un relato, la locución ‘validar’ con la que es común denotar la conclusión, sirve en todo caso –y como ya lo dije antes- para orientar la apreciación que, luego e inexorablemente, deberá formular el Juez…”, y que “… El testigo niño es un testigo ‘especial’ en tanto merece protección ‘especial’; pero no es

un testigo calificado, en todo caso sus dichos son obtenidos mediante procedimientos especiales (para su protección) y sometidos a sistemas de validación diferentes que –en interacción- son analizados por **los jueces** en el marco en que se han expuesto. Pero, y es tautológico, son estos no

otros los que otorgan peso a las expresiones del testigo, **menor** o mayor, y **no son suplidos por otros órganos** cuya experticia también es objeto de tamiz. Me refiero con esto a lo que, quizás impropiamente, llamamos 'validación' del testimonio del **menor**, pero que llámese como se llame solamente importan técnicas de abordaje a ese órgano de prueba que, como 'especial', merece atención en los términos dados…" (el destacado me pertenece).-

La testigo A. V. J. y la médica R. B. C. aportaron datos que se valoran como canales adicionales, para la denominada "información indirecta", que es frecuente recoger durante el proceso investigativo, en casos de abuso sexual infantil.-

3) Descargo del acusado en la audiencia del art. 385 del C.P.P.: se pretende incorporar una visión institucional, ya que este proceso penal perjudicaría al Ejército Argentino, teniendo en cuenta la profesión del encartado. Ello está absolutamente descartado por todo cuanto se expusiera precedentemente, es decir la inmediatez con que ocurrió la develación, y la actitud de la víctima quien instintivamente busca protección fuera de su casa; al contrario de lo que indican las máximas de la experiencia, en el sentido que un niño encuentra en el ámbito familiar y en su hogar, el refugio más seguro.-

III.- 1) Ahora bien, es suficiente lo expuesto para acreditar un tipo penal por encima de la figura básica? cual sería el abuso sexual gravemente ultrajante –en grado de tentativa-. En este caso, hemos

acordado que se impone el principio del *favor rei*, recordemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido la necesidad de arribar al estado de certeza como condición de validez de un pronunciamiento condenatorio, puesto que: "el análisis parcial e incongruente del caso resulta incompatible con la necesaria certeza que requiere la sanción punitiva adoptada" (cfr. sentencia de fecha 25 de octubre de 2016, en los autos:

"Recurso de hecho deducido por la defensa de F. A. C. en la causa C., F. A. s/ causa n° 8398", publicado en Jurisprudencia Argentina. Nº 13 Bs. As. 29/3/17, Precisiones sobre el In dubio pro reo. Nota de M. R. R.. ps. 47 y ss.).-

Recordemos también y a mayor abundamiento que, si bien la garantía del in dubio pro reo constituye una regla procesal que funciona en el área de la valoración de la prueba, relativa a la comprobación de la existencia del delito y a la intervención del imputado; empero, la jurisprudencia extendió su ámbito de aplicación a otras situaciones de duda que se pueden presentar en la convicción del juzgador, como ser respecto a

"los elementos que integran la tipicidad… Fallos 287:212" (ibídem).-

En efecto, debe tenerse en cuenta que la figura agravada tiene características muy particulares, a punto tal que la doctrina ha llegado a caracterizarla como un tipo abierto, sujeto en definitiva a la

valoración judicial (cfr. Carlos Fontán Balestra-Guillermo A. C. Ledesma, *Tratado de*

Derecho Penal, Parte especial, con cita de Donna, ps. 54 y ss., tomo II, edit. La Ley, Bs. As., año 2013).-

Volviendo a nuestra argumentación, al contrario de la que se efectuó en la sentencia recurrida, estimamos que no existe certeza en orden al conato del injusto más grave; de manera que, *favor rei* como ya se anticipara, debemos calificar con el tipo básico. Concretamente, existe un suficiente margen de duda, respecto a qué fue lo determinante para que F. no terminara de "consumar" la maniobra de exigir la práctica del sexo oral, por parte de su hija.-

Recordemos que durante el relato, J. en una primera instancia no menciona este dato espontáneamente, luego ante la repregunta de la Psicóloga sobre lo ocurrido en la pieza, introduce el episodio de bajarse el pantalón corto y la ropa interior más la exhibición del pene, acompañada del imperativo de succionarlo; aunque no queda claro, en definitiva, si el autor termina desistiendo de su propósito, y/o se arrepiente, ya que la niña alude a que el acusado se dirigió a otro cuarto (de los hermanos de J.) - en este caso no existiría principio de ejecución-, o por el contrario, si ante la ida de la niña hacia el baño, continúa persistiendo en su objetivo, que se frustra pese a la voluntad de continuación del encartado, recién en el momento que J. escapa de la vivienda.-

Aclaramos que lo expuesto precedentemente, no significa en absoluto, descreer del relato de la víctima, sino que solamente intenta poner de relieve la diferente fuerza probatoria que se advierte entre la contundencia de una versión –hipotética- de la niña que hubiera destacado desde el inicio, el impacto que produce la vivencia del episodio relativo a la exhibición del miembro viril; con la existente en el caso concreto -que, como ya se adelantara, recién lo consigna ante una pregunta de la profesional, quien insiste sobre "¿qué ocurrió en la pieza?"-. Si bien es altamente probable que ello obedezca a la dificultad o incomodidad que la niña exhibe, para referirse a situaciones específicas de contenido sexual, máxime en el marco ya referido de "interna familiar", como lo ha explicado la Psicóloga forense; de todos modos, aquellas características del relato no deben soslayarse a la hora de evaluar su consistencia, y operan en beneficio del recurrente.-

Para el caso que se considere –como lo hizo el tribunal del juicio- que se ha configurado este tipo agravado en grado de tentativa, ello debería haber conducido a un concurso aparente (o ideal aparente) que excluye el delito base por especialidad, y nunca a uno ideal del art. 54 CP (ibídem, "… dado que, en la progresividad delictual que constituyen, la figura más grave desplaza a la más leve").-

2) En orden a la solución del caso, tengo en cuenta también que otro sector de la doctrina nacional (cfr. Zaffaroni, *Estructura básica del Derecho penal*, edit. Ediar, Bs. As., año 2009, p. 187), se inclina

por la aplicación del principio de subsidiariedad: "… lo que se opera es una *interferencia por progresión* cuando la consumación excluye la tipicidad de la tentativa o la del delito consumado en su curso. No agota conceptual ni materialmente la otra tipicidad, sino que la interfiere, o sea, que **si cesa** el mecanismo interferente, esta vuelve a operar. Los sucesivos actos en el avance del *iter criminis* van interfiriendo la tipicidad que se produce: la tentativa de homicidio interfiere la tipicidad de las lesiones que la víctima sufre en su curso … Si alguna circunstancia **elimina** la interferencia, **vuelve a operar** la tipicidad interferida: el desistimiento hace que la tentativa ya no interfiera la tipicidad de las lesiones …" (el destacado ha sido agregado al original).-

A modo de digresión, diremos por último que en la dogmática otra variante consiste en analizar este supuesto de concurso aparente, bajo una relación de "consunción por gravedad progresiva" –en vez de la de especialidad, o la de subsidiariedad- (cfr. Carlos S. Caramuti, *Concurso de delitos*, edit. hammurabi, Bs. As., año 2010, p. 213); que se concreta " … cuando a la violación de la ley principal se va llegando por grados sucesivos, uno o varios de los cuales pueden ya en sí mismos ser delictuosos, pero los hechos están de tal modo vinculados que la etapa superior del delito va absorbiendo totalmente a la menor, en su pena y en su tipo o figura… Es …**el vínculo que media entre el abuso deshonesto y la violación** …" (el destacado me pertenece).-

3) Conclusión: adhiero a la confirmación parcial de la

sentencia, readecuando la calificación legal del hecho.-

IV.- Monto de la pena: 1) también debe readecuarse en función de lo expuesto precedentemente, y reducirse al mínimo de la escala penal, desde que no se advierte que en el juicio de cesura se hayan expuesto razones válidas que autoricen, fundadamente, la elevación por encima de esta base.-

2) Ahora bien, y tal como hemos sentado criterio ya en reiterados precedentes (v.g., entre otros, la sentencia n° 17/2015), se impone disponer por razones de prevención especial, que se mantenga su cumplimiento efectivo cuando se advierte que el caso justifica una intervención punitiva severa, tendente a evitar que se reitere una conducta delictiva; pronóstico de peligrosidad que nos orienta a concluir, que ello no podría satisfacerse adecuadamente con una condena de ejecución condicional, aunque la escala penal la permita.-

Tengo en cuenta para ello que el acusado pretende que su situación procesal, deviene de su condición de pertenencia al Ejército argentino, es decir una supuesta causal de orden institucional, pero sin que en ningún momento asuma la gravedad de la cuestión familiar suscitada; línea argumental que también vincula a su esposa, quien en su intervención durante la audiencia del art. 385 del CPP, se mostró más interesada en destacar una presunta respuesta –positiva- que aquel organismo (Ejército) le habría dado, ante el hecho que damnifica a su hija, que por la situación propia de la niña, sobre la cual tiene “dudas” -amén

de criticar tanto la labor investigativa, como la persona de los funcionarios del Ministerio Fiscal intervinientes en el caso-.-

Finalmente, tengo en cuenta también lo valorado en el ya citado segundo sufragio, a la primera cuestión, en orden a que respecto a "…la capacidad de culpabilidad penal del imputado…se produjo informe respecto del examen mental obligatorio del imputado…(Art. 206) para casos como éste, lo que fuera informado por la Dra. B., y asimismo se produjo el lapidario informe psiquiátrico del Dr. G.…En ambos se indica con precisión que el imputado no presentaba signos o síntomas que pudieran hacer sospechar que tuviera alguna enfermedad mental, que enjuicia correctamente su situación y estado, que comprende la criminalidad del hecho por el cual fue imputado y que es capaz de dirigir sus acciones. Debe tenerse presente entonces su aptitud para comprender la criminalidad de los actos y dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, ya que de todo el despliegue delictivo realizado en interrelación con la víctima y posteriormente (persecución de la niña ante la posibilidad de develamiento y simulación de un cuadro mental inexistente), además de la actuación del mismo en la audiencia de debate, ha denotado la plena comprensión y dirección de sus actos…" (del voto del Juez Penal Criado, subrogante de la Circunscripción Judicial de Sarmiento).-

3) En suma, todo lo expuesto precedentemente,

asimismo, deberá tenerse en cuenta a la hora de resolver la situación procesal del hoy encartado, en caso que se disponga su libertad caucionada; procurando en todo momento, adoptar las medidas que sean necesarias en protección de la niña víctima, a fin de evitarle perjuicios irreparables.-

V.- Adhiero en base a todo lo expuesto, al voto parcialmente por la afirmativa, que propone el colega que preside el Acuerdo.-

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

I.- No he de reiterar el detalle de los términos de la Sentencia en crisis, los agravios del impugnante, los argumentos de su contraparte, más allá de lo estrictamente necesario a los fines de esta exposición, remitiendo a tal efecto, en honor a la brevedad, a la completa reseña que principia el primer sufragio de este acto.-

II.- Este Tribunal, a través de numerosos precedentes (entre otras, Sentencias nro. 7/06, 70/06, 25/07, 38/13, 24/14, 23/15, y 6/16), se ha pronunciado tanto en lo referente a la forma de abordaje de los casos de Abuso Sexual infantil, como al concepto de reconstrucción histórica de lo acaecido, relacionado a aquello que identificamos como "verdad" y a las exigencias del estado de inocencia como una de las garantías a superar a efecto de atribuir responsabilidad penal en cuanto a dichos hechos ilícitos.-

Precisamente, el término hipótesis nos deriva al concepto

de verdad, y aquí la Defensa no opuso una de carácter alternativo a la propuesta por la Acusación, sino que se limitó a negar la de su adversario, criticar el mérito de ciertas piezas del plexo probatorio, e incluso el propio imputado no culminó de consagrar una explicación de la razón por la cual su hija había expresado lo que expresó.-

Pero ello solo comienza a tener relevancia en la medida en que los elementos de convicción resultan idóneos para superar el estado de inocencia. Hemos concluido en diversas ocasiones, algunas ya enumeradas, 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 como el hoy vigente.-

No significa ello que lo realmente ocurrido carezca de trascendencia, sino que ante la imposibilidad de reproducirlo tal cual sucedió, exactamente, lo que resulta inalcanzable aún con los avances 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 cuando afirmamos que se ha logrado superar el estado de inocencia, pues la reproducción de lo acaecido, si lo que se pretende justamente es adjudicar responsabilidad penal, debe superar tal vallado constitucional.-

Lo que aquí se aprecia es que el Acusador Público presentó un caso en el que una niña, preadolescente, E. J. F. A., de 12 años deedad. sufrió un ultraje, el día 4/8/016 a las 13:30 hs. aproximadamente, en la casa nro. ** del Barrio de S., consistente, en circunstancias en que se hallaba limpiando la mesa, en haber sido tomada por su padre, C. A. F., llevada a la cama matrimonial , quitada su remera, manoseada, progenitor que posteriormente se bajo los pantalones, exhibiéndole su miembro viril expresándole “chupa, chupa”, ante lo cual E. se tapó la cara, se encerró en el baño, para luego irse de su hogar a la casa de una vecina, A. J., con sus prendas en la mano y cubierta con un toallón, a la que le manifestó llorando que su padre la había querido violar. El aludido esquema de abordaje de los supuestos de ASI, derivado de sus particularidades como injusto, 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.)”.-

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.-

Cabe agregar que en los supuestos de Abuso sexual infantil, e incluso en la mayoría de los delitos contra la libertad sexual, el sujeto activo básicamente busca la S. para desplegar su acción, por lo cual, ante la ausencia de testigos presenciales, el cuadro usual se compone de una confrontación entre dos versiones, la de la víctima y la del acusado, resultando dirimentes los indicios, entre los cuales se hallan la homogeneidad y mantenimiento en el tiempo de la versión del damnificado, la validación física y/o psicológica de su relato, la corroboración del mismo por parte de parientes, amigos, docentes, en fin, personas de su círculo de relaciones familiares, sociales, etc..-

Por último en cuanto a esta suerte de introducción al tratamiento de los agravios específicos, nos hemos pronunciado, también reiteradamente, en lo referente a la importancia de la pericia, o aún mero informe, psicológico de validación de las expresiones de la víctima en esta clase de reproches, pieza clave del cuadro probatorio aludido, pues permite otorgar al Sentenciante herramientas para que pueda decidir sobre la veracidad de la versión de la víctima, mucho más si se trata de niños.-

Hemos seguido los parámetros enunciados, en la

inteligencia que los mismos no constituyen sino una exigencia del art. 25 párrafo tercero del CPPCh., es decir, una consecuencia de los dictados del método de apreciación de la prueba consagrado legalmente, la sana crítica racional.-

III.- El art. 332 del orden adjetivo obliga a los Sentenciadores a no sobrepasar las circunstancias fácticas de modo, tiempo y lugar expuestas en la Acusación y/o el Auto de Apertura del Juicio Oral, en tanto regula la congruencia que debe existir entre la mentada Acusación y la Sentencia.-

El acto reglado en el art. 291 del CPPCh. reviste, en última instancia, el carácter de un medio de comunicación, que resulta eficaz en tanto logre el cometido de que el o los acusados sepan, comprendan, por qué evento de la realidad se pretende adjudicarles responsabilidad penal, el tenor jurídico de dicho reproche, y que ambos extremos, hecho descripto y pretensión jurídica, sean compatibles.-

Aquí, el hecho por el que se intentó adjudicar reproche al imputado fue el detallado supra, por lo cual a sus términos debemos estar, aspecto que tomará relevancia al momento de analizar la calificación jurídica recaída, la cual fue, parcialmente, materia de agravio por la Defensa.-

La versión de la niña se mantuvo, en lo sustancial, inalterada a lo largo del tiempo, pues el evento que relató en Cámara Gesell al comienzo del proceso gozó de las mismas características que el

que comunicó inmediatamente después del suceso a su vecina, J., a la médica que la revisó en el centro de salud luego, la Dra. C., y a su propia madre, R. A..-

La Licenciada C., Psicóloga Forense, validó tal relato brindado en Cámara Gesell, y enumeró una serie de indicadores de ASI que se desprendían de la situación de E., a partir de entrevistas que mantuvo con esta.

Debemos aquí detenernos para decir que no todas las intervenciones de profesionales en psicología en esta clase de casos revisten el carácter de prueba pericial, pues para ello es menester que se cumpla con las normas rituales que regulan ese medio probatorio. Pero ello no invalida el contenido de un informe, introducido mediante el testimonio de la experta, que logró traslucir las razones de la validación, y los indicadores de ASI hallados, además del método seguido para arribar a dichas conclusiones.-

Las críticas del Sr. Defensor perdieron entidad ante ello, y ante el extremo que habiendo podido proponer una contraprueba, no lo hizo, por lo cual la incorporada por su adversario procesal resultó idónea como indicio, uno más, de la veracidad de las expresiones de la víctima.-

Existen tres aspectos en los que los Jueces de grado han acertado claramente en el tratamiento del caso. El primero vinculado al conflicto en el que se encontraba la niña, derivado en parte por el similar en que se hallaba su madre, y el impacto de todo ello en sus deposiciones.-

E. denunció hechos traumáticos cometidos en su contra que endilgó a su padre biológico, ecuación conflictiva de por sí. Por ende, no resultó para nada llamativo que lograra expresarse más fluidamente en ámbitos continentes, de mayor confianza e intimidad, con su vecina A. parcialmente, con la Dra. C., con la Lic. C. en las entrevistas, no tanto en la declaración en Cámara Gesell, provista de mayor formalidad.-

Ello devino lógico, comprensible y lejano a todo atisbo de fabulación, mendacidad o inexactitud como propuso el letrado asistente del acusado. Su madre R., evidenció otra clase de conflicto, habitual respecto de progenitoras cuyo temperamento, ante situaciones como la de autos, fluctúa entre la protección a sus hijos, la desilusión con sus parejas, y el riesgo de la pérdida del soporte material de la familia, todo lo cual fue avalado en Debate por la Licenciada Díaz del Equipo Técnico Interdisciplinario de esta ciudad, la que en virtud de otro trámite judicial tomó conocimiento de la problemática del núcleo familiar aludido.-

Ello explica su declaración testimonial en Juicio, sus manifestaciones en la Audiencia previa a este acto, y otorga mayor valor a su admisión referente a que E. le comunicó la conducta de su padre, en términos compatibles con como lo dijo en proceso y a otras personas.-

En resumidas cuentas, el plexo de esa forma conformado alcanzaba para sustentar la hipótesis del Acusador. No hubo otra, por lo cual la Sentencia en los ítems materialidad y autoría debe ser confirmada.-

IV.- Lo propio ocurre en lo referente a la tipificación

consistente en Abuso sexual simple, agravado por el vínculo (art. 119 primer y cuarto párrafo in fine del CP. vigente al momento del hecho), relativo al segmento fáctico atinente al traslado de la niña a la cama matrimonial y su manoseo por el sujeto activo con evidentes fines sexuales.-

La partida de nacimiento de la víctima, y la Doctrina que históricamente hemos seguido al respecto (por caso, Javier De Luca y Julio López Casariego en Código Penal comentado, Ed. Hammurabi, Tomo 4, pags. 572 y ssgts.), nos permiten tal conclusión.-

También es posible coincidir con el A-quo en que la "fellatio in ore", de por sí, siempre en el cuadro legal vigente al momento del suceso de autos, constituye un supuesto de Sometimiento sexual gravemente ultrajante (conf. ob. y autores citados, pags. 297/298), para lo cual basta con consultar las discusiones de larga data en la Doctrina, que aludían a sí podía implicar un Acceso carnal o no, pero nunca se la asimilaba a un Abuso simple, ello más allá de la discutible técnica legislativa de la norma que estamos reseñando y teniendo en consideración el mensaje legislativo de la misma.

Por lo tanto su Tentativa también lo es.-

Los Delitos sexuales, como de resultado que son, admiten Tentativa, aspecto para nada pacífico en Doctrina (Ob. citada pags. 291 y ssgts.), aunque el tema relevante consiste en distinguir, como

en la mayoría de los injustos, la línea divisoria entre los actos preparatorios y los de ejecución, es decir, entre la punibilidad y la ausencia de ella.-

Adherimos como principio general, no absoluto, a la Teoría formal–objetiva, por lo cual se impone trascendente el verbo típico, más en el sub-judice, tratándose de un delito de "mano propia", cuyo sujeto

activo ha sido el que desplegó la conducta prohibida.-

El acusado consumó un delito, el Abuso simple, y el medio comisivo quedó subsumido en la edad de su hija, menor de 13 años, ecuación en la cual no hace falta verificar la ocurrencia de los otros mencionados en el primer párrafo del art. 119 del CP., sin perjuicio que el despliegue de fuerza fue evidente desde que la trasladó a la cama en contra de su voluntad.-

Corresponde descartar el acceso carnal tentado pues no fue materia de Acusación, y en cuanto al sometimiento ultrajante, en la necesidad de distinguir actos preparatorios de ejecutivos, y el medio comisivo, debemos advertir que la edad no puede considerarse, pues E. rechazó el convite, lo que lleva a concluir en la inidoneidad del mismo.-

El primer párrafo del art. 119 del CP. contempla los medios de comisión requeridos para todas las modalidades de Abuso sexual, ya sea la simple, el sometimiento ultrajante o el acceso carnal. Si la víctima no supera los trece años, no hace falta la verificación de ninguno de los demás mencionados, pues se parte de la base que tal minoridad,

ausencia total de experiencia, facilita evidentemente el ultraje, lo que compatibiliza con que cuando el sujeto pasivo supera los 13 años, hasta los 16, en el campo del Estupro, se requiera seducción.-

Aunque en el tramo del reproche que nos hallamos analizando, no fue así, lo que nos ha llevado a tildar la conducta del encartado como inidónea a los fines perseguidos, si la consideramos solo a la luz de la edad de la damnificada.-

El Sr. Fiscal no expuso otros, violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de poder, como lo es la parental. Y únicamente el Juez Rolón profundizó sobre el tema.-

Concretamente, ante la ausencia de determinación del verbo típico utilizado en el tramo referido, no era posible identificar el comienzo de ejecución de la conducta prohibida, la que no pudo consistir en bajarse los pantalones y exclamar lo que se pretendía que la víctima realice, pues ello podría constituir el estadío avanzado de un acto preparatorio, pero no dejaría de serlo, por tanto propio del campo de impunidad.-

Quizás otro hubiese sido el análisis sí se hubiera argumentado la existencia de un abuso intimidatorio basado en la relación parental, en cuyo contexto ese solo gesto paterno podría ser considerado como comienzo de ejecución.-

Pero ello no formó parte de la postura del Acusador, y a

todo evento, lo que se impone descartar de plano es la supuesta fuerza ejercida por el imputado sobre la víctima cuando esta se dirigió al baño, que definitivamente no ingresó en la plataforma fáctica propuesta.

Por lo tanto, hemos de admitir el agravio, revocar la parte aludida de la Sentencia y absolver al encartado del delito mencionado.-

V.- En consecuencia, la pena impuesta debe readaptarse,

sobre la escala aplicable, que oscila entre los tres y los diez años de prisión, la del delito subsistente.-

En otras ocasiones hemos advertido sobre el imperio del

principio del “ne bis in ídem” en cuanto al punto, en el sentido de no reflotar aquellos extremos de relevancia típica evidente, por ende, ya tenidos en cuenta.-

La paternidad y el aprovechamiento de la relación parental

en cuanto el logro de los espacios de intimidad propios de la convivencia con hijos menores lo son, atento que el injusto base ya viene calificado por el vínculo, y tal lo expuesto, no hubo otros medios de comisión adjudicados. Por tanto, debemos descartarlos como factores agravantes de la sanción.-

Otro tanto ocurre con la condición de militar del acusado,

que resulta un elemento neutro a los fines de este análisis. No lo son la edad, que lo compromete, y la ausencia de antecedentes computables, que opera en sentido inverso.-

Desde la idea, que sustentamos, de partir por el mínimo de

las escalas, no identificamos razones para salir de dicho vértice, el de tres años de prisión, aunque desde un concepto preventivo especial, el acusado ha superado con su conducta los alcances del art. 26 del CP., lo que permite que la sanción sea de cumplimiento efectivo.-

Para concluir, deberán los Jueces de grado tener en consideración al otorgar eventuales beneficios carcelarios, en sus pautas compromisorias, la situación del núcleo familiar, y en particular la de E., de manera de no coartar el vínculo parental, aunque condicionado a formas que impidan la reproducción de las conductas adjudicadas. Así voto.-

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

Atento al resultado arribado en la primera cuestión por unanimidad, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado C. A. F., contra la sentencia Nº 169/17, dictada en fecha 22 de marzo del corriente año; y confirmar parcialmente la misma, readecuando la calificación legal atribuida al hecho como Abuso sexual simple agravado por haber sido cometido por un ascendiente (art. 119, primer y cuarto párrafo inc. b del CP), y el monto de pena impuesta en tres (3) años de

prisión, y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por el hecho ocurrido en la guarnición militar de Sarmiento, el día 4 de agosto del año 2016, en perjuicio de la menor E. J. F..-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por su labor en la etapa de impugnación 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. **PINTOS** dijo:

En orden al resultado al que se ha arribado por unanimidad, en la cuestión precedente, adhiero a lo propuesto por el colega que vota en primer término, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado C. A. F., contra la sentencia Nº 169/17, dictada en fecha 22 de marzo del corriente año; y confirmar parcialmente la misma, readecuando la calificación legal atribuida al hecho como Abuso sexual simple agravado por haber sido cometido por un ascendiente (art. 119, primer y cuarto párrafo inc. b del CP), y el monto de pena impuesta en tres (3) años de prisión, y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por el hecho ocurrido en la guarnición militar de Sarmiento, el día 4 de agosto del año 2016, en perjuicio de la menor E. J. F..-

Asimismo adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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

En orden al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, coincido a lo propuesto por mis colegas y que se dicte pronunciamiento en dichos términos.-

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 **C. A. F.**, contra la sentencia Nº 169/17, dictada en fecha 22 de marzo del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

2°) CONFIRMAR PARCIALMENTE la misma, readecuando la calificación legal atribuida al hecho como Abuso sexual simple agravado por haber sido cometido por un ascendiente (art. 119, primer y cuarto párrafo inc. b del CP), y el monto de pena impuesta en tres (3) años de prisión, y costas (art. 29 inciso 3° del CP), por el hecho ocurrido en la guarnición militar de Sarmiento, el día 4 de agosto del año 2016, en perjuicio de la menor E. J. F..---------- **3º) REGULAR** los honorarios profesionales de la Defensa Pública en 25 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-**4º)** Cópiese, protocolícese, notifíquese.---------- La presente sentencia es firmada por dos de los Magistrados por encontrarse en uso de licencia el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

Sentencia nº 15/17

Fdo, Dres. Daniel Luis María Pintos. Guillermo Alberto Müller.-