En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los treinta y un días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Omar Florencio Minatta y Rafael Lucchelli, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"L., E. R. s/dcia. abuso sexual – Trelew" (Carpeta Nro. 6652 Ofiju Tw – Legajo Nro.:62.233 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Abogada Adjunta de la Defensa Pública, Dra. R. Rowlands en representación del imputado J. S. M. B., contra la sentencia dictada en fecha 21/11/17 y registrada bajo el nro. 2996/17, por el Juez Alejandro Gustavo Defranco, quien condenara al nombrado a la pena de un año y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, con mas accesorias legales y costas y bajo la modalidad de prisión domiciliaria (art. 32, inc. c), Ley 24.660) por resultar ser el autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (arts. 119, 1er. párrafo y 45 del C.P.), en orden al hecho acaecido en esta ciudad, en fecha que no su pudo precisar del mes de febrero del año 2015, en perjuicio de la menor A.V.C.L.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 15/05/18 en la sede de este tribunal, intervino el imputado J. S. M. B. –cuyas demás circunstancias personales obran en autos-, junto a su Defensora de confianza, Dra Zulma Manyauik, Abogada Adjunta de la Defensa Pública. En la citada audiencia, la nombrada reiteró los motivos y fundamentos de la impugnación obrante en los presentes.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto

Adrián Barrios, Omar Florencio Minatta y Rafael Lucchelli.

**El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:**

1. Nos corresponde revisar la decisión registrada bajo el nro.2996/2017, tomada por el juez de grado Dr. Alejandro Gustavo Defranco.

Contra ella la Defensa se agravia porque a sus dichos, ha efectuado una errónea valoración de la prueba, porque en el fallo existe una falta de certeza para condenar, porque se ha incurrido en una violación al principio de inocencia e inversión de la carga de la prueba y una violación al principio in dubio pro reo.

También se agravió de la pena impuesta.

2. De la falta de certeza para condenar.

El A-Quo puso en el nudo troncal de su fallo la prueba cargosa acaso más relevante en este tipo de casos, los dichos de la víctima.

La pretensa, por un lado, se agravia que existen imprecisiones en el testimonio de la niña, ya que acusa no fue certera si el imputado habría o no logrado tocar sus partes intimas.

Por otro lado, afirma que del hecho no se desprende indubitadamente que se trate de un acto de claro contenido sexual. Dijo que B. padece una enfermedad visual, que lo limita en sus movimientos, no tuvo la intención de tocar una zona pudenda o cercana, sino que se vale de sus manos, como de otros sentidos para ubicarse espacialmente. No quiso de ningún modo afectar la libertad sexual de la niña. Su cliente posee retinitis pigmentaria, que resulta ser una incapacidad visual que se caracteriza por la reducción del campo visual en forma progresiva, dando lugar a lo que se conoce como visión en túnel, en donde el enfermo debe girar continuamente la cabeza para visualizar lo que se encuentra a su alrededor.

2.1 Del primero de los agravios, tras analizar la sentencia, y tras el control de la prueba, estimo que el

magistrado ha bien ponderado el testimonio especial, y con prudencia otorgó su justo alcance.

Sabido es que en los delitos de índole sexual, el testimonio de las víctimas de abuso sexual suele constituir la única prueba directa de los hechos que denuncia, por lo que el juez de condena debe valorar dicha versión con suma prudencia.

Al análisis del fallo, se colige que el magistrado ha sometido la versión de la menor a un examen objetivo tendiente a valorar agudamente su relato. En lo que hace a su aspecto intrínseco, tuvo en cuenta la persistencia de la misma versión en el tiempo, lo que se tuvo por acreditado a partir de la total coincidencia de lo declarado por la menor, con lo denunciado por su madre.

Desde el punto de vista extrínseco, el A Quo ponderó el dictamen de la licenciada Patricia Fernández, que dijo que el relato desde el punto de vista psicológico, es creíble y que cumple con los criterios de credibilidad.

También en esta instancia revaloró los dichos de la denunciante, en cuanto a la persistencia del relato durante al menos seis meses, incluso hasta en los detalles más mínimos.

Con estos elementos que hacen a la ponderación de la versión incriminante que efectuara la niña, podemos concluir que la labor efectuada por el juez cumplió acabadamente con la carga de dar fundamentos para otorgar el peso que corresponde de la prueba.

Al control de la prueba, en cuanto a las imprecisiones que indica la defensa, tengo para mí que las mismas no tienen la entidad necesaria como para imponer duda, como se pretende.

En efecto, a partir del minuto 5.02 del soporte que contiene la Cámara Gessel, la niña comenzó el relato del evento que la tuviera por damnificada, declarando en forma clara, precisa, con la evidente limitación que una menor de esa edad puede tener en el testimonio dentro de ese contexto. Al minuto 6.14 indicó que el acusado cada

vez que se sentaba con ella, la intentaba tocar en las partes íntimas. Al minuto 6.39 con evidente vergüenza, indicó la zona de su entrepierna para marcar a que se refería con *partes íntimas.* Al minuto 7.02 ilustra la persistencia de esa referencia, indicando la entrepierna de una muñeca que al efecto le fue facilitada. Y para despojar de toda duda del acto que describiera, al minuto 7.31 aclaró que la maniobra consistía en que el imputado apoyaba sus manos en su cuerpo, en la entrepierna.

No advierto ninguna duda que los tocamientos descriptos por la menor incumbe acciones de índole sexual, cual acertadamente resolvió el juez en su fallo.

Así también considero que el juez bien ha descartado que la denunciante pueda tener otras motivaciones para efectuar la denuncia, ha cotejado con el resto del material probatorio producido mediante un análisis lógico y completo.

2.3 Del siguiente agravio, referido a la enfermedad visual que padece el condenado, limitadora de sus movimientos, y supuesto presupuesto indicativo de justificación de una acción, y consecuente falta de intención de tocar una zona pudenda o cercana, no puede tampoco prosperar.

Cuando existen dos versiones de un mismo hecho, que podríamos decir que poseen idéntico peso, el juez debe desarrollar las razones que lo han determinado a dar por cierto una versión por sobre la otra.

Así, en el acápite de calificación jurídica, ha desarrollado el *A Quo*, sin perjuicio de las discordancias existentes en el análisis del tipo penal referido a elementos material-objetivo y el subjetivo, que en el caso la acción endilgada a B. es inequívocamente de índole sexual.

Sobre este difícil punto, recordemos que a fin de tener por típica a las acciones no obstante su significación objetiva, se habrá que evaluar el tipo subjetivo, es decir en el caso de delitos de índole sexual, que ha habido intenciones de abusar, de dar

desahogo del propio deseo sexual mediante la agresión a la pudencia de otro.

Y en ello, pese a lo escueto del argumento, radica la razón a la decisión del juez.

No ha sido una única acción la sostenida en la teoría del caso fiscal la acusada el imputado, que podría acaso poseer cierta ambigüedad que determine a poder dar razón a quien impugna. La base fáctica de esa teoría indica que fueron varias las ocasiones en que esto ocurría, y el juez de condena, a foja 79 vuelta, tercer párrafo tuvo por acreditado en grado de certeza, que la acción fue cometida durante diez días del mes de febrero de 2015.

Si cotejamos esta consideración con la prueba, se comprueba que la menor en su testimonio así lo indicó. Para ello basta con escuchar a partir del minuto 8.55 del soporte de su declaración, cuando dijo que el imputado cometió esos actos los diez días que se quedó en la casa.

Es más, al minuto 9.37 contó que le pidió al imputado que no lo hiciera más, y sin embargo lo seguía haciendo. Con esto se descarta la supuesta falta de intención libidinosa que constituye el esquema de defensa de B..

Si tocó sin intención de índole sexual y sin querer, repitió la acción varias veces, pese a haber sido advertido de ello por la victima.

3. De la pena.

Por otra parte, la defensa cuestionó la pena impuesta en la sentencia condenatoria, solicitando la aplicación de una pena que no supere los 6 meses bajo la modalidad de arresto domiciliario, en especial consideración a la incapacidad visual que padece su cliente.

Este punto ha sido así sostenido en la audiencia, y fueron ampliados los fundamentos del agravio.

Al control del fallo, se colige sin hesitación que la tarea de mensuración que previamente desarrollara el juez (específicamente en el punto 3 b, c, d, e, f, g h),

se caracteriza por un completo análisis de las atenuantes y agravantes sustanciadas en el juicio.

De ello, se estima razonable la determinación punitiva que efectuó, con plausibles argumentos.

De este control, se advierte también que el juez ha tenido en cuenta la circunstancia peticionada ante este Cuerpo, referida a la dolencia visual del encartado.

Específicamente a foja 82 vuelta, el juez penal tuvo por acreditada la discapacidad del acusado mediante el informe social 311/15 y el certificado de discapacidad que se agregó al legajo de prueba. A ello, adunó acertadamente la edad del acusado, lo que ponderó en clave de ejecución de la pena.

Y creo que ello es correcto y merece confirmación.

Si a la letra de la decisión nos limitamos, advertimos que fue la Defensa quien solicitó que, en caso de ser condenado su pupilo procesal, *"..la sanción a imponer sea cumplida en su domicilio (art. 32, ley 24660), fundado ello en la incapacidad visual que padece, que será recesaría una larga adaptación al lugar de encierro en un tiempo corto, de acuerdo al dictamen de la Licenciada Martínez, y que la pena sería ínfima en relación a lo que demandaría adaptarse."*

Y el magistrado, pese a la oposición del Ministerio Publico Fiscal, en el punto 5.c de su fallo desarrolló los fundamentos de porqué hizo lugar al pedido.

Ello así, siendo que la variable invocada en el recurso tuvo acogida en la forma de ejecución del reproche, y no amerita ser reconsiderada en la mensuración que ha sido correcta y fundada, votaré también en este punto por no hacer lugar al recurso.

4. Por todo lo dicho, voto por no hacer lugar al recurso ordinario impetrado por el condenado J. S. M. B., y confirmar consecuentemente la sentencia venida en revisión en todas sus partes. Así voto.

5. Propongo a mis colegas imponer las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la

labor llevada a cabo en esta etapa, en la suma de VEINTICINCO (25) JUS (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-15, antes decreto ley 2.200, y art. 59 de la Ley V, Nro. 139. Así lo voto.

**El Juez Omar Florencio Minatta dijo:**

1. Se queja la defensa de la valoración que efectúa la sentencia condenatoria en cuanto a la certeza necesaria como para destruir el estado de inocencia, argumentando que ella apoya la culpabilidad especialmente en el testimonio prestado por la niña, al que considera impreciso y ambiguo en cuanto a los tocamientos imputados.

2. Cabe rechazar la postura defensista, puesto que se observa, tal como dice la sentencia, una persistencia de su versión en el tiempo en coincidencia con lo relatado por su madre que luego de transcurridos más de seis meses memora las acciones agresivas hasta en detalles, a lo que hay que anudar las conclusiones positivas de la Licenciada Fernández en orden a la credibilidad del relato de la víctima desde lo psicológico.

A ello cabe agregar que la niña fue muy clara en su deposición en Cámara Gessel en cuanto a las acciones reiterativas del imputado en orden a apoyarles las manos en la entrepierna, tal como se comprueba con la muñeca que le fuera facilitada a esos efectos.

Sin duda, ello ya significa un ataque a la libertad sexual de la niña, debiendo descartarse que se trata de acciones que el imputado realizaba a causa de una incapacidad visual que le determinaba a manejarse con las manos para ubicarse espacialmente.

Esto último lo descartamos por varias razones, siendo la primera la consideración de que para orientarse podría, por ejemplo, apoyar sus manos en la cabeza o brazos de la niña y no en las partes pudendas de la entrepierna, debiendo además señalarse la continua repetición de tales acciones durante los diez días de estadía de la niña en la residencia del imputado.

En fin, no observándose incoherencias internas o externas de la imputación madre, así como animadversiones de los elementos humanos que le sirven de sustento, corresponde confirmar la sentencia impugnada en cuanto a la autoría del imputado en el hecho.

3. En cuanto al monto de la pena a imponer y la modalidad de cumplimiento en su domicilio, corresponde también confirmar en un todo lo resuelto por el juez, pues en cuanto a lo primero justifica superar el mínimo en la cercanía espacio-temporal y la relación parental.

Esto no es para nada arbitrario, puesto que la magnitud del injusto no solo depende de la jerarquía del bien jurídico afectado y del alcance del daño o peligro corrido objetivamente, sino también que ello debe juzgarse conforme los agravantes o atenuantes establecidos especialmente en el código para el tipo en cuestión y, en este orden, es incuestionable que de ellas surge que cuanto mayor es la indefensión y vulnerabilidad del bien jurídico, mayor es el injusto.

Con este marco teórico, entonces, no aparece descabellado ni arbitrario la elevación del mínimo hasta un año y medio de prisión, puesto que el imputado efectivamente aprovechaba el contacto con la niña en situación de un símil guardador, todo lo cual conforma una escena que, si bien no alcanza para la agravante, sí debe mensurarse en la pena.

Asimismo, cabe destacar la valoración de la incapacidad visual como determinante para el cumplimiento en forma de prisión domiciliaria no solo porque las penas cortas son claramente inconvenientes para todos los seres humanos, sino que aquí se convertiría en un trato cruel e inhumano innecesario por la edad y las dificultades para orientarse.

4. En suma, todo lo anterior, corresponde confirmar en un todo la sentencia condenatoria en cuanto a cuanto a la autoría responsable, monto punitivo y modalidad de cumplimiento.

5. En punto a la imposición de costas y regulación de los honorarios, comparto y adhiero a la propuesta del Dr. Roberto Adrián Barrios.

Así lo voto.

**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 la Defensora de confianza de J. S. M. B., Dra. R. Rowlands, Abogada Adjunta de la Defensa Pública Penal, respecto a la sentencia dictada el día 21 de Noviembre de 2017 en la que el Magistrado, Dr. Alejandro Gustavo Defranco, le impuso la pena de un año y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento –bajo la modalidad de prisión domiciliaria- y costas, por el delito de abuso sexual simple, en carácter de autor (Arts. 45, 119, 1er. párrafo del Código Penal), por el hecho ocurrido en el mes de febrero del año 2015, en la ciudad de Trelew, en perjuicio de la menor A.V.C.L.

En primer término critica la valoración de la prueba, considerándola errónea y que no existió la certeza requerida para condenar. Asimismo encuentra una vulneración al principio de inocencia e inversión de la carga de la prueba, así como al principio in dubio pro reo.

En ese sentido entiende la Abogada Adjunta que existen imprecisiones en las manifestaciones de la niña, en cuanto que no habría concluido si el autor logró o no tocarle sus partes íntimas, resaltando que dichas manifestaciones son la única prueba que conduce a la condena de su defendido, no contándose con otro medio de prueba objetivo.

Aunado a ello, y conforme la explicación dada por el imputado y la patología que el mismo presentaría –retinitis pigmentaria-, concluye la quejosa que no

surgiría de forma indubitada que el hecho tuvo contenido sexual, insistiendo en que M. B. no tuvo intención de tocar las zonas pudendas de la menor.

Del repaso minucioso de los antecedentes del caso y de la lectura de la pieza atacada, surge que en similares términos esta queja fue interpuesta por la Defensa en la audiencia de debate, la que resultó debidamente resuelta por el Magistrado sentenciante, por lo que adelanto que rechazaré el presente agravio. Explico.

Tal como lo expresara en varias oportunidades, el análisis que debe realizarse en los casos de abuso sexual infantil es especial, ocurriendo particularmente en los casos de abuso sexual simple en perjuicio de un menor de corta edad que, por lo general, se cuente sólo con los dichos de la víctima, siendo éste el epicentro de toda la prueba de cargo.

En el caso en particular el Dr. Defranco se ocupó detalladamente en dar cuenta del contenido de la declaración de la menor. La niña expuso acerca de las circunstancias de tiempo, lugar y modo en el que ocurrieron los hechos, y explicó cómo el victimario le manoseó sus partes pudendas, siendo precisa la menor, ante las preguntas de la Psicóloga, a qué partes se refería con la expresión "partes íntimas", señalando la niña Aldana la entrepierna del muñeco con el que estaba graficando sus dichos, y asintiendo cuando la Licenciada le pregunta si era la "cola".

En relación a ello explica el Magistrado que *"invitada por la profesional a que muestre con un muñeco cómo era tocada, la niña toca la entrepierna del muñeco con la palma izquierda abierta desde la zona baja del pubis hacia la zona alta"*, entendiendo el sentenciante que no es *"…atendible el reclamo de la defensa en cuanto a que la niña dijo que el imputado solo "intentó" tocarla ya que, de la escucha integral del audio que contiene la declaración de Aldana, surge indudablemente que fue tocada con una mano, sobre la ropa".*

Asimismo, encuentro prolijo el análisis que realizara el Magistrado respecto a la credibilidad interna y externa de los dichos de la menor. En ese sentido, y desde la faz interna de los mismos, valora la persistencia en el tiempo de su relato –esto es desde la develación a su madre, Sra. L., hasta su declaración en el proceso en Cámara Gesell-, siendo coincidentes los detalles dados por la menor Aldana como por su madre al momento de declarar. En relación a la credibilidad externa del testimonio, apoya éste en las declaraciones prestadas por la Psicóloga Fernández –quien concluye que es un relato creíble, siendo muy característico y sin indicios de sugestión externa- y nuevamente hace mención a la deposición de la Sra. L., quien contó cómo su hija le refirió intentar cerrar sus piernas mientras acontecía el hecho.

Con todo ello, el Magistrado correctamente desemboca en la certeza de la existencia del hecho y la autoría, en cabeza de J. S. M. B., desechando correctamente –reitero- el intento de desvirtuar los dichos de la menor, realizado por la Defensa en debate y reedita en la presente instancia.-

También encuentro ajustado el rechazo que realiza el Dr. Defranco en relación a la versión traída a debate por el ahora condenado, quien intenta a través de su declaración explicar su accionar a través de una disminución de su visión.

La versión dada por M. B. no se ajusta a lo detallado por la niña, quien ilustró que fue en reiteradas oportunidades de esos diez días en los que estuvo en la casa de su abuela, explicando cómo intentaba cerrar las piernas, mientras el victimario la tocaba con una mano y le intentaba abrir sus extremidades con la otra.

Ahora bien, teniendo acreditado el hecho y sus circunstancias, y tal como expresara el Juez en la sentencia "*…no se requiere indagar sobre la intención impúdica del agente cuando el acto es inequívocamente de índole sexual como en el caso, voluntad que sí será*

*necesaria en aquellos actos que admitan diferentes interpretaciones”,* debiéndose descartar la existencia de un error de tipo esbozado por la Dra. Rowlands.
Respecto a la pena impuesta solicita la Defensa de M. B. que ésta no supere los seis meses de prisión -bajo la modalidad de arresto domiciliaria-, en atención a la incapacidad visual que padece su representado.

En relación a ello, encuentro que el Magistrado ha hecho una correcta valoración de los atenuantes y agravantes, conforme lo estipulan los artículos 40 y 41 del Código Penal, ponderando como agravante la proximidad familiar y la breve cohabitación entre la víctima y el victimario; y en referencia a las atenuante echa mano a la edad del imputado y la no grave intensidad del hecho, llegando a la justeza del monto punitivo arribado.
También voy a coincidir en que “*no resulta atendible la disminución de la pena por la discapacidad visual del prevenido toda vez que no se ha acreditado que exista relación alguna entre aquella y la posibilidad o no de cometer el injusto reprochado, más allá de tener en cuenta dicha circunstancia para determinar el lugar de cumplimiento de la sanción”*, tal como lo ha resuelto en relación al modo de cumplimiento –prisión domiciliaria
Por todo ello, no existe razón alguna para hacer a la reducción de condena solicitado por la quejosa. Así lo voto

Por último, encuentro adecuado el monto del primer colega sufragante ha fijado respecto de los honorarios de la Defensa. Nada más

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

**S E N T E N C I A:**

1)Rechazar la impugnación deducida por la defensa técnica del acusado J. S. M. B., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Confirmar en todas sus partes, la sentencia Nro. 2995/17, dictada en fecha 21/11/17

3) Imponer las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la cantidad de VEINTICINCO (25) JUS, por la labor llevada a cabo en la presente (arts. 5, *6 bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-15, antes decreto ley 2200 y art. 59 de la Ley V, Nro. 139

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

**Roberto Adrián Barrios** **Omar Florencio Minatta**

El Dr. Rafael Lucchelli no suscribe materialmente la presente, habiendo remitido su voto a esta Secretaría mediante correo electrónico. Registrada con el Nro.: /2018 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

**Carlos Enrique Pedelaborde**

**Secretario de Cámara**