En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los catorce días del mes de agosto de 2018, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, doctores Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrian Barrios y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primero término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"C., C. R. s/dcia. en rep. Hija menor - Trelew" (Carpeta 6903 OJTw - Legajo 65.547 MPFTw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Dr. F. G. en representación de M. D. B. contra la sentencia Nro. 537/18 OJ Tw dictada en fecha 09/03/18.

El Tribunal, conformado por los jueces penales Ivana González, Sergio Piñeda y Marcelo Nieto Di Biase, condenó a M. D. B. a la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas, como autor del delito de abuso sexual contra una menor de trece años de edad, agravado por haber sido cometido con acceso carnal y en la modalidad de delito continuado (arts. 45, 55 y 119, 3er. párrafo del C.P.), por los hechos ocurridos durante los años 2008 y 2016 en la ciudad de Trelew y en perjuicio de la menor J.A.S.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 31/07/18 en la sede de este tribunal estuvieron presentes el imputado M. D. B. junto a su abogado defensor, Dr. F. G., el Dr. Néstor F. Moyano por el Ministerio Público Fiscal, y la denunciante y madre de la menor víctima, Sra. C. R. C..

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, Omar Florencio Minatta y Roberto Adrián Barrios.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Es necesario, en primer lugar, recordar que a través de la sentencia registrada bajo el número 537/2018, de fecha 9 de marzo del corriente año, M. D. B., de sus demás datos filiatorios consignados en el fallo, fue condenado a la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas, por encontrárselo autor penalmente

responsable del delito de abuso sexual agravado por ser cometido con acceso carnal y en la modalidad del delito continuado, en perjuicio de la niña J.A.S. (arts. 45, 55 y 119, tercer párrafo, Código Penal).

2.- Contra la pieza, se alza en apelación ordinaria el Sr. Defensor del nombrado, Abogado F. G., quién, tanto en su escrito de impugnación como oralmente, en la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del rito, alega contra la aplicación de la agravante del acceso carnal, sin oponer objeciones respecto de la figura del abuso simple.

En apretada síntesis, manifiesta el Defensor que *"...se dio por sentada la coherencia interna en función de la pericia psicológica y del examen ginecológico, mientras que la coherencia externa se funda en la coincidencia de sus dichos con los de su señora madre y con la concordancia respecto de los informes de inspección ocular respecto de los domicilios...".*

Sostiene que "... *resulta esperable que el relato incriminante coincida con el de su progenitora por la sencilla e indiscutida razón de la prolongada convivencia y entidad del tema a tratar. También es esperable que la descripción que se realicen de los lugares denunciados como de comisión del ilícito coincida, pues justamente se trataba de la propia casa de la menor y su grupo familiar en un caso y la casa de B. en otro, extremo del cual nunca se controvirtió su concurrencia. Es decir sería inesperable que no exista coherencia externa en estos puntos, por lo cual su valor probatorio es escaso."*

"En el ámbito de la coherencia interna el relato no se condice justamente con la pericia ginecológica que se invoca justamente para avalar tal, ya que el resultado de la misma da cuenta de una conclusión diametralmente opuesta a las afirmaciones vertidas por la víctima...".

3. - Más concretamente, acusa que *"no se advierten explicaciones razonables y contundentes para arribar a la certeza requerida en este estadio procesal para poder sostener en cabeza de B. el acceso carnal vía vaginal."*, atacando los argumentos dados por los sufragantes en diametral oposición con el relato de la niña y la pericia ginecológica.

Transcribe las partes pertinentes de los sufragios de los Jueces, para rematar diciendo que *".los argumentos utilizados en la sentencia tendientes a relativizar la inexactitud refieren a la corta edad de la menor y la frecuencia de los abusos, pero con restringido alcance para poder desvirtuar la contundencia puesto de manifiesto por la víctima en su declaración. Al reproducirse el testimonio de la menor se observó que respecto del punto mereció un tratamiento exhaustivo de parte de la interlocutora, incluso con prácticas no aconsejables al manifestar una marcada insistencia, por caso, ya obtenida la respuesta se le repreguntaba -minuto5 6:58- ¿por cuál de los dos orificios que tenemos en nuestra cola?; se le repreguntaba si el anal o vaginal; se le volvía a repreguntar si en algún momento lo hizo por otra parte, de otra manera, etc. A lo cual a pesar de todas estas arengas, la menor se mantuvo sólida en su respuesta.".*

4. - A su turno, el representante del MPF, Fiscal Néstor F. Moyano, replica al defensor, sosteniendo la corrección de la sentencia y*".la existencia de un abuso sexual con acceso carnal, más allá de cualquier*

confusión por parte de la niña al momento de declarar en cámara gesell...".

Entiende *"...que hay una cuestión particular a tener en cuenta y es que los abusos sexuales con la modalidad de delito continuado, han comenzado cuando la niña tenía entre 3 y 4 años de edad hasta los 10 años de edad que se vinieron manteniendo con distintas características, porque no solamente han existido accesos sino también imposición de sexo oral y eyaculaciones tanto en la espalda como en el rostro de la víctima, tocamientos, sexo oral practicado en la zona vaginal de la pequeña y muchos accesos más, que desde el punto de vista material, la lesión vaginal, se ha encontrado acreditado por la pericia ginecológica que han llevado adelante la dra. Kiguel y el médico forense del tribunal, quien no solamente estableció la existencia de una fisura en el himen de larga data, sino también que estableció el elemento productor indicando que se trata de un elemento símil a un pene, y a su vez descartó la posibilidad que esta lesión vaginal haya podido ser provocada por un dedo, por lo tanto, también hay que descartar la posibilidad de que haya sido autoinflingida."*

Advierte que*".la niña, en este caso la víctima, ha referido que los abusos empezaron cuando tenía 4 años de edad hasta los 10. No supo referir en cuáles de esas innumerables cantidades de veces se produjo el acceso; hizo referencia a que le pareció que era cola, pero también la menor en su declaración relató que en una de esas oportunidades sintió dolor, fue al baño y al orinar sintió ardor en la zona vaginal. Si este acceso vaginal ocurrió cuando la niña tenía 4 o 5, 6 años y ella en ese momento internalizó de que la habían accedido por la zona anal, al momento de declarar, a los 10 años, notoriamente va a seguir manteniendo porque ya se fijó esa idea, no hay forma de que la niña se dé cuenta o repiense que si la accedieron por la zona vaginal cuando tenía 4, 5 años, estuvo confundida,*

va a seguir manteniendo que fue por la zona anal porque obviamente quedó con esa idea y es lo que la pequeña sin ningún tipo de mentira ni vacilación sostuvo durante su cámara gesell...".

5.- Repasados los votos de los jueces de la sentencia, concretamente respecto al acceso carnal vaginal -que dan por acreditado-, se puede leer, en primer término, el del magistrado Di Biase quien, a fojas 117, expresa que *".el examen toco ginecológico explicado por el Dr. Juárez, especificando la lesión que la menor padecía en su himen, producto de una afectación traumática con objeto duro del tipo peniforme, de mayor diámetro que un dedo.La lesión en el himen guarda relación, además, con la circunstancia narrada por la menor que en una oportunidad cuando B. la penetró le dolió, como así también con el hecho de que, al pretender ir a orinar, cuando al encontrarse en la casa del acusado se levantó para ir al baño, le ardió la vagina.".*

"Considero que la diferencia existente en el relato de la niña en cuanto a que había sido penetrada en el ano, y la lesión en el himen, es propio de la inexperiencia sexual asociada a la edad, por lo que la considero de carácter menor, y por ende propia de la confusión que pudo tener aquella.".

6.-A partir de la hoja 123, el juez Piñeda entiende que *".con la prueba objetiva y subjetiva me lleva a concluir sobre la existencia del acceso carnal y es el resultado de la pericial tocoginecológica, que determina la presencia de un desgarro himeneal hasta la base de origen traumático y producido con un elemento de tipo peniforme y de mayor diámetro que un dedo y que logró vencer la elasticidad del himen y desgarrarlo hasta su base en hora cinco.*

"La penetración la asoció con el dolor y en otras circunstancias con el ardor, cuando fuera hacer pis, cuando estaba durmiendo con el imputado y se despertó para ir al

baño.

"Esto nos lleva a entender la inexactitud que tuvo en su declaración, al decir que fue penetrada por su ano. Sometida a abusos sexuales, desde su corta edad y hasta los 10 años aproximadamente, momento de la develación, aun así es imposible pensar en un desarrollo sexual normal, aun con los diez años de edad, porque la mayor parte de su corta vida, no sabía que significaban estos hechos abusivos, solo puede expresar lo que sentía y aun así tampoco se la puede interpretar como si fuera una persona mayor, madura en toda su plenitud; reitero la develación se produjo cuando tenía 10 años de edad, aun con una falta de maduración, sumado a ello a una deformación normal de actos no propios de una niña en cuanto relaciones sexuales se refieren y que provocan daños en su vida futura, al no haber tenido una maduración acorde a su edad mental, física y espiritual, porque el imputado "era una persona de su confianza"...".

7.- Por último, a fojas 126 vta., explica la Jueza González que*".la prueba pericial toco-ginecológica llevada acabo por los peritos Dres. Juárez y Kiguel,determinóla presencia de un desgarro himeneal completo, desde e! borde hasta la base, de origen traumático y producido con un elemento de tipo peniforme y de mucho mayor diámetro que un dedo pues logró vencer la elasticidad de! himen y desgarrarlo hasta su base en hora cinco, siendo un dedo incapaz de producir una lesión de tal dimensión y naturaleza, según expresa observación al respecto de! médico forense. Que, en idéntica medida, la declaración de la propia niña bajo la modalidad de Cámara Gesell, pese a su muy corta edad, da cuenta no sólo de la existencia, sino de la modalidad, ocasiones, variedad y reiteración de las agresiones, pero particularmente descarta toda respecto a su autor; en palabras de la menor, preguntada específicamente sobre ello, B. fue la única persona con. la que tuvo una experiencia así. A asimismo, también describió específicamente que "le dolió" aludiendo a uno de los episodios que nominó como de "penetración" y también*

dijo "me ardió al hacer pis "...".

Advierte la magistrada que *"...resulta necesario analizar la única inexactitud en la declaración de la menor en cuanto a que el acceso camal se produjo por "la parte anal", partiendo de la base, desde luego, que individualizó a un único agresor sexual: B.. Pero además, este análisis debe tomar como parámetros ineludibles: la corta edad a la que comenzaron los reiterados abusos (alrededor de los cuatro años), sumado a la corta edad con que contaba al momento de la develación (alrededor de 10 años) y el prolongado tiempo tanto como la significativa reiteración y variedad de las conductas abusivas perpetradas; las cuales, va de suyo, tuvieron su oportunidad en la estrechez y continuidad del contacto con el que contaba el imputado en relación a la familia y particularmente con la menor víctima, como ya se explicó. Ello, nos conduce a una única afirmación posible, lejos de toda duda: la niña fue accedida carnalmente y el autor sólo pudo ser B., más allá de la inexperiencia de una persona tan pequeña y la imposibilidad de distinguirlas agresiones dada su multiplicidad, variedad y frecuencia...".*

8.- Puesto a resolver la controversia, he de principiar la faena afirmando, en consonancia con los sufragios de mis colegas, que ha sido explicada la presunta contradicción entre los dichos de la niña victima y el resultado de la experticia ginecológica en forma acertada, lógica y de conformidad con las reglas mínimas de la experiencia.

En efecto, aquella aparente falta de correlación entre las secuelas lesionales halladas en la vagina de la niña -y ausencia de ellas en su ano- y la afirmación de la joven respecto a que la penetración había sido "vía anal", ha sido sorteada por los Jueces atribuyéndola, en forma correcta, a la inexperiencia en materia de trato sexual, a la escasa edad a partir de cuándo se produjeron los abusos, la deformación normal de actos no propios de una niña y el desconocimiento del significado de los hechos que sufría.

Que es razonable pensar, por ir de la mano con la experiencia más rudimentaria, tal como argumentó el representante de la Fiscalía, que teniendo en cuenta la edad en que habrían tenido lugar las prácticas sexuales narradas y hasta su develación, la niña pudo registrar en su psiquis a la penetración como sucedida por una vía distinta a la que fue en realidad, pero, a no dudar, la misma existió a estar al resultado de la pericia respectiva.

9. - Pero, además, adviértase que aquella presunta contradicción, más allá de haberse así planteado y ser correctamente resuelta, no es tal, en puridad.

En efecto, no necesariamente debe plantearse el debilitamiento de la coherencia de la declaración de la niña en Cámara de Gesell por existir aquella contradicción; a ello lleva, tal como lo ha planteado el defensor, tratar a las distintas versiones como en competencia, como que la posible penetración anal sea la alternativa de la vaginal, que la única opción sea elegir por la una o por la otra.

Es dable pensar también, ante la cantidad indeterminada -por reiteración y durante tanto tiempo- de acercamientos sexuales de distinta ralea, que cuando la niña se refiere a la penetración anal no se esté refiriendo al otro acceso que, como relata, le ardió al momento de orinar, la que sí es compatible con el
resultado de la experticia y por el que fuera acusado y condenado B..

Esta falsa antinomia entre la penetración anal o vaginal, no puede desvirtuar el relato de la joven respecto al episodio que narró textualmente (acceso vaginal que está acreditado, repito), más allá que tal vez otro distinto, el acceso anal, no pudiera ser comprobado.

10.- Por último, sin decirlo expresamente, parecería que el Sr. Defensor interesa a este Tribunal acerca de alguna especie de afectación al derecho de defensa, en clave de afectación al principio de correlación, pero lo cierto es que, aún dando por cierta aquella contradicción -que solo es aparente-, no debe olvidarse que el tipo penal

requiere para la configuración del supuesto previsto en el párrafo tercero del art. 119, que el sujeto activo tenga acceso carnal con la víctima -vía anal o vaginal-, situación que está más que acreditada a través del relato de la niña sobre el episodio en que "le ardió" al momento de hacer pis y las constancias de la pericia, más allá que en otro tramo hubiera dicho que fuera "por la cola", toda vez que, de todos modos, hubo acceso carnal.

Distinto resultaría que la opción hubiera sido (en la época de los hechos acusados; no ya luego de la reforma operada por ley 27.352) acceso vaginal o bucal. Aquí sí la opción por una o por otra hubiera resultado determinante a los fines de la aplicación de una figura legal u otra; en el caso, habiendo sido acreditado el acceso -no habiendo dudas que fue B. su autor- poco importa la vía elegida por el autor, mientras cumpla con la acción típica del dispositivo legal.

11.- Por lo dicho antes, superada aquella contradicción como se explicó, cobra acabada coherencia la declaración de la niña, toda vez que, efectivamente, tal como relata, existió la lesión vaginal producida por un elemento con forma de pene, descartándose que hubiera sido un dedo, penetración que es compatible con su recuerdo de haberle hecho arder al momento de orinar, siendo imposible que otro hubiera sido su autor a estar a los dichos de la menor en cuanto a la inexistencia de otros episodios con un hombre distinto.

Ante tal credibilidad de sus dichos, sumados a la correspondencia con los de su madre, que acreditan su persistencia en el tiempo y no se desmerecen por haberlos escuchado de su boca la Sra. C. como afirma el defensor, poco importa, a la sazón, el conocimiento o no que tuviera de los lugares en que acaecieron los sucesos que tuvieron como víctima a la niña, habida cuenta la cantidad, calidad y persistencia de los ataques sexuales que impiden pretender exactitud en aquellas circunstancias.

12.- En síntesis, reitero, ha sido acusado y condenado M. B. por haber accedido vaginalmente (entre otro sinnúmero

de actos lascivos, que podrían haber fundado una valida acusación por el delito de Promoción de la Corrupción -art. 125,C.P.-) a la niña J., hecho que se ha dado por acreditado a partir de la experticia ginecológica que indica el hallazgo de un "*himen anular con desgarro en hora 5 de vieja data,* con un *mecanismo de producción: dilatación vaginal con objeto romo y duro de tipo peniforme^".*

Que tal hallazgo, se compadece en un todo a la referencia que realiza la niña en su declaración en Cámara de Gesell (minuto 25:22 del audio...) cuando refiere que "como que me penetró", agregando que se levantó de la cama, fue al baño y cuando orinó, "le ardía", sin perjuicio que, casi al final del interrogatorio, en el que se puede apreciar los efectos del cansancio -56 minutos exactos de declaración-, de la vergüenza y el pudor ante algunas preguntas que la mayoría de las veces no entendía, acudiera a la palabra "cola" (y anal) para referirse a uno de los accesos, no siendo necesariamente el único, confusión resuelta acertadamente por los jueces como se explicó.

13. - Por todo ello, voto por el rechazo del recurso ordinario interpuesto y la confirmación del fallo venido a revisión en un todo.

14. - En cuanto a las costas del proceso, cabe imponerlas al acusado (art. 241 y concordantes del CPP), y regular los honorarios del Dr. F. G. en la cantidad de veinticinco (25) Jus (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y ccdts. de la ley XIII-4,t.o. Ley XIII N° 15 antes decreto-ley 2.200).

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La cuestión a decidir en este caso se circunscribe un solo punto de controversia, el cual reside en el hecho de que los jueces afirman, recogiendo la postura fiscal, que hubo penetración vía vaginal y no anal, tal como lo afirma la pericia ginecológica , en tanto la defensa sostiene que no puede ello sostenerse, pues la víctima es categórica en afirmar que el imputado

solo la penetró por el ano, amén de varios y reiterados abusos sexuales sin penetración, pero nunca por la vagina, por lo que concluye peticionando se cambie la calificación legal por la del abuso sexual simple y se lo condena al mínimo legal.

2. Como puede observarse, resulta entonces liminar analizar cómo contestaron cada uno de los jueces a tal punto en la sentencia, lo que haremos seguidamente.

En primer término el juez Nieto Di Biase sostiene la diferencia que existe entre el relato de la niña en cuanto a que había sido solo penetrada por el ano y la pericia que acredita solo lesión himeneal se explica por la inexperiencia sexual de la víctima asociada a su poca edad al momento de los hechos, lo que puedo llevar a tal confusión, agregando que los abusos a veces se realizaban cuando la menor dormía, tal como lo demuestran tanto el relato de la foto que el celular tenía el imputado cuando lo reviso mostrando la mano de ella y un pene, así como el relato de que una vez se despertó y tenía su cara húmeda y frente a el imputado con el pene erecto, amén de que una vez se levantó a orinar y le ardía la vagina, todo lo cual explicaría el no recuerdo de la penetración vaginal.

Por su parte, el juez Piñeda trae a colación como justificativo de la contradicción la corta edad de la niña y su desconocimiento de los hechos abusivos, haciendo hincapié en la declaración de la niña en cuanto a que fuera penetrada por el imputado y en el ardor de la vagina cuando fue a orinar, tal como lo relatáramos.

En tanto la jueza González sostiene que la niña es específica en orden a dos momentos que relata en cámara Gesell y que demuestran la penetración, uno en el que informa que le causó dolor y otro en que sintió ardor en la vagina al orinar, luego de levantarse en la noche para ir al baño en la casa del imputado, afirmando que la inexperiencia de la niña, tan pequeña en edad y objeto de múltiples, frecuentes y variadas agresiones sexuales explican con creces la confusión.

3. Conforme lo anterior, sostenemos que todas las afirmaciones de los jueces se apoyan en una valoración probatoria conforme a las reglas de las sana crítica, toda vez que se sostienen en normas no solo científicas o de una lógica razonable y posible, sino especialmente en la experiencia, puesto, que efectivamente, aparece como más allá de toda duda razonable que la niña no recuerde específicamente la penetración misma por la vagina en razón de, tal como lo dice agudamente la jueza González, que por su corta edad no pueda percibir de entre tantas agresiones frecuentes y sobre todo variadas, ya que fueron desde sexo oral mutuo hasta escenas pornográficas pasando por penetraciones,eyaculaciones y tocamientos, cuál de todos ellas pudo haber sido penetración vaginal.

En fin, no existiendo entonces elemento probatorio alguno que pueda sostener la plausibilidad de lo afirmado por la defensa en cuanto a la ausencia de penetración vaginal por parte de su defendido, corresponde confirmar en un todo la sentencia venida en impugnación en todos sus términos, adhiriendo sin más a la propuesta del primer votante respecto de la regulación de los honorarios y las costas.

Así voto.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar la impugnación presentada contra la sentencia de condena, ahora corresponde la revisión de la decisión registrada bajo el nro.537/18.

2. A modo de obertura debo decir que, si bien en materia de recursos contra las sentencias nuestra ley no exige la presencia de las partes, ni siquiera del recurrente, considero que en esto de debatir, ampliar y/o desistir de los fundamentos de las impugnaciones, la concurrencia del Ministerio Fiscal a todo tipo de audiencias de revisión es de suma importancia.

En la audiencia ante un *Ad Quem* (ante la Cámara Penal o el Superior Tribunal de Justicia de la provincia, según sea el recurso), quien impugna se constituye en quejoso de una resolución judicial, haciendo valer su derecho de instar la revisión de una decisión jurisdiccional adversa.

Es por ello que estoy convencido de que quienes instaron la acción penal y elaboraron una estrategia para conformar su teoría y convencer a los juzgadores, no deberían desentenderse en las instancias de control, de la suerte de la decisión que les dio razón.

Destaco así la presencia de la fiscalía en el presente caso, y propicio que sigan concurriendo a las audiencias del artículo 385 del C.P.P. en el futuro.

3. Sigo sosteniendo que es labor de esta Cámara revisora la de controlar la decisión jurisdiccional condenatoria, bajo el prisma de los agravios, siendo objeto de dicha labor, la sentencia de tribunal de condena. Ese es el marco de un proceso adversarial como el nuestro al que debemos circunscribirnos.

"El reexamen del primer juicio supone, entonces, una actividad nuevamente contradictoria, donde la tesis que suponía la acusación ha *sido reemplazada por la sentencia, y que se expresa en niveles de análisis diferenciados: A) En primer lugar, configura un juicio a la sentencia como texto. En este sentido, el recurso impugna la coherencia narrativa del discurso que contiene la decisión y la expresión del razonamiento que lo legitima, sometiéndolo al análisis lingüístico para descubrir sus inconsistencias, desnudando los vicios que afectan las normas válidas de argumentación. B) En segundo lugar, un juicio al juicio como actividad constitucionalmente reglada donde la protección del cumplimiento de las formas procesales tiene relación directa con la protección constitucional de las limitaciones al poder punitivo estatal. C) En tercer lugar, un juicio al juicio como control de valoración de la evidencia decisiva, con posibilidad de demostrar, en un nuevo examen inmediato, un error evidente y decisivo.* D) *En cuarto lugar, un juicio al derecho que funda la sentencia, como control en interés individual de la legalidad y legitimidad de la condena.* (Pérez Galimberti, Alfredo, "Impugnación de la Sentencia penal";¿Más Derecho?, Año 5, Agosto 2006. F. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2006, p. 295)4. Ingresando ahora sí

a la labor que me convoca, se impone destacar que la defensa ha tomado como punto neurálgico de su recurso, aquello que hace a la evidencia que acreditaría el presupuesto fáctico de la agravante de la calificación penal endilgada a su cliente; esto es la *penetración* del abuso simple.

Se quejó que en la sentencia no se advierten explicaciones razonables y contundentes para arribar a la certeza requerida en este estadio procesal para poder sostener, en cabeza de B., el acceso carnal vía vaginal. Dijo que los argumentos brindados por los sufragantes en sus votos, se encuentra en diametral oposición con el relato de la niña y con los resultados de la pericia ginecológica.

Acusó así que los fundamentos utilizados en la sentencia, tendientes a relativizar la inexactitud, refieren a la corta edad de la menor y la frecuencia de los abusos, pero con restringido alcance para poder desvirtuar la contundencia puesta de manifiesto por la víctima en su declaración.

Por ello, ante posiciones tan opuestas, el pretenso sostuvo que el fallo no ha logrado generar la imposición procesal de adquisición de certeza ante lo sostenido por la propia víctima y el resultado de la pericia ginecológica; solicitando se revoque en el punto la figura agravada -119 tercer párrafo- y mantener la discusión dentro del campo de la figura básica -art. 119 primer párrafo- ordenándose el reenvío a los fines de formularse una nueva cesura de pena.

Para la mejor interpretación de mi sufragio, he de clasificar tres interrogantes cuyas respuestas fundaran mi decisión: a) ¿los jueces de condena emitieron argumentos suficientes para fundar su decisión?; b) ¿se ha vulnerado el principio de congruencia, de manera tal que haya afectado la defensa en juicio del condenado?, y por ultimo c) ¿es cierto que hubo contradicción entre la plataforma fáctica de la acusación y la evidencia producida?. Veamos.

4.1 La defensa atacó la subjetividad del doctor

Marcelo Nieto Di Biase, cuestión que francamente no he certificado en la interpretación de su voto.

Recordemos que el juez Nieto respecto del punto central del recurso dijo "*que la diferencia existente en el relato de la niña en cuanto a que había sido penetrada en el ano, y la lesión en el himen, es propio de la inexperiencia sexual asociada a la edad, por lo que la considero de carácter menor, y por ende propia de la confusión que pudo tener aquella" (página 117 de la sentencia, penúltimo párrafo).*

Agregó a ellos dos hechos puntuales relatados por la niña, tomados para ponderar su credibilidad. El primero se refiere a una circunstancia relacionada a una fotografía en la que la niña pudo observar del teléfono celular del acusado, el pene de aquel apoyado en su mano, reconociendo la niña como suya por las uñas pintadas y las referencias del lugar. La segunda circunstancia tuvo que ver con el día en que, al despertarse la menor, advirtió su cara mojada, notando la presencia del acusado a su lado *con su miembro viril expuesto frente a ella.*

De esto último, cierto es que la menor no relató el hecho con las mismas palabras utilizadas por el juez, pero la interpretación que el mismo hizo de los dichos de aquella, ha sido correcta, y considero que su forma de graficarlo con palabras distintas, tuvo un único y mismo sentido.

Es por ello que he de descartar subjetividad en el magistrado, al menos del extremo que tiña su imparcialidad para tomar la decisión que se revisa.

Misma conclusión me cabe respecto del sufragio del Juez Piñeda, a quien la defensa también ha incluido en su consideración.

En el recurso, la pretensa transcribió parte de los argumentos del voto de juez, que se encuentran en el penúltimo y la primera oración del último párrafo de la pagina 123/vta., de la carpeta.

Sin embargo, es la lectura de todo su voto la que me determina a considerar que el magistrado ha dado

suficientes razones para sostener su decisión, coincidente con la del doctor Nieto Di Biase.

Dijo el juez Piñeda que los sucesos acaecieron cuando la víctima tenía tres o cuatro años de edad, lo que lleva a pensar en una corta edad, en falta de experiencias *"de la vida misma, de su desarrollo tanto físico como mental, de su total inmadurez sexual"*.

Continuó aseverando que bastaría con observar una criatura de esa edad, y con ello no alcanzarían las palabras para expresar todo lo que ello significa y que *"es un ser totalmente vulnerable".* Que desde esa fragilidad, el relato de la víctima se condice con los dichos de la denunciante y del propio imputado.

Dijo también que la develación fue a los 10 años de la menor aproximadamente, momento en que aun es imposible pensar en un desarrollo sexual normal, *"...porque la mayor parte de su corta vida, no sabía que significaban estos hechos abusivos, solo puede expresar lo que sentía y aun así tampoco se la puede interpretar como si fuera una persona mayor, madura en toda su plenitud; reitero la develación se produjo cuando tenía 10 años de edad, aun con una falta de maduración, sumado a ello a una deformación normal de actos no propios de una niña en cuanto relaciones sexuales se refieren y que provocan daños en su vida futura, al no haber tenido una maduración acorde a su edad mental, física y espiritual, porque el imputado "era una persona de su confianza"."*

Como vemos, han sido varias las cuestiones tenidas en cuenta por el juez, las que unidas a las circunstancias concreta del caso y su ponderación desde la experiencia, la lógica y la psicología, utilizadas

para justificar su decisión, me determinan a considerar su voto como bien fundado.

Mismo temperamento merece el voto de la juez Ivana González.

En relación a la única inexactitud en la declaración de la menor en cuanto a que el acceso carnal se produjo por *"la parte anal"*, tomó como parámetros ineludibles de su análisis: la corta edad a la que comenzaron los reiterados abusos (alrededor de los cuatro años), la corta edad con que contaba al momento de la develación (alrededor de 10 años) y el prolongado tiempo tanto como la significativa reiteración y variedad de las conductas abusivas perpetradas.

Agregó a ello la consideración que los abusos tuvieron su oportunidad en la estrechez y continuidad del contacto con el que contaba el imputado en relación a la familia, y con la menor víctima.

Todo ello, al igual que sus colegas, la condujo a una única afirmación posible, lejos de toda duda: *"la niña fue accedida carnalmente y el autor sólo pudo ser B., más allá de la inexperiencia de una persona tan pequeña y la imposibilidad de distinguir las agresiones dada su multiplicidad, variedad y frecuencia."*

Es por ello que respondo al interrogante de este sub acápite por la afirmativa: los jueces dieron serios y fundados argumentos para tomar su decisión.

Continuemos.

4.2 Pasando ahora a verificar si con el agravio se ha vulnerado el principio de congruencia, y con ello la garantía de la defensa en juicio del condenado, tras un serio y profundo análisis de la cuestión sugerida, he arribado a la conclusión que la respuesta es no.

Tengo para mí que pese a la vía de penetración indicada por el Ministerio Publico Fiscal en la acusación, y la prueba producida en el debate, no descolocó al imputado y su defensa al punto de afectarlo en su derecho de defensa.

El tipo penal de abuso simple agrava la pena en

situaciones de penetración por cualquier vía; y no advierto, ni tampoco ha sido invocado por quien recurre, cual ha sido la estrategia potencialmente burlada a la defensa, en el hecho que la fiscalía plasmara en su acusación, una de las vías posibles de la violación.

Si acaso se hubiera ensayado el recurso, cuando distintas consecuencias podía traer un caso de abuso sexual por vía anal/vaginal u oral, otra podría ser su suerte.

En el presente, no solo la norma no contiene esa diferencia, sino que los presupuestos facticos que hacen a la vía discutida (anal o vaginal) tampoco las provoca.

4.3 Hemos dejado por último, el punto referido a la existencia o no de contradicción entre evidencia devenida en prueba en el juicio.

Sabido es que la idea con la prueba, es que el litigante acredite parte de las proposiciones fácticas de su caso, en el tramo que, en el caso de testigos, una persona conozca. Algo así como la parte de la historia que pretende contar. Y para ello, el testigo debe aparecer como confiable para que su relato sea creíble.

En la Cámara Gesell se observa a una niña, que impresiona mayor a la edad que tiene, predispuesta al cuestionario, y algo tensa.

En su extensa declaración (una de las mas extensas que haya escuchado en menores de edad), en varias oportunidades solicitó se le aclaren las preguntas, a veces muy simples, cuestión que presupone cierto stress en la diligencia. La defensa cuestionó la forma en ser interpelada la niña, mas considero que fue ella la que exigía en cierta forma, tiempo para contestar,utilizando el recurso de solicitar aclaraciones o reiteraciones de la pregunta que sin dudas, se refirieron a su más profunda intimidad.

Se extrae de su testimonio, un relato que describe desorganizadamente, las varias veces y modalidades en que fue abusada.

Pese a estas características destacadas, es decir de no responder inmediatamente a varias preguntas y de relatar

sin orden, interpreto a sus respuestas como creíbles, tal cual las consideró el *A Quo*. Y esto así lo pondero, ya que con la dirección de su mirada, y la reducción en el tono de voz a ciertas respuestas, a mi modo de ver delatan vergüenza y pena, atento las situaciones tan íntimas y traumáticas que constituyen sus respuestas.

He de adunar que no se advierten contradicciones, aunque sí inexactitudes (fechas, lugares), propios de la reiteración de hechos similares, en lapsos temporales en que la víctima era muy, muy pequeña.

Por otro lado, es dable dar razón al pretenso que la menor individualizó concretamente la vía de penetración. Esto fue casi al finalizar la recepción del testimonio, luego de una hora de preguntas, al minuto 56.10 de la Cámara Gessel. Ya para esta parte de la diligencia, el cansancio de la menor se torna muy evidente.

Aun con esta indicación, sin agregar valor a la interpretación de tiempos y/o gestos, debemos colegir que previamente, específicamente a partir del minuto 23.10, ya había sido preguntada por algo similar, esto es si alguna vez fue lastimada en alguna parte de su cuerpo por esos actos de abuso. Y la niña respondió que una vez "*como que la penetró*", y que esa vez le dolió.

Si bien no dijo por cual vía fue penetrada, dijo que esa vez, se despertó, y cuando fue al baño le ardía (a partir del minuto 25.22).

Con esto podemos concluir entonces que la vía vaginal individualizada por los fiscales como la de penetración que completa y agrava el tipo penal básico, ha sido sustentada con la evidencia producida.

Esta circunstancia destacada, producto de realizar nuestro deber de hacer un juicio al juicio, permite concluir que en realidad no hubo contradicción en la evidencia que contiene la calificación jurídica agravada, y además, que nada indica que el imputado no ha podido defenderse de la acusación en su contra.

5. Por todo lo dicho, entiendo que el razonamiento que siguieron los jueces ha sido acertado, efectuaron una

correcta valoración de la prueba y tras el análisis conglobado de toda ella, he de votar por no hacer lugar al recurso y confirmar la condena.

6. En punto a las costas y honorarios de la Defensa, voto de conformidad a lo decidido por el colega que lidera esta sentencia.

Así voto.

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

S E N T E N C I A:

1) Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado M. D. B. - cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia nro. 537/184, dictada en fecha 09/03/18;

2) Confirmar la sentencia condenatoria nro. 537/18 dictada en fecha 09/03/18;

3) Imponer las costas al acusado (art. 241 y conc. Del CPP), y regular los honorarios profesionales del Dr. F. G. en la cantidad de VEINTICINCO (25) JUS (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y ccdts. de la ley XIII-4, t.o. Ley XIII N° 15 antes decreto-ley 2.200).

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrián Barrios Alejandro Gustavo Defranco

El Juez Omar Florencio Minatta no suscribe materialmente la presente por encontrarse en uso de licencia reglamentaria en la fecha de su lectura. Registrada bajo el Nro. 76/2018 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Carlos E. Pedelaborde
Secretario de Cámara