En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 28 días del mes de Mayo del año dos mil diecinueve, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Carina Estefanía, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **“P.J. Z. S/DCIA. ABUSO SEXUAL TRELEW” (Carpeta N° 7388 Ofiju Tw-Legajo 64487 MPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por el Sr. Defensor Público, Dr. Javier Allende, en representación del imputado E. A. M., contra la sentencia dictada en fecha 26/12/18 por el Tribunal Colegiado integrado por los Dres. Ivana M. G., Fabio A. Monti y Sergio César Piñeda, registrada bajo el N°3457/2018. En la misma se resolvió condenar a E. A. M. E. A., D.N.I. Nro. X, cuyos demás datos personales constan en autos, a la pena de doce (12) años de prisión dé efectivo cumplimiento, con más accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración y circunstancias de comisión, agravado por la situación de convivencia en relación a la menor R.M.P. (1 hecho), en concurso real con reiterados hechos de abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de su comisión, agravado por el vínculo y, bajo la modalidad de delito continuado en relación a la menor A.I.M., todo ello en carácter de autor (arts. 119 2do y 4to párrafo, inc. b y f, 45 y 55 contrario sensu del Código Penal Argentino), por los hechos ocurridos en fechas no precisas pero situadas en el mes de febrero de 2016 en relación a R.M.P. y en fechas no precisas pero en el año 2015 en relación a A.I.M. y en perjuicio de tales menores.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 14/05/2019 en sede de este tribunal intervinieron el imputado E. A. M. -de demás circunstancias obrantes en autos- y su Defensor, Dr. Javier Allende; por el Ministerio Público Fiscal compareció la Dra. Griselda Encina, Fiscal General.

Durante la audiencia el Defensor reeditó oralmente los

términos de su presentación escrita principiando - luego de acordar con el Tribunal y el Ministerio Público Fiscal obviar la imputación para mayor celeridad- por lo peticionado en su corolario, en concreto, con la petición de absolución de E. M. por el hecho por el que fuera condenado; subsidiariamente requiriendo se modifique la calificación legal adoptada y correlativamente se disponga la disminución del monto de pena impuesto que esa Defensa consideró inconstitucional y excesiva.

Adentrándose en los agravios indicó que el primero consistió en la violación a las reglas de la sana crítica en la construcción de la sentencia, dado que los hechos imputados a E. M. se tuvieron por acreditados cuando el resto de la prueba, amén de las declaraciones sostenidas por las víctimas a través del tiempo -incluso en Cámara Géssell-, por si solas no lo permitían. Para sostener lo expuesto brindó variados fundamentos (conforme registro de audio), destacando que la develación de la menor contenía un intento de abuso contra natura que no pudo ser corroborado por ningún otro tipo de prueba (*citó el informe médico que negó la existencia de lesiones, atacó el testimonio de la madre de la niña por entender que carecía de valor convictivo ante contradicciones que contenía y resaltó el informe de la psicóloga forense que recomendaba apoyar los testimonios en cámara Géssell con otras pruebas*). En cuanto a la violencia que según postuló la acusadora permitió consumar los abusos sobre las niñas de modo continuado, señaló que fue cimentada a partir de la sola existencia de un rebenque en el interior del domicilio familiar, que bien pudo relacionarse con la actividad laboral rural del encartado. En lo concerniente a la precisa descripción del inmueble en el que habrían acaecidos algunos de los hechos imputados, citado por los sentenciantes como elemento corroborante de la veracidad del testimonio de las niñas, la explicó por ser tal casa, aquella que habitaban de modo permanente. Engrosó su crítica al decisorio con la carencia de pruebas biológicas, que, de haber existido, a su entender debieron ser advertidas ineludiblemente por la madre de las víctimas -Sra. P.-.

Continuando su alocución el Defensor insistió, luego de discurrir en diversas líneas argumentales, sobre la orfandad de

prueba objetiva que sostuviera los relatos de las menores, lo cual por si, debía conducir a la absolución de su pupilo.

Para un correcto orden de la audiencia y atendiendo a la extensión de la queja de la Defensa, se dio vista al Ministerio Público Fiscal para que se pronunciara en orden a lo hasta allí planteado por la Defensa.

La Dra. Encina dijo que la Defensa parcializó, tanto los hechos imputados como los argumentos de la sentencia impugnada y se alejó del objeto del juicio al momento de su presentación escrita como al oralizar su crítica; que asimismo el decisorio ha señalado que es necesario constatar los dichos de las víctimas con el resto del material probatorio producido en debate, tarea que evidencia la pieza condenatoria de modo minucioso, explicando ello -por otra parte- su prolongada extensión a lo largo de unas 40 fojas. En ese razonamiento propició el rechazo del planteo defensista por ser la sentencia impugnada respetuosa de las reglas de la sana crítica conforme arts. 25 y 239 del C.P.P. y 169 de la Const. Prov.

En su réplica el Defensor aclaró que el análisis no fue parcializado, sino sintético por la naturaleza de la instancia, insistiendo en la falta de prueba externa y objetivable para sostener los dichos de las víctimas y solicitó su postulación impugnadora sea considerada como una remisión a su oportuna presentación escrita, complementaria de lo expresado durante el acto en curso.

Continuó el Dr. Allende con el ataque a la sentencia, esta vez apuntando a la calificación legal. Recordó que los abusos imputados respecto de ambas niñas víctimas fueron calificados como gravemente ultrajantes, respecto de R.P. por su duración y circunstancias de comisión y respecto de A. M. por las circunstancias de su comisión. En relación al encuadre legal trajo las dificultades admitidas por la doctrina para una precisa conceptualización del tipo -establecido en el segundo párrafo del art. 119 del cód penal-, que coloca a la norma en el límite de la inconstitucionalidad (citó a Donna) y repercute en los casos concretos de modo directo, mediante una severa agravación de la escala penal respecto del abuso sexual simple del primer párrafo del art. 119 del Cód. Penal.

Prosiguió en el desarrollo de su queja destacando que el concepto duración empleado en el tipo en análisis no fue precisado en la sentencia, y que por otra parte el Dr. Monti tuvo por cierta la prolongación en el tiempo y las circunstancias de realización que no se verificaban en los hechos imputados en un continuum, sino en un plazo acotado e interrumpido. Dijo que los Dres. Piñeda y G. se expidieron de modo similar, aunque G. agregó la somnolencia y las amenazas, acrecentando el contenido del injusto de modo no requerido por el Ministerio Público Fiscal, lo cual fue sorpresivo para la Defensa en la sentencia y debía ser considerado al mensurar pena en esta instancia. Volvió sobre la caracterización del tipo y citó doctrina explicando los elementos del abuso sexual gravemente ultrajante, concluyendo que el plus que requiere la figura no se verificó en los hechos ventilados en juicio, sea en lo referido a la duración, sea en lo concerniente a las particulares circunstancias de su realización.

En cuanto a A. se quejó de la exclusiva apreciación del delito continuado para sostener la calificación efectuada por los Jueces Piñeda y G., pese a los términos de la imputación, que a su entender solo permitían discutir la existencia de un simple concurso real; nada dijeron en sus votos del grave ultraje requerido por la figura los citados Magistrados, razón por la que propugnó la anulación del fallo por ausencia de fundamentación.

En su réplica -en este tramo de la audiencia- la Fiscal entendió que la petición era infundada, que reiteraba los términos de las alegaciones hechas en el cierre del juicio y que la sentencia estaba suficientemente fundada, solicitando sea rechazado el agravio.

Para concluir su ataque a la sentencia por la que se condenara a E. M., el Defensor puso de resalto que la parificación de la pena combinada en la figura del abuso sexual agravado por el vínculo o por la situación de convivencia preexistente, sea que se trate de sus especies gravemente ultrajante o con acceso carnal, la cual quebranta abiertamente el principio de proporcionalidad de la pena (citó jurisprudencia aplicable y doctrina -del error evidente-). Insistiendo en la incoherencia de la escala aplicable, contraria a los principios de igualdad y razonabilidad en el modo legislado, propuso al tribunal una

solución respetuosa de tales principios para la cesura de pena, a emplear de no hacerse lugar a la absolución o en su defecto a la petición subsidiaria de recalificación antes solicitadas.

Ingresando al tramo final de su exposición rescató para el análisis el tramo del fallo impugnado que destacó el gran esfuerzo de M. para resultar vulnerable ante el poder punitivo, derivando de ello la agravación de la pena aplicable, a partir de argumentos que valoró desacertados, sin perjuicio de que ello no fue alegado por la fiscalía (brindó fundamentos). Explicó otras pautas utilizadas para mensurar pena en contra del imputado por el A Quo (desproporción etaria víctima/imputado), como la omisión de valoración de otras en su favor -informe del Lic. R. en relación a la actualidad de la familia presuntamente víctima de E. M. que correspondía analizar al evaluar la extensión del daño causado.- En conclusión requirió la absolución de M. y en su defecto la nulidad del fallo; subsidiariamente, y si no se hiciera lugar a la recalificación confirmando el abuso sexual gravemente ultrajante declarado en la sentencia, se aplique la escala punitiva propuesta para tal figura en respeto a los parámetros constitucionales expuestos y se aplique el mínimo legal de pena.

En réplica y cerrando las postulaciones, la representante del Ministerio Público Fiscal propuso el rechazo del pedido de inconstitucionalidad de las escalas punitivas del art. 119 4to párrafo, entendiendo que fue sostenido en el marco de la generalidad y no en el caso concreto como lo requiere un planteo de tal naturaleza -última ratio del orden jurídico al impulsar la declaración de inconstitucionalidad de una norma-. En tal sentido concluyó en que la Defensa no había superado el mero desacuerdo con los criterios del Tribunal de sentencia, que salvando la proporcionalidad dio cuenta del derecho y la conducta incriminada con sujeción a las pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal al graduar la pena, lo que a la sazón constituía una nueva razón para desechar el ataque intentado. Respecto de la crítica dirigida contra el Tribunal por su omisión de valorar una atenuante al graduar pena, apuntó que el bienestar actual de las víctimas debe ser contrapesado con el hecho de que debieron retirarse junto a sus hermanos y su madre de su lugar de residencia por los delitos sufridos, incurriendo en contradicción el Defensor al proponer no

sea valorado que la familia abandonó la provincia, pero sí que actualmente en la nueva ciudad en que se encuentran viven bien. Respecto a la falta de contacto posterior a los hechos imputados de E. M. con las víctimas, no fue propuesto por el Defensor como atenuante de pena al Tribunal de Juicio, por lo que no debía considerarse.

Concluyendo la audiencia y concedida la oportunidad de expresarse por el presidente del Tribunal al Sr. E. M., decidió guardar silencio.

Requerido el Defensor por el Presidente del Tribunal previo a cerrar el acto, evacuó explicando que no recordaba si había planteado en instancias anteriores la inconstitucionalidad de la escala penal de la que se agraviara durante la audiencia de impugnación, que creía no haberlo hecho y que solicitaba se esté al audio respectivo.

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

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Es necesario principiar este voto recordando que, en fecha 26 de diciembre de 2018, mediante sentencia registrada bajo el número 3457, se condenó E. A. M., cuyos demás datos personales obran en el legajo, como autor material y responsable del delito de **abuso sexual gravemente ultrajante** (por su duración y circunstancias de comisión) **agravado por la situación de convivencia**, en relación a la menor R.M.P. (un hecho) en concurso real con reiterados hechos de **abuso sexual gravemente ultrajante** (por las circunstancias de su comisión) **agravada por el vínculo**, bajo la modalidad de delito continuado, en relación a la menor A.L.M. (arts. 119, 2do y 4to párrafo, inc. b y f,45 y 55 contrario sensu del Código Penal), por los hechos ocurridos en fechas no precisas pero situadas en el mes de febrero de 2016 en relación a R.M.P. y en fechas no precisas pero en el año 2015 en relación a A.I.M.

2.- Contra tal resolutorio, se alza en apelación el Sr. Defensor Oficial, Javier Allende, motivando sus agravios en derredor de tres ejes precisos:

Primero, denuncia la *"violación a los Principios de*

la Sana Crítica (arts. 25 y 329 C.P.P.CH... en lo relativo a la imputación por la menor R. (ya que) *...Con base en los dichos* -sic- *de esta menor se tuvo por cierto que el encartado se hizo tocar en el auto por la misma y que luego, en su casa, partido de fútbol por tv mediante, tocó sus partes íntimas y trató de accederla contra natura...* (pero) *se carece de corroboraciones esenciales más allá del testimonio de la niña...".*

Sobre *"la atribución a M. de un clima de violencia y sometimiento sobre el grupo familiar... Esto, tampoco fue acreditado y sólo es referido por la denunciante y las psicólogas que han escuchado su versión y de los menores.".*

De todo ello, concluye que *".la ausencia de prueba objetiva y exteriorizada sobre el contexto de los abusos, no puede demostrar la existencia de los mismos e implica la falta de acreditación para el sistema de la sana crítica racional. Así pedimos que se decrete y en consecuencia se absuelva al Sr. M..".*

3.- En segunda instancia, alega sobre la errónea calificación jurídica atribuida al asunto.

En efecto, señala, desde lo genérico, que la agravante aplicada resulta ambigua por ser un concepto que no puede precisarse más allá de la valoración de cada intérprete y *"que los hechos gravemente ultrajantes únicamente pueden ser aquéllos en los cuales no existe acceso carnal -por cuestiones de especialidad- o en los que se utilice instrumentos diferentes al órgano, sexual masculino. En estos últimos casos la cosificación más allá del abuso, sí es objetivable".*

En el caso concreto, y respecto a la menor R.P., recuerda *que "el Tribunal tuvo por acreditado que la menor RP sufrió una excesiva prolongación de su abuso,*
siendo desde que comenzó en el auto hasta cuando llegara
su madre y sus hijos a la casa...", pero, sugiere el defensor, que *"el plazo no ha sido un continuum, sino que ha sido siempre acotado e interrumpido. En el caso de R. hay un lapso de cuadras hasta que interrumpe la policía. Otro momento, que va desde que termina el partido de tv, y va a la pieza y es interrumpido por la llegada del resto de la familia. En ningún caso el encartado llegó al alivio sexual.".*

En lo que hace a la otra niña, denuncia que *"sobre el carácter*

gravemente ultrajante del hecho a su respecto entendemos que no existe fundamentación en el punto, en la medida que sólo el Dr. MONTI votó ese aspecto y no así el resto del Tribunal. Esto deja el punto sin mayoría ni sustento y amerita la nulidad de la declaración a su respecto.".

Por último, respecto a la calificación jurídica también, ataca la consideración de los hechos contra la menor A.M. como integrantes de un delito continuado, ya que fueron intimados como hechos independientes, uno del 2015 y el otro del año siguiente.

4.- Respecto a la sanción impuesta, solicita la inconstitucionalidad de la pena prevista en el art. 119, cuarto párrafo, Cód. Penal, aunque admite no haberlo solicitado -en la audiencia a tenor del art. 385- ante los jueces del debate.

Funda su petición, enancada en la violación del principio de proporcionalidad, la que advierte de la comparación de las penas previstas para cada una de las modalidades de abusos legislados, no pudiéndose admitir la parificación de las sanciones del abuso gravemente
ultrajante con el de la violación, en los casos agravados.

Respecto al caso concreto, dice que el Tribunal
entendió como agravantes *"...el concurso real de delitos, la existencia de dos víctimas, la reiteración en el tiempo de los abusos a A., el modo y lugar de comisión, el supuesto esfuerzo de M. por colocarse en situación de vulnerabilidad ante el poder punitivo, el grado de violencia al que fuera sometido el grupo familiar y su radicación en otra localidad y la desproporción etaria entre víctima y victimario.".*

Contrariamente estima que el *". lugar de comisión - el hogar donde todos convivían- no corresponde utilizarlo como agravante ya que esas circunstancias de por sí califica el tipo penal y como tal se encuentra contemplada en su escala punitiva. Reagravarlo como lo hace el Tribunal constituye una doble punición y, por lo tanto, debe ser descartado.".*

"En cuanto al esfuerzo del Sr. M. por ser vulnerable al poder punitivo decimos que este argumento no fue alegado como tal por la Fiscalía y eventualmente, no dio ninguno de los argumentos por los cuales el Tribunal desarrolló ese fundamento. Esto quebró las reglas del principio adversarial y sorprende a esta parte por un

agravante que no ha podido replicar.”.

Alega sobre la falta de prueba del *“grado de violencia presuntamente utilizado para el sometimiento del grupo”* y sobre *“la desproporción etaria entre víctima y victimario debemos decir que entendemos que estas circunstancias no pueden ser tomadas como agravantes porque constituye una doble agravación de un aspecto del tipo objetivo que ya está previsto en la pena del tipo legal.”.*

5.- Todo ello así, y principiando la tarea revisora por la cuestión de la autoría material declarada respecto de E. A. M., habré de reseñar, en primer término, de qué manera han validado los jueces intervinientes la teoría del caso de la acusadora.

En esa faena, a partir de la hoja 12 de la sentencia, el Juez Fabio A. Monti, luego de reseñar toda la prueba producida, se propone analizar la coherencia interna y externa de los relatos de las víctimas para, así, fundar la autoría en cabeza de M..

En razonamiento minucioso, prolijo, el que desde ya adelanto que suscribo en un todo, ha logrado el *a quo* llegar a la meta que se propuso.

5.- 1.- Funda la coherencia interna del relato de las niñas a partir de los informes psicodiagnósticos confeccionados por la licenciada P. F., destacando de su testimonio que *“...tanto R.P como A.M. muestran una adecuada discriminación entre realidad y fantasía. Y que se observa en ambas un relato con varias características, por ej: adecuada estructura lógica, elaboración inestructurada, elevada cantidad de detalles relevantes e irrelevantes, un relato con engranaje contextual, descripción de interacciones, reproducción de conversaciones, detalles superfluos, incomprensión de detalles referidos con precisión propios de la conducta sexual, admisión de fallas de memoria, etc. Concluye que esos criterios permiten determinar que esos relatos, desde el punto de vista de su contenido, resultan creíbles. La credibilidad de esos relatos se refuerza al brindar los menores detalles específicos respecto al miembro viril de su padre (grande, duro, con pelos, según R.P.), respecto a lo que sucedía tras los frotamientos (le salía como un agua transparente, según A.M.). Como explicó la Psicóloga Forense, las víctimas manejan detalles de la vida sexual adulta que no comprenden con*

claridad y viven las situaciones referidas como una conducta más de aquellas significadas como agresión. Como se sostuvo en el veredicto, niñas de tan corta edad no podrían describir con tanta precisión el pene de un adulto, el semen, ni los movimientos masturbatorios masculinos (siendo ambas víctimas mujeres), de no haber vivido exactamente lo que han relatado...".

5.- 2.- En pos de acreditar la coherencia externa de los relatos, da acertada importancia "clave" (fojas 172) al proceso de develamiento de la situación; para ello, acredita este instante trascendental que hace a la credibilidad de las víctimas a partir de la exteriorización de la niña RP antes sus "compañeritas en la Escuela 101 de Dolavon"; agrega que "*luego ella volvió a contar el episodio ante su profesora de gimnasia, ante su maestra y directores del establecimiento. Antes estas personas se limitó a narrar que su padre, cuando su mamá no estaba presente, la llevaba a la habitación de arriba y le tocaba sus partes íntimas. Luego la niña se explayó sobre las situaciones de abuso vividas ante la Psicóloga Forense tal como fuera explicitado anteriormente. A partir de este develamiento, es que la otra hermanita (AM) también relata ante la Psicóloga Forense las situaciones de abuso sexual perpetradas por su progenitor. Previamente, ambas hermanas habían narrado las situaciones de abuso sexual sufridas ante la Lic. S., cuando se radicaron en la localidad de Cervantes (Rio Negro), tal como expresara dicha profesional en el juicio.".*

5.- 3.- Pondera también, en forma atinada, a fin de motivar la credibilidad que les merecen las niñas, el hecho que "*. fueron testigos a su vez de situaciones de abuso perpetrados sobre sus otros hermanos. Así, por ejemplo, AM relató que, una vez su padre entró a su pieza para tocarla, ella se negó, él le pegó dos cachetadas y fue a buscar a su hermana, y la testigo oía que RP lloraba y decía que no. A su vez, el niño A.D.M contó que una vez vio cuando su padre la llamaba a A.M y le decía "ven-ven", que su padre entonces se bajó los pantalones y A.M se sentaba arriba de las piernas de él.".*

6.- A su turno, el Juez Sergio Piñeda, se avoca a acreditar la credibilidad externa de los relatos en forma contundente: "*...tanto la denuncia radicada por la madre de*

las menores, su ampliación, su testimonio en debate, son conteste con las demás declaraciones testimoniales, tanto de la profesora de educación física de la menor R.P., su maestra de grado, la Directora de la Escuela, la Médica Generalista del Hospital de Dolavon, la Coordinadora del Servicio de Protecci6n de Derechos de Dolavon y el personal policial interviniente en todo ello sucedió con posterioridad a la develación de la menor R.P. durante la clase de gimnasia a un grupo de compañeros. El actuar de las personas nombradas y valoradas sus declaraciones se correspondía con la situación de extrema vulnerabilidad del grupo familiar compuesto por la denunciante y sus tres hijos menores de edad, y la forma rápida en que actuaron, culminando con el traslado de éstos a la localidad de Cervantes, Provincia de Río Negro, previo a ser alojadas en el mismo Hospital, retirar a los niños de la casa, sus pertenencias, etc.".

Respecto a su verosimilitud interna, evalúa correctamente el análisis de la "*. Psicóloga F.* (quien) *habla de detalles específicos respecto al miembro viril de su padre, grande, duro, con pelos, según R.P. Como también tras los frotamientos -le salía como un agua transparente, según A.M.- y en particular, que dos niñas que no habían hablado de estos eventos abusivos entre sí, describan un* modus operandi *idéntico por parte del mismo autor que sindicaran; ya sea desde los tocamientos y frotamientos con el pene en la vagina o el ano, tanto como los movimientos masturbatorios que ambas gesticularon en forma idéntica en sus respectivos testimonios bajo la modalidad de Cámara Gesell. Se debe tener en cuenta que las niñas, por su corta edad, describen con precisión el pene de su padre, el semen, los movimientos masturbatorios y ello surge de haber vivido lo que han relatado...".*

7.- Por último, a partir de la hoja 30 de la sentencia, la Jueza Ivana M. G., sentenció que *"...la prueba producida durante el debate sustanciado, han permitido verificar con plenitud la verosimilitud, veracidad y persistencia de los relatos efectuados por las victimas e, incluso, por el hermanito menor de ambas niñas, el niño AD.M.".*

Explicó que "*.la denuncia radicada por la madre de las menores víctimas y su posterior testimonio en juicio. resultó*

absolutamente concordante con lo relatado al tribunal. por la Profesora de Educación Física de la menor RM.P. (M. D.), por su docente de grado (L. B.), por la Directora de la Institución Escolar (G. P. D.), por la Médica Generalista de adultos y niños del Hospital de Dolavon (Dra. M. S.), por la Coordinadora del Servicio de Protección de Derechos de Dolavon (Lic. C. H.), el personal policial interviniente en todo el trámite que se sucedió a posteriori de la revelación efectuada por la menor R.M.P. durante la clase de gimnasia a un grupo de compañeros (empleados policiales Crio. G. A. y Sub Crio. N. P.) y el Of. Ppal. B. R., que tuvo a su cargo la realización de las inspecciones oculares (Inf. 2168/17 de fs. 40/41 e Inf. 1897/17 de fs. 42/43), que dieron cuenta objetiva de los dos domicilios donde se produjeron los abusos físicos y sexuales sufridos, coincidiendo en un todo con las descripciones efectuadas por las pequeñas niñas”, agregando que *“. todos los terceros que he enumerado más arriba y que formaron parte del suceso de la revelación del abuso, han sido coincidentes y concordantes en cuanto al contenido del relato de la menor R.M.P., el cual persistió inmutable en el tiempo. y sólo se pudo pormenorizar -como es de protocolo- a partir de su declaración bajo la modalidad de Cámara Gésell y las entrevistas psicodiagnósticas que le fueran practicadas por la Lic. F., psicóloga del C.M.F...”.*

Respecto de la apreciación de la experticia de ésta última profesional, trascribe, a fojas 182 su dictamen, puntualizando la calidad de “creíbles” que le asigna.

Trae a colación, como elemento que hace a la credibilidad, lo que comparto en un todo, *"...el hecho de que dos niñas que manifestaron no haber hablado de estos eventos abusivos entre sí, describan una forma igual de conducirse por parte del perpetrador, es decir: un modus operandi idéntico por parte de una misma persona y que ambas indicaron que se trataba de su padre, el aquí acusado. En efecto, en ambos relatos podemos observar cómo se describen los tocamientos y frotamientos con el pene en la vagina o el ano, tanto como los movimientos masturbatorios que ambas gesticularon en forma idéntica con sus manitos y en sus respectivos testimonios bajo la modalidad de Cámara Gésell...”.*

"En este punto, además, resulta insoslayable y significativo el hecho de que se trata de dos menores de muy corta edad, por lo que mal pueden tener datos tan precisos acerca del aspecto de un pene adulto (y no, el de un niño, que no tiene "pelos") o de la apariencia del semen, a menos que lo hayan visto. Y, más significativo, aún, que puedan describir con sus pequeñas manitos los movimientos masturbatorios masculinos, no sólo porque son pequeñas, sino sobre todo porque son MUJERES: no tienen pene y no existe una explicación lógica atendible para que conozcan y describan con tanta precisión esa práctica especifica (propia del género masculino), que no sea la que ellas sencillamente nos han brindado: su padre les exhibía el pene, las tocaba con el pene y las obligaba y enseñaba a masturbarlo. No existe, desde la sana crítica, otra explicación plausible, porque ni la corta edad de las víctimas ni su género, lo permiten".

8.- Reseñados en lo sustancial los sufragios de la sentencia atacada, tal como se viene diciendo, no otra alternativa queda que confirmar, en lo que a la autoría concierne, en todos sus términos aquel resolutorio.

Ello es así, y solo así, a partir de la credibilidad que merecen los dichos sostenidos en el tiempo y concordantes no solo de ambas niñas víctimas, sino también, de su hermanito A.D.M.

Efectivamente, tal como lo han desarrollado los jueces del caso, resultan creíbles los dichos de las damnificadas, en lo interno, a lo que debe sumarse la validación a través de los restantes testimonios recibidos.

8.- 1.- Que, en cuanto al test de fiabilidad, esto es, la coherencia interna, he de recurrir (como ya lo he hecho en **"M., M. L. en rep. De su hermana menor s/denuncia"** (Carpeta 4.520 OJ Rw - Legajo 5994 OUMPF Rw") a los lineamientos mínimos requeridos por el **"Statement Validity Assessment" (SVA)** que, como es sabido, es "*un método semiestandarizado que nos permite llegar a una valoración final sobre la credibilidad del testimonio del menor abusado, analizando la validez del mismo...*" (**Ma. Paz Ruiz Tejedor**, **"Valoración pericial de la credibilidad del testimonio..."**; Jornadas de Capacitación, Rawson, 16 y 17 de diciembre de 2010), cuyo aspecto central reside en la confrontación del relato con el **CBCA (Criteria-Based Content**

Analisis) que se compone, según Max Steller y Günter Kohnken, de 19 criterios de realidad para poder determinar si la declaración se ajusta a lo realmente sucedido.

En cuanto a las **características generales** del relato, cumplen las narraciones de las niñas recibidas en Cámara de Gésell con los tres requisitos necesarios del CBCA; en primer lugar, son **a) estructurados lógicamente** (carecen de inconsistencias que lo descalifiquen y los diversos detalles describen idéntico curso de sucesos, tal como cuando A. cuenta donde vivían y por qué fueron a vivir a Cervantes en coincidencia con R.); **b) su elaboración es desestructurada** (reflejan cómo el sujeto va recuperando la sucesión de los acontecimientos, desordenadamente, y no organizado linealmente como si fuera preparado con anterioridad, "traídos desde la memoria", ha dicho la Psicóloga Forense) y, en particular, **c) abundan en detalles relacionados con el abuso** (mención de los órganos sexuales comprometidos, detalles sobre los pelos en un pene adulto, la apariencia del semen, etc., todo lo que tan correctamente explica la Jueza G. -hoja 36-, a lo que debe sumarse las descripciones de lugares, personas, objetos, concreción del momento temporal de los hechos, que en una ocasión "mis dos hermanas se fueron a comprar con un amigo de mi papa", etc.).

En cuanto a los **Contenidos Específicos**, que tienen que ver con lo intelectivo o, lo que es lo mismo, contenidos que no serían posibles de incluir en una declaración inventada, encuentro los cuatro necesarios según el CBCA: a) **la incardinación en el contexto:** esto es la sucesión espacio-temporal y el anclaje del suceso en el contexto del relato permiten decir que el mismo impresiona como creíble -alusión a carnavales, a partido de fútbol por televisión, viaje en auto, referencia a abusos durante el tiempo de operación de su mama, etc.); b) **descripción de interacciones:** esto es, cuando el testigo describe cadenas de acciones y reacciones entre víctima y victimario, como por ejemplo, en el caso, diálogos entre R.P. con su padre negándose ir a arriba, amenaza con el látigo, los dichos de A.M. en cuanto su padre dijo que su hermana "estaba loca", etc.; c) **reproducción de conversaciones:** en concreto, cuando el imputado le dijo a R. que "vaya adelante para que le toque la parte intima" y muchas

otras como las anteriores; d) **complicaciones inesperadas durante el incidente:** como cuando R. cuenta la llegada de su mama y hermanos lo que obligo a su papa a bajar "rapidito" con el cierre abierto o la oportuna llegada de su hermano en una ocasión que damnificó a A..

Puesto a analizar la presencia de **Peculiaridades del contenido**, recordemos que ellos pueden agruparse en seis ítems, de los que, al menos, cuatro se encuentran presentes en los relatos.

Concretamente, existen numerosos **detalles superfluos**, esto es datos periféricos pero que confirman la credibilidad, tales como la referencia a la operación quirúrgica de la mama, que su papa conoció un amigo en
una gomería, referencia a sentarse en las bancas durante
el carnaval -ha dicho R.-.

Además, la **incomprensión de detalles**, a pesar de
contarlos con precisión, se encuentra presente, por ejemplo, en las referencias de A. a la apariencia del semen, sin saber de qué se trataba, o la referencia de R. a que cuando les conto todos a sus compañeros "mi mama me mandaba a la pieza...", sin comprender la razón.

Por último, son abundantes las **descripciones del estado mental de las niñas:** esto es, expresión de sentimientos, emociones o relatos de pensamientos relacionado con los hechos, tales como el miedo o la angustia y las referencias a sus negativas hechas saber al abusador.

En cuanto a los **contenidos referentes a la motivación**, capítulo fundamental para verificar la credibilidad del testimonio, encuentro la admisión de **fallas en la memoria**, tal como cuando A. reconoce no acordarse de la primera vez, no acordarse R. desde cuando vivían en su domicilio o cuando le contó los sucesos a sus hermanos.

8.- 2.- En cuanto a la validación externa, tal como han explicado los Jueces del caso, es elocuente la opinión al respecto de la Lic. F., Psicóloga Forense, que no solo realizó los psicodiagnósticos, sino que dirigió la entrevista a las niñas.

8.- 2.- a.- En resumen, ha dicho la experta,
respecto a **R. M.**, que "*...su desarrollo cognitivo es acorde a su*

edad y su madurez psicosexual se corresponde con su etapa evolutiva. Maneja detalles de la vida sexual adulta que no comprende con claridad y vive las situaciones referidas como una conducta más de aquellas significadas como agresión. Muestra una adecuada discriminación entre realidad y fantasía, así como comprende la diferencia entre verdad y mentira.

"En relación al relato, se observa cierto grado de rigidez y utilización de algunos términos no propios de la edad, lo cual denota posiblemente que ha ido acomodándose por repeticiones o relatos externos acerca de la situación. No obstante, cuando la niña es centrada en el recuerdo de escenas concretas en relación a los supuestos hechos vividos con su padre, el mismo cumple con un alto nivel de criterios de contenido que dan cuenta de un relato creíble.".

Incluso, tal como lo intenté antes, también utiliza la experta criterios de fiabilidad presentes, los que enumera del 1 al 12, en su escrito de fojas 44/46, "*criterios* (que) *permiten determinar que el relato, desde el punto de vista de su contenido resulta CREIBLE".*

8.- 2.- b.- Respecto a **A. I. M.**, ha dicho que "*. el juicio de realidad se encuentra conservado, sin alteraciones senso perceptivas y comprendiendo de manera cabal la diferencia entre realidad y fantasía y verdad y mentira. En cuanto a su declaración, ha sido el momento de mayor angustia, mostrando claramente su dificultad para verbalizar los hechos. El relato vinculado a su padre resulta un tanto más rico, aumentando la angustia a medida que avanza la declaración.*

Se puede observar en el mismo: 1- estructura lógica; 2- elaboración inestructurada; 3- detalles superfluos; 4- incomprensión de detalles relatados con precisión; 5- Alusiones al estado mental subjetivo; 6- Admisión de falta de memoria; 7- Detalles característicos de la ofensa...".

Todo lo que la lleva a concluir que "*en el contexto de la evaluación psicodiagnóstica puede determinarse que el relato resulta, desde el punto de vista de su contenido, CREIBLE".*

9.- En definitiva, resultando creíbles los testimonios de las niñas damnificadas, no solo a través del criterio de

validación explicado y la opinión forense, sino también por su coincidencia entre ellos (y su similitud con los episodios narrados por su hermano), su persistencia en el tiempo cada vez que los contaron a los sucesivos interlocutores, la corroboración efectiva de los espacios físicos donde sucedieron los hechos (ver inspecciones oculares de fojas 40 a 43), no hacen más que necesariamente conducir a la confirmación del fallo.

10.- **La calificación jurídica.**

Es cierto, como denuncia el Sr. Defensor, que la figura introducida por ley 25087 (B.O. 14/5/99), que integra el segundo párrafo del art. 119, Cód. Penal, es una figura rayana con la violación del principio de máxima taxatividad legal atento la vaguedad con la que se denota la acción típica.

No puede dudarse, por una parte, que al ser todos los delitos contra la integridad sexual más o menos humillantes para la víctima, resulta una tarea harto dificultosa estimar cuándo nos hallamos ante una acción *"gravemente ultrajante"*; por otra parte, es necesario admitir que, luego de la reforma operada por ley 27352 (de 15-5-17), se desdibujan los contornos de las conductas pasibles de subsumirse en el dispositivo, ya que, al introducirse casos de introducción de objetos, partes del cuerpo, *fellatio in ore*, etc., en el ámbito de la "violación" del párrafo tercero, se ha vaciado de contenido al acápite anterior.

Precisamente por ello, debe el juzgador extremar los esfuerzos a la hora de interpretar restrictivamente los dispositivos legales, a fin de permitir dar paso solo a la criminalización menos irracional posible.

Veamos cómo han subsumido los hechos los jueces del caso.

10.- 1.- respecto a la niña R., encontraron acreditada la calificante del párrafo segundo, del art. 119, al presentarse ambas causas que configuran, según la ley, un mayor ultraje: *la duración en el tiempo* y las *circunstancias de su producción*.

El primero, la excesiva prolongación temporal, lo que *"implica un peligro para la integridad física y un innecesario vejamen para la dignidad de la víctima*" (Gavier, Enrique A., "*Delitos contra la integridad sexual"*, Marcos Lerner, Córdoba, p. 29), que admite o *"que el acto dure más tiempo del normal requerido*

para la realización de la conducta abusiva, o que se trate de una modalidad reiterada o continuada a través del tiempo" (Donna, Edgardo; "*Delitos contra la integridad sexual*", Rubinzal, pág. 48), ha sido acreditado por los jueces del debate desde el momento que M., una noche durante los carnavales de 2016, obligó a la niña a masturbarlo dentro del automóvil mientras iban al domicilio en el que vivían, recinto dentro del cual, luego de ver un partido de futbol por televisión, apoyó su pene en la cola simulando una penetración (ver voto Juez Monti en la hoja 16; Piñeda, foja 28; Jueza G., en la hoja 36, aclarando estos últimos que el segundo tramo fue *"para continuar con lo que había comenzado"*).

Entiendo, con los sentenciantes, que la teoría de la defensa, en punto a separar en forma tajante ambos momentos, tildarlos como "acotados e interrumpidos" (y sobre todo requerir que el autor logre el desfogue sexual), resultan una interpretación antojadiza, que va en contra de la experiencia más elemental, ya que, como han interpretado correctamente los jueces, resulta evidente que al ser interrumpido el primer episodio, volvió sobre el objeto de su deseo, emprendiendo nuevamente el acto lujurioso, todo lo que en definitiva, por su prolongación desde el primer emprendimiento en el vehículo hasta la oportuna llegada de su madre, fue objetivamente apto para causar un estado de ultraje mas allá de un simple tocamiento impúdico instantáneo (previsto por el primer párrafo).

De todos modos, de considerarlos dos hechos separados, escindibles, entonces se presentaría la otra forma de gravemente ultrajante "por su duración": la modalidad reiterada.

Recordemos con Villada, que "*...presupone una indudable permanencia. en el tiempo de un único abuso, o de la repetición o la reiteración continua* ***o discontinua*** *en el tiempo de diversos actos abusivos sin penetración."* (Villada, J. Luis, "*Delitos sexuales*", La Ley, 2da. Edición, 2013, pág. 85; el énfasis me pertenece).

De otra parte, tal como agregan los jueces al unísono, la naturaleza misma de los actos emprendidos (masturbación en el vehículo, apoyar su pene en la cola desnuda de la niña simulando una penetración), son actos que por sí mismos, "por las circunstancias de su realización", permiten ser catalogados de

excesivos y ser de los subsumibles en la figura en crisis.

Donna refiere que esta *"variante prevé la realización de un acto único que resulte altamente dañoso para el sujeto pasivo, ya sea por el carácter degradante de la conducta o por el peligro que ella trae aparejada para la víctima..."*, mientras que Villada, se refiere a ellos como *". modalidades o formas de realizar el acto, que resultan objetivamente más gravosos o repugnantes o reprobables teniendo en mira al acto en sí mismo y al modo en que se ha tratado a la víctima."* (ob. Cit., pág. 86).

10.- 2.- Respecto a la aplicación de la agravante en el caso que tuvo por damnificada a A., es cierto, como dice el defensor, que los magistrados dan razones acerca de la existencia de un delito continuado, pero ello no implica, necesariamente, que no hayan explicado la razón por la cual es gravemente ultrajante por su duración.

En efecto, el juez Monti refiere, en la hoja 17, que *"...los hechos de abuso fueron reiterados en el tiempo desde que aquella contaba con 11 años y se prolongaron hasta unos días antes de que su hermana R.M. contara lo que le sucedía en la escuela."*, todo ello acreditado por su relato (ya tildado de creíble), por cuanto la calificación es correcta.

Por su parte, el Juez Piñeda, en la hoja 28, dice que *"sabemos de su* ***continuidad*** *no solo por sus dichos. sino porque efectivamente se da a su respecto lo que en dogmática se define como delito continuado: mismos hechos,* ***repetidos en periodos prolongados de tiempo****, contra el mismo sujeto pasivo y por parte del mismo sujeto activo."*.

Subrayo por mi parte las frases por las cuales se explica, correctamente, el porqué de la agravación.

Por último, la Jueza G. (en la hoja 37), reitera estos argumentos, agregando que *". los abusos comenzaron respecto de A.I.M. cuando menos cuando la niña contaba con diez años. Y que duraron hasta tres días antes de que R.M.P. revelara la situación en la escuela."*, siendo también suficiente explicación de las razones por las cuales se tilda a los abusos de reiterados, por lo que el agravio debe ser descartado.

11.- En cuanto a la respuesta punitiva dada al caso por los sentenciantes, coinciden en interpretar como atenuante a la falta

de antecedentes del imputado.

En cuanto a las agravantes, confluyen en valorar negativamente: *"a) el concurso real de delitos que afectan a dos víctimas; b) la reiteración y extensión en el tiempo de las conductas abusivas respecto de la niña A.M, lo cual denota un mayor grado de afectación del bien jurídico; c) en cuanto al modo de realización de las acciones, he de merituar como agravante el aprovechamiento que ha hecho el autor del mayor grado de indefensión de sus víctimas, llevando a cabo sus conductas abusivas en momentos en que la madre y los otros hermanos no se hallaban en la vivienda familiar; d) la edad, educación y costumbres del autor: se trata de una persona con estudios secundarios incompletos (ver informe de fs. 51), buen vecino, trabajador, con capacidad de sociabilización (de acuerdo a los testimonios de sus vecinos E. F. y J. V.), de modo tal que su ámbito de autodeterminación en este aspecto no se ve afectado, por el contrario ha tenido que realizar un gran esfuerzo interno (bajo estado de vulnerabilidad según Zaffaroni) para decidirse a cometer actos de A.S.I contra miembros de su propia familia; e) el grado extremo de violencia y sometimiento que ejercía sobre todos los miembros de su grupo familiar, relatado por éstos y explicado en párrafos anteriores, situación que motivó la radicación del grupo familiar en otra provincia una vez formulada la denuncia por la madre, ante el miedo que infundía el acusado sobre aquellos..."*, todo ello extraído del voto del Juez Monti.

12.- En principio, y ya puesto a resolver, es necesario rechazar de plano la pretendida declaración de inconstitucionalidad solicitada por el Defensor, no solo por no haber sido incoada en el momento oportuno, sino, por otros argumentos de peso.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma del Congreso de la Nación -que se presume ajustada al diseño constitucional-, es un acto de inmensa gravedad institucional por cuanto una ley sancionada por otro poder del Estado, de acuerdo al mecanismo constitucional para su sanción y promulgación, se debe presumir legítima y operativa, salvo, claro está, *"cuando la repugnancia de la norma con la Constitución sea manifiesta, clara*

e indudable” (CSJN, **“Pupelis”**, Fallos 314:424), casos en que la jurisdicción se vería compelida a así proceder por ser, en definitiva, la garante de la plena vigencia de la Carta Magna.

Evidentemente, no es de los casos pasibles de ser calificados de reñidos con la Constitución, los de una mera parificación de escalas penales en agravaciones de dos tipos penales de distintas entidades, ya que, la interpretación restrictiva de la judicatura puede evitar aquella medida extrema solicitada por el defensor mediante una operación matemática simple y respetuosa de la proporcionalidad de la sanción de acuerdo a la lesividad.

Si bien es cierto que, como sostiene la doctrina mayoritaria, *“...no se explica cuál es la razón que puede haber motivado equiparar la pena de las agravantes de figuras básicas que tienen una penalidad diferente.”* (D'Alessio, A.; *“Código Penal comentado y anotado”*, La Ley, 2004, pág. 180), no menos cierto es que, siendo de considerable amplitud la escala prevista en el párrafo cuarto, art. 119, Código Penal (prisión de ocho a veinte años), se permite adaptar la sanción a cada caso concreto, nunca pudiendo el sentenciante rozar el máximo previsto en casos del párrafo segundo y evitando la aplicación del mínimo en supuestos de “violación”.

Con este simple recurso aritmético, dentro de tan amplia vara, puede adecuarse la sanción a las características concretas del caso -de acuerdo a la magnitud del injusto y el reproche personalizado-, evitando la tan drástica declaración de inconstitucionalidad.

13.- Superado ello, vayamos a la sanción en el caso dispuesta.

13.- 1.- La justipreciación materializada por los jueces no es del todo antojadiza.

Han advertido que nos encontramos ante un concurso real, con dos niñas víctimas afectadas, lo que es válidamente aplicable dentro del rubro “extensión del daño causado”, a que se refiere el art. 41, CP.

13.- 2.-En segundo término, *la reiteración y extensión en el tiempo de las conductas abusivas*, es de evidente validez su consideración como agravante por no ser un hecho aislado, porque al ser reiterados resultan más idóneos *ex ante* para causar mayor

ultraje, sometimiento y afectación psicológica en las victimas, lo que, de hecho, a estar a la comprobación *ex post* de la experta F., así sucedió.

Tal como advierte Villada, *"...se ha sostenido y con bastante razón, que desde el punto de vista de la víctima que sufre el ataque sexual, la reiteración de abusos nunca es vivenciado como un único hecho (salvo cuando es sometida o cosificada propiamente). La victima que "sufre" diversos ataques sexuales, es vulnerada cada vez que se la ataca... Esta es una cuestión donde la creación jurisprudencial y doctrinaria del delito continuado... entra en grave conflicto con los intereses de la víctima (que debe ser igualmente considerado por la mayor jerarquía que le han otorgado los Tratados incorporados a nuestra Constitución Nacional) y las especiales enseñanzas de la victimología."* (ob. Cit., pág. 139).

13.- 3.- De otra parte, se ha considerado como circunstancia grave, *el aprovechamiento que ha hecho el autor del mayor grado de indefensión*, cometiendo los injustos en soledad con las niñas.

Desde siempre se ha tenido como mayor grado de injusto al proceder insidioso, sea de los medios, sea de las intenciones; considerar de mayor gravedad el actuar sobre seguro, acometiendo sexualmente a dos niñas impúberes, en la soledad del hogar, aprovechando que la única persona que podía evitar tales sometimientos no estaba, no deviene irrazonable, a estar a la previsión legal de las *"circunstancias de tiempo, lugar, modo y* ***ocasión*** *que demuestren su mayor o menor peligrosidad"* (art. 41, segundo párrafo, Cód. Penal).

13.- 4.- Han considerado como agravación, tal lo solicitado por la acusación y contra la protesta de la defensa, las graves violencias y la situación de sometimiento que venían sufriendo las víctimas, todo lo que no solo se encuentra debidamente acreditado a través de los testimonios de las niñas, declaración de la Lic. S. e informe de R., sino que es correcto tenerlo en cuenta para mensurar la sanción no afectándose garantía alguna al ponderar la naturaleza de la acción.

13.- 5.- Por último, se agravia la Defensa, de otro de los

parámetros usados para agravar la sanción.

Expresamente dice: *"En cuanto al esfuerzo del Sr. M. por ser vulnerable al poder punitivo decimos que este argumento no fue alegado como tal por la Fiscalía y eventualmente, no dio ninguno de los argumentos por los cuales el Tribunal desarrolló ese fundamento..."*.

A ello debo decir que, si bien no lo expresó en estos términos la Fiscalía, dijo textualmente al ponderar las agravantes del caso: *"...En el plano personal y esto también tomado dentro de las pautas mensurativas como agravantes, es que el señor M. cuenta con su mayoría de edad, actualmente tiene 44 años, donde posee total madurez, como también esto lo ha confirmado la pericia realizada por el Dr. R. J. al decir que presentaba un desarrollo de las facultades mentales que se encuadran dentro de la normalidad jurídica, donde es instruido, donde ha conformado una familia, donde tuvo 3 hijos, o donde criaba a tres hijos, dos de ellos han sido reconocidos y donde la ha disuelto de la manera más vil que pudo haber ponderado; donde también este Tribunal ponderará asimismo la impresión de la personalidad de M. que haya formado en el transcurso de este debate..."*.

Y fue el Defensor quien, en las primeras frases de su alegato en la cesura, ponderó esos atributos de la personalidad del acusado, pero, obviamente, para que se consideren atenuantes.

Por ello, mal puede considerarse no peticionado por la Fiscalía y, mucho menos, que no pudo ejercer derecho de defensa alguno.

De dichas circunstancias, el Juez Monti estimó que: *".la edad, educación y costumbres del autor: se trata de una persona con estudios secundarios incompletos (ver informe de fs. 51), buen vecino, trabajador, con capacidad de sociabilización (de acuerdo a los testimonios de sus vecinos E. F. y J. V.), de modo tal que su ámbito de autodeterminación en este aspecto no se ve afectado, por el contrario, ha tenido que realizar un gran esfuerzo interno (bajo estado de vulnerabilidad según Zaffaroni) para decidirse a cometer actos de A.S.I contra miembros de su propia familia."*.

Por su parte, la Juez G., ha dicho al respecto: *"siendo que el acusado es una persona trabajadora, instruida, padre de*

familia (una familia que conformó y destruyó de la forma más vil posible), considerado como "buen vecino" y "buen proveedor" al bienestar de los suyos, entiendo que tuvo que vencer todas estas fuertísimas barreras para determinarse a cometer actos de semejante crueldad y ultraje contra su propia familia, por lo que, lejos de entenderlo como un atenuante como lo ha pretendido el Sr. Defensor, definitivamente lo evalúo como nada vulnerable y por tanto también inciden negativamente estos aspectos en la mensuración de su pena.".

En definitiva, más allá de ser o no expresamente solicitado por la Fiscalía (que es de lo que se agravia la defensa), en puridad, los jueces han rechazado lo solicitado expresamente por el abogado Allende, expresando los fundamentos los que, a la sazón, son correctos.

No debe olvidarse que la base para el reproche por la culpabilidad del acto, es, a más de la posibilidad exigible de comprender la criminalidad, haber obrado con cierto ámbito de autodeterminación y que la pena nunca puede ser mayor que la que indique ese ámbito.

Pero, además, "*...la culpabilidad como vínculo personalizado del injusto con el agente, concebida como valoración y como capítulo de la empresa reductora o contentora del poder punitivo, debe incorporar el dato de la selectividad estructural y procurar compensarlo o reducirlo, como parte del cometido de imposición de un mínimo de eticidad al poder punitivo. La confrontación del poder punitivo y la ética es tan inevitable como la selectividad -por ser su expresión-, pero la reducción compensatoria de la segunda también es paralela a la primera. La compensación que puede alcanzar una culpabilidad reductora de la selectividad no legitima éticamente el poder punitivo, pero rebaja su cuota de ilegitimidad hasta niveles menos irracionales y, sobre todo, hasta donde le es posible.*" (Zaffaroni-Alagia- Slokar; Tratado, 2000, pág. 653).

La culpabilidad debe impedir que el poder punitivo se ejerza en forma que supere el reproche que pueda formulársele al agente del esfuerzo personal que haya realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, teniendo en cuenta, entre otros conceptos, "*el estado de vulnerabilidad*", que se integra

con los datos que hacen a su status social, clase, pertenencia laboral o profesional, renta, estereotipo que se le aplica, etc., es decir, por su posición dentro de la escala social.

Por eso, "*la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional) con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad...*" (ob. cit., pág. 656).

Esto es lo que han valorado correctamente los Jueces; descartaron que su posición y desempeño social sea una atenuante, como postuló la defensa, y, por el contrario, lo valoraron negativamente ante su pleno ámbito de autodeterminación.

Por todo ello, en lo que hace a la sanción aplicada, también debe confirmarse en un todo el resolutorio apelado.

14.- En definitiva, por todos los argumentos expuestos, voto en el sentido de confirmar en todas sus partes la sentencia impugnada, por encontrar a E. A. M. autor material y responsable de todas las conductas reprochadas, las que han sido calificadas correctamente y sancionadas acorde con las circunstancias del caso, rechazando en todos sus términos la impugnación deducida en su contra.

15. - Respecto de las costas del proceso, propongo al pleno imponerlas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la cantidad de TREINTA (30) JUS por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7,13, 44 y cc. de la ley XIII-4, antes decreto ley 2.200- y art. 59 de la Ley V-90, antes Ley 4920)

El juez de Cámara Penal Roberto Adrián Barrios dijo:

No he de reiterar los antecedentes del caso, ya que el colega que lidera el fallo, lo ha hecho en forma prolija y completa, por

lo que comenzaré con los fundamentos de mi voto.

1. Aclaraciones previas.

Aunque parezca una obviedad, es necesario destacar que en procesos penales adversariales como el de nuestra provincia, las impugnaciones contra las sentencias, importa realizar una revisión de la misma bajo el prisma de los agravios.

Estoy convencido que nuestra carga como jueces revisores de una sentencia de condena, tiene por objeto justamente esa sentencia de condena, el fallo de los jueces, y no volver a juzgar lo juzgado.

Es labor de este Cuerpo revisor ponderar la decisión de los jueces que juzgaron y resolvieron, en función de la prueba y las solicitudes que fueran realizadas en su presencia en el juicio.

Y esto porque suele confundirse la competencia de las Cámaras Penales al considerar que, en esto de realizar un juicio al juicio, y la teoría del máximo rendimiento que importa agotar la capacidad revisora en todo lo que sea posible conforme a las particularidades de cada situación, se puede instar la formulación de una nueva resolución con los mismos antecedentes, o acaso otros nuevos.

Ello no es así.

La naturaleza misma de la impugnación ordinaria prevista en la ley, en concordancia con la exigencia incorporada al bloque constitucional de la Carta Magna, es la de garantizar la revisión integral de la sentencia, por un órgano Superior, y otorgar así firmeza a las decisiones de la jurisdicción (consagrado en el art.18 de la constitución nacional, y por imperio del art.75 inciso 22, los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 14. 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos).

"El reexámen 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. (P. Galimberti, Alfredo, "Impugnación de la Sentencia penal"; ¿Más Derecho?, Año 5, Agosto 2006. Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2006, p. 295).

Es necesario subrayar también que, si bien hay reglas para garantizar una correcta litigación entre las partes, incluso en la instancia recursiva, "...la litigación del juicio y la litigación de impugnación presentan diferencias que merecen destacarse para evitar trasladar automáticamente prácticas que pertenecen a distintas 'superficies´."

"En primer lugar, el juicio comienza con un 'lienzo blanco´ y el litigante presenta los hechos y las pruebas. Con ese material construye una teoría del caso para que sea aceptada por el jurado o los jueces."

"Los litigantes cuentan una historia a medida que se desarrolla el juicio y presentan sus testigos que explican (a través del examen y el contra examen) sus relatos."

"La fase de impugnación no es una repetición del juicio. Aquí el abogado está limitado por los agravios que deben ser específicos. El recurso implica enfocar una lupa sobre un tema puntual de ese lienzo. Y, es más, probablemente durante el procedimiento recursivo el litigante no preste atención a la mayoría de la superficie de ese lienzo y solo necesite enfocarse en ciertas cuestiones."

"El objeto sobre el que recae la litigación es una sentencia o veredicto anterior y la base de la presentación es argumentativa". De "LOS RECURSOS EN LA LITIGACIÓN" Carolina Ahumada, Ediciones Didol, pagina 29.

Siempre las sentencias de los jueces penales serán la materia

prima sobre la que trabajarán los jueces de las Cámaras Penales, y las consideraciones de los agravios del imputado y su defensa, el marco y límite de su competencia; salvo, claro está, supuestos de evidente vulneración a garantías constitucionales que habilita a cualquier magistrado a actuar en consecuencia.

Ingresando ahora sí a la labor que me convoca, llevaré el análisis de los agravios en lo posible, en el orden dado por el pretenso.

2. De la supuesta violación a los Principios de la sana crítica (arts. 25 y 329 C.P.P.CH y 169 Const del CHUBUT).

a. La defensa aseguró que en el caso se carece de corroboraciones esenciales más allá del testimonio de la niña R..

He dicho en varios precedentes, que nuestro código procesal establece el sistema de libre valoración de la prueba, que el tribunal puede creer o no a un testigo en particular, aun como en el caso, de un único testigo de un hecho.

La carga de los jueces es ponderar lógica y racionalmente el valor de convicción del testimonio, fundando su decisión al momento de redactar el fallo.

No puede ser desconocida la inconveniencia que existen en la comprobación de hechos de índole sexual, lo que exige la máxima de las prudencias al momento de valorar el material producido a su respecto, por la particular circunstancia que este tipo de delitos se caracterizan justamente, por la existencia mínima o casi nula de elementos probatorios que acrediten el injusto.

En este tipo de delitos, el testimonio de las víctimas suele constituir la única prueba directa de los hechos que se denuncian, por lo que el tribunal de juicio debe ponderar dicha versión, someterla a un examen objetivo tendiente a valorar agudamente el relato, a fin de descartar que el denunciante pueda tener otras motivaciones, y sobre todo cotejarlos con el resto del material probatorio producido, si es que acaso existe, mediante un análisis comparativo, lógico y racional.

Se ha dicho que *"todos los testigos valen"*, pero *"su peso"* dependerá de las condiciones de credibilidad específicas de cada caso.

En el caso traído a conocimiento de este Cuerpo, existen versiones que podríamos decir que poseen idéntico peso, pese a

sus sentidos contrarios sobre los extremos de su acaencia.

Para poder confirmar la decisión del Tribunal, es necesario exigir que, en el fallo de condena, se encuentre el desarrollo de las razones que han determinado a dar por cierto una versión por sobre la otra.

Por y para ello, nuestra ley ordena que todas las decisiones judiciales deben ser motivadas, *"...con adecuada fundamentación lógica y legal.",* fórmula que contiene nuestra Carta Magna Provincial en su artículo 169, como así también, en idénticos términos, el código de rito en su artículo 25.

b. Con esta necesaria obertura, debo decir que, tras una puntillosa revisión del fallo, tengo para mí que los tres jueces tuvieron en cuenta cada pieza probatoria producida, a modo de premisas de un razonamiento lógico, y ninguna arbitrariedad en la labor ponderativa de esa prueba he advertido.

Del primer agravio, circunscripto al caso de la menor R., en el cual la defensa afirma que se carece de corroboraciones esenciales más allá del testimonio de la niña, debo decir que esto no es así.

El relato de la secuencia fáctica efectuada por la víctima, ha sido sopesado agudamente tanto desde un punto de vista interno en su contenido, como en el externo, en consideración a otros medios de prueba que corroboraron sus dichos.

c. En la ponderación de los votos que integraron la sentencia, se colige de ellos el uso del denominado test de veracidad, que pone como objeto al testimonio.

Digno es reconocer, que nuestros jueces chubutenses van empleando con cada vez mejor técnica en sus sentencias, este procedimiento de validación.

En primer lugar, el doctor Fabio Monti, en lo que sería la pagina 12 de la sentencia (171 vuelta de la carpeta), aperturó su decisión en el acápite "VALORACION DE LA PRUEBA", con el análisis del testimonio de las niñas.

Comenzó con la coherencia interna de los relatos, para la cual no solo tomó los dichos de las menores, sino la interpretación de la psicóloga forense P. F. que trabajó sobre los mismos.

Pese a que no haber sido atacada en el recurso, corresponde

adjudicar corrección en el análisis de este tópico, del cual es dable destacar las características detalladas por el juez: *"adecuada estructura lógica; elaboración inestructurada, elevada cantidad de detalles 'relevantes' e 'irrelevantes', un relato con engranaje contextual, descripción de interacciones, reproducción de conversaciones, detalles superfluos, incomprensión de detalles referidos con precisión propios de la conducta sexual, admisión de fallas de memoria, etc."*

Siguió posteriormente con los puntos referidos a la corroboración periférica de la prueba, o, dicho de otra manera, de la coherencia externa del relato, particularmente atacada en el recurso.

El elemento clave considerado, fue la develación, y a partir de allí, siguió el hilo conductor del mantenimiento del relato en el tiempo: desde el momento en que R. contó a sus compañeras de la Escuela X de Dolavon, continuando cuando lo hizo a su profesora de gimnasia, ante su maestra y directores del establecimiento educativo. Llegó hasta cuando amplió detalles de aquel relato, justamente a la psicóloga referida más arriba.

Posteriormente el juez cotejó esta circunstancia, con la situación de su hermana A., puesto que las dos habían narrado las situaciones de abuso sexual sufridas ante la Lic. S., cuando se radicaron en la localidad de Cervantes (Rio Negro).

A. a su vez, relató sus propias situaciones de abuso sexual ante la Psicóloga Forense F..

En este cotejo de prueba externa, adicionó la particularidad que las niñas fueron víctimas y testigos de hechos de contenido sexual, cometido contra ellas por el mismo abusador, su padre, y fundó con ello la credibilidad de los testimonios también por esta circunstancia. Así lo dijo "*...fueron* (las menores) *testigos a su vez de situaciones de abuso perpetrados sobre sus otros hermanos. Así, por ejemplo, AM relató que, una vez su padre entró a su pieza para tocarla, ella se negó, él le pegó dos cachetadas y fue a buscar a su hermana, y la testigo oía que RP lloraba y decía que no.*"

No menor fue la exhaustividad del análisis del caso efectuada por los otros dos integrantes del Tribunal.

El doctor Sergio Piñeda, tras evocar el contenido de la

prueba producida en la audiencia, realizó el entrecruzamiento de las proposiciones fácticas introducidas con la prueba, y cotejó con ellos las surgidas de los testimonios de las niñas, concluyendo finalmente que son creíbles.

Para ello, relacionó la denuncia de la madre de las menores y su ampliación, su declaración en el juicio, como también, tomando como inicio del proceso de conocimiento de la verdad, la de la develación de R. durante la clase de gimnasia a un grupo de compañeros, y la de la profesora de educación física de la menor.

Consideró también el testimonio de la maestra y la Directora de la Escuela, la de la médica generalista del Hospital de Dolavon, la de la Coordinadora del Servicio de Protección de Derechos de Dolavon y por ultimo del personal policial que intervino en la emergencia.

La jueza Ivana G. coincidió con sus colegas, en que la denuncia radicada por la madre de las menores y su posterior testimonio en juicio *"... resultó absolutamente concordante con lo relatado al tribunal. por la Profesora de Educación Física de la menor RM.P. (M. D.), por su docente de grado (L. B.), por la Directora de la Institución Escolar (G. P. D.), por la Médica Generalista de adultos y niños del Hospital de Dolavon (Dra. M. S.), por la Coordinadora del Servicio de Protección de Derechos de Dolavon (Lic. C. H.), el personal policial interviniente en todo el trámite que se sucedió a posteriori de la revelación efectuada por la menor R.M.P. durante la clase de gimnasia a un grupo de compañeros...".*

Tuvo en cuenta que el testimonio de R. persistió inmutable en el tiempo.

Como vemos hasta ahora, los jueces del Tribunal de juicio, tras someter los testimonios a un muy exigente análisis en extremos que hacen a su coherencia interna y externa, fundaron acabadamente su decisión de darles crédito.

Amén de lo desarrollado anteriormente, completo, prolijo y fundado ha sido la labor del primer votante sobre este punto, motivo por el cual ha dicho análisis y conclusiones me remito.

La credibilidad de la versión de las menores primaron por sobre la versión de descargo que pudo haber ensayado el imputado, y que quedaron en la soledad de sus afirmaciones.

Coincido con este temperamento de los jueces.

En este punto, sintetizaré mi posición ante esta revisión, con un tramo del voto de la doctora G. al que adhiero cuando dijo que *".la prueba producida durante el debate sustanciado, han permitido verificar con plenitud la verosimilitud, veracidad y persistencia de los relatos efectuados por las victimas e, incluso, por el hermanito menor de ambas niñas, el niño AD.M ."*.

d. De otra parte, corresponde descartar el agravio referido a que se imputó un hecho, en el que hay que tener en cuenta que el intento de acceso era un dato relevante, y que fue descartado por la médica interviniente. Se incluye en su ponderación, la carencia de pruebas biológicas en la etapa de investigación.

Debemos recordar que la sentencia condenó a E. A. M., por la comisión del delito de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración y circunstancias de comisión, agravado por la situación de convivencia con la menor R., que, como se verá en el siguiente acápite de mi voto, justifican el reproche en base a esa normativa, y ninguna trascendencia tienen las circunstancias invocadas en el párrafo que antecede a este.

Si acaso la Dra. S. hubiera encontrado alguna lesión o desgarro, o se hubiera colectado pruebas biológicas, otra calificación jurídica habría que haberse incluido en la acusación. Claramente no fue el caso.

Tal es así, que la doctora G. dictaminó sobre el punto que *"...(l)a cuestión relativa a la inexistencia de rastros orgánicos y/o lesiones genitales se explican en forma simple y contundente por los tiempos transcurridos entre los exámenes físicos y los episodios denunciados, como por la falta de acceso carnal (lo cual no fue materia de acusación), pero que en modo alguno desvirtúa la exactitud de los relatos de las niñas, y en particular, las descripciones tan específicas tanto del miembro viril de su padre ("grande, duro, con pelos" según R.M.P.), como de lo que sucedía tras los frotamientos ("le salía como un agua transparente", según A.I.M.)."*

Finalmente, el juez Piñeda dio plausibles razones para descartar el planteo referido a la inexistencia de rastros orgánicos y/o lesiones genitales, diciendo que *"...la acusación*

no refiere a acceso carnal, por ende, no es necesario probar los extremos manifestados por la defensa.”

e. El planteo referido a la falta de acreditación ante las psicólogas respecto del testimonio de los menores, de la atribución a M. de generar un clima de violencia y sometimiento sobre el grupo familiar, pretende transitivamente imponer la duda sobre los hechos de abuso por los que finalmente fuera condenado. Algo así como el siguiente silogismo: si no se probó la violencia, no se probó el abuso.

Sin embargo, los jueces sí tuvieron por probado el clima que el pretenso niega.

Cual acertadamente dijo el doctor Monti, *“...ha quedado acreditado a través de los testimonios de los tres menores en Cámara Gésell que el grupo familiar tuvo distintos lugares de residencia, que cuando se produjo el develamiento por parte de R.M.P recién comenzaban las clases y que la experiencia de casos similares como el traído a juicio indica que situaciones de abuso físico, moral y sexual constante trae aparejado, por la situación de sometimiento de las víctimas, el silencio de las mismas por largos periodos.”*

En ésta consideración concuerda la doctora G. cuando dijo *“. también ha quedado acreditado que el grupo familiar tuvo distintos lugares de residencia, que cuando se produjo el develamiento por parte de R.M.P. recién comenzaban las clases y que, por definición, un grave sometimiento físico y moral constante, por experiencia común, determina al absoluto silencio -a veces, por años- a las víctimas del mismo.”*

Acaso más contundente fue el juez Piñeda, cuando dijo que la prueba científica, como los psicodiagnósticos realizados por la Licenciada P. F. del Cuerpo Médico Forense y también por el testimonio de la psicóloga tratante, Licenciada S., quien atendió al grupo en la localidad de Cervantes, *“. (e)se clima de violencia era la normalidad conjuntamente con el sometimiento de toda la familia por parte del imputado, tal como lo dijeran las profesionales de la salud mental.”.*

Es más, la circunstancia advertida por la directora de la escuela, de haber visto debajo de una mochila un rebenque, fue ponderada correctamente por el juez, dando respuesta al planteo

de descargo (es decir, de su uso por el trabajo en el campo con animales).

Dijo que, contrapuesta esa justificación con la declaración de V., es un indicio más contra el imputado, que utilizaba ese elemento para ejercer supremacía en el grupo.

f. Como vemos, la sentencia posee explicaciones razonables y contundentes para justificar el estado de certeza arribado; estadio de conocimiento indispensable para confirmar una declaración de autoría responsable pasible de reproche.

Los abusos cometidos contra las niñas, se circunscribieron a tramos que fueron especificados en la acusación, y probados ante los jueces.

Las posibles inexactitudes atacadas se justifican tanto en la corta edad de las victimas al momento del delito, como así también al grado de violencia al que se encontraban sometidas, y que ocasionaban un traumático silencio durante el lapso de tiempo que convivieron con su agresor.

Considero que los magistrados de condena han fundado acabadamente la veracidad de esos dichos, dando razones fundadas para estimar que no han fabulado, que cada una de sus afirmaciones son creíbles, tanto en lo que se refiere a indicadores tradicionales de análisis de este punto (vinculado a su coherencia interna y externa) como así también en conjunción a los dictámenes periciales que orientaron a los sentenciantes en su decisión.

Considero que la carga de efectuar un relato traumático y sensible en su intimidad, pudo haber causado a las niñas vergüenza y temor, con algunas variables que, pese al ataque del pretenso, de modo alguno jaquea el razonamiento que precedió la decisión jurisdiccional impugnada.

Por todo ello, mi voto será por no hacer lugar al recurso.

3. <u>De la calificación legal, y supuesta errónea aplicación de la ley de fondo (art. 119, párr. 2do del C.P.).</u>

La defensa planteó subsidiariamente la recalificación de la conducta imputada a su cliente.

a. La recurrente evocó las críticas sobre la figura penal por su laxitud, ambigüedad, y la circunstancia que la duración quede al arbitrio del Juez.

Del fallo justamente se quejó que el Tribunal tuvo por

acreditado que la menor R. sufrió una excesiva prolongación de su abuso, siendo desde que comenzó en el auto hasta cuando llegara su madre y sus hijos a la casa, mas no aclaró un standard en virtud del cual se pueda establecer la medida de tiempo que lo diferencie del abuso simple.

Se agravió que, a criterio de los tres Jueces, esto excedió el lapso temporal propio de un abuso simple.

Si bien no puede negarse las críticas que existen contra esta figura intermedia, ubicada entre los abusos sexuales simples, y los agravados por acceso, considero que los magistrados, al igual que con lo analizado en el acápite anterior, han desarrollado sendos fundamentos para imponer este tipo penal al imputado.

Los jueces del debate coincidieron en que el lapso temporal que acaso excede el mínimo que hubiera ameritado la figura básica del tipo, acaece en el hecho por el cual la niña R. fue atacada por su padre la noche de carnavales del año 2016, en la cual la obligó a masturbarlo en el interior de su automóvil, camino a su casa donde convivían. Que continuando lo comenzado, una vez en la vivienda, luego de ver un partido de futbol por televisión, realizó al apoyamiento de su pene en la cola de la niña.

Así lo estimó el Juez Monti cuando dijo *"...el M.P.F acusó por un único hecho (sucedido durante los carnavales de 2016) consistente en una masturbación a la que fuera obligada -bajo amenazas de golpes- la niña por su padre, luego que éste bajara el cierre de su pantalón y exhibiera su miembro viril, dentro de un vehículo cuando se trasladaban hacia su domicilio. Una vez dentro del inmueble, luego que el acusado observara un partido de fútbol por televisión, obligó a la niña a subir a su cuarto, y arriba de la cama de ella la obligó a que se baje el pantalón, él también se bajó el suyo y apoyó su pene en la cola desnuda de la niña simulando una penetración vía anal (a tal punto que la victima relató ante la psicóloga forense que el padre "la cogía"). Además de la prolongación excesiva en el tiempo de esta situación de abuso sexual,* ***que se inició en el auto familiar y se extendió dentro de la vivienda*** *hasta que llegara la madre y hermanos de la niña, no puede soslayarse que los actos sexuales a los que fuera sometida la niña (actos masturbatorios, simulación de una*

penetración anal estando víctima y victimario con los pantalones bajos) objetivamente tienen una desproporción con el propio tipo básico del abuso ya que producen en la víctima una humillación, degradación y cosificación que excede lo que normalmente se verifica con el abuso en sí. Por todo ello es que estos actos de A.S.I. constituyen un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima tanto por el propio carácter degradante y vejatorio de la conducta, como por tratarse de un hecho de excesiva duración en el tiempo".

El resaltado en negrita que obviamente me pertenece, destaca la proposición que tiene que ver con el agravante, y de la cual la defensa acusa que no existe.

El juez Piñeda, por su parte, dijo "*...el Órgano Acusador se centró en un único hecho -sucedido durante los carnavales de 2016- respecto de la menor R.P. y su prolongaci6n excesiva abarca: una masturbación obligada bajo amenazas de golpes dentro del auto en que circulaban rumbo al domicilio y que fuera interrumpido por presencia policial, un lapso de tiempo en que esa niña aguardó a que su agresor mirara un partido de fútbol, para luego* ***continuar con lo que habla comenzado,*** *intentado accederla carnalmente vía anal. Asimismo, las circunstancias de la comisión dan cuenta del grave ultraje y degradación que sufrió en dicho evento la niña R.P.*"

Otra vez, el resaltado en negrita que obviamente me pertenece, destaca la proposición que tiene que ver con el agravante, y de la cual la defensa acusa que no existe.

Por último, la doctora Ivana G. fundó el tipo legal concordando con sus colegas que "*...el M.P.F. se centró en un único hecho (sucedido durante los carnavales de 2016) respecto de la menor R.M.P.,* ***cuya prolongación excesiva, en los términos requeridos por el tipo penal de aplicación, abarca:*** *una masturbación obligada dentro del auto en que circulaban rumbo al domicilio (bajo amenaza de golpearla si no accedía a su deseo) y que fuera interrumpido por presencia policial; seguidamente, un lapso de tiempo en que esa niña llegó a su casa con su agresor, subió a su cuarto, escuchó como él miraba un partido de fútbol, para luego de culminada su esporádica distracción,* ***continuar con lo que había comenzado,*** *intentado, incluso, accederla carnalmente*

vía anal.”

Debo reiterar: el resaltado en negrita que obviamente me pertenece, destaca la proposición que tiene que ver con el agravante, y de la cual la defensa acusa que no existe.

Es más, la mencionada magistrada siguió aclarando en su voto: *“.además de lo excesivamente prolongado de este episodio de abuso, las circunstancias de la comisión dan cuenta del grave ultraje y degradación que sufrió en dicho evento la niña R.M.P.: yendo somnolienta en el asiento trasero del auto que conducía su padre desde la celebración de los carnavales hacia su hogar (trecho de 8 o 9 cuadras, aproximadamente), la pequeña de 9 años fue obligada a pasarse al asiento de acompañante (bajo amenaza de ser golpeada de no hacerlo) para que, luego de que el acusado se bajara el cierre del pantalón y dejara al desnudo su pene, ser nuevamente obligada a masturbar con sus manos al padre, hasta que éste frenó tal accionar frente a la repentina presencia policial. No obstante, luego de arribar a la casa y distraerse con un partido de futbol, finalizado ese evento, subió a la planta alta de la casa, ingresó a la habitación de la niña (quien, no olvidemos, venía de vivir la situación del auto), la colocó forzadamente sobre su cama y decúbito prono o ventral (boca-abajo), le bajó los pantalones y la bombacha e intentó accederla carnalmente vía anal, cesando este intento por el arribo afortunado a la casa del resto del grupo familiar (madre y hermanitos de la niña).”*

“Tales circunstancias de comisión, constituyen una degradación, envilecimiento y grave ultraje, pero también aparece como un único hecho excesivamente prolongado en el tiempo (duración), dándose, de tal forma, los dos presupuestos que configuran al abuso sexual gravemente ultrajante del segundo párrafo del art. 119 del C-P.”

Debo aclarar: no realice ningún resaltado en negrita, ya que, si hubiera tenido que destacar la proposición que tiene que ver con el agravante, y de la cual la defensa acusa que no existe, tendría que haber destacado toda la referencia.

b. Pasemos a la situación de la niña A..

El principal agravio es que no existe fundamentación sobre el carácter gravemente ultrajante del hecho a su respecto. Que

sólo el Dr. Monti votó ese aspecto y no así el resto del Tribunal. Asimismo, cuestionó la calificación de delito continuado de los hechos presuntamente ocurridos contra esa niña, los que, a su criterio, no puede ser sostenido.

Nuevamente, estimo no existe andamiaje por el que pueda prosperar la queja del recurrente.

El juez que lideró la sentencia, ha dicho que *"...los hechos de abuso fueron reiterados en el tiempo, desde que aquella contaba con 11 años (de acuerdo a su relato) y se prolongaron hasta unos días antes de que su hermana RM contara lo que le sucedía en la escuela (marzo del 2016), época en la que AM contaba con 12 años (de acuerdo al certificado de nacimiento de fS.32). Los episodios. de A.S.I. sufridos por la niña: tocamiento en sus órganos genitales, forzamiento a realizar actos masturbatorios sobre el pene de su padre, frotamiento del pene del acusado en la vagina de la niña, observación por parte de la menor de las eyaculaciones del padre, constituyen -al igual que los hechos de ASI en perjuicio de su hermana RP- un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima por el carácter degradante, humillante y vejatorio de las conductas que debía soportar. Se trata de hechos que representan una grave afectación para la indemnidad sexual de la víctima, lesionando su normal desarrollo y traspasando el límite del ultraje básico que este tipo de delitos sexuales produce (CNCasación Penal, sala IV, 23-9-04. RW.M s/rec de casación, LL, 2005-8,199). Los actos referidos cosifican a la víctima, la degradan, sometiéndola a un proceso de deterioro de personalidad, que conduce a la despersonalización, a la anulación de su autoestima y de su dignidad."*

"Los hechos -más de uno- cometidos sobre el cuerpo de la misma víctima y reiterados durante dos años, deben ser considerados bajo la modalidad del delito continuado, puesto que se trata de una sola acción o conducta, al existir entre los hechos un factor final que los une, esto es un mismo dolo de abusar sexualmente mediante actos parciales similares, así como el factor normativo que los desvalora como una sola acción a todos los hechos, cual es el mayor grado de afectación del mismo bien jurídico.

Por clara y completa, fue necesaria su total transcripción.

En cuanto al voto del Juez Piñeda, no por sintético, podemos calificar sus fundamentos como ausentes, como se pretende.

Dijo el magistrado *"...(c)on respecto a su hermana, A.M., sabemos de la continuidad no sólo por sus dichos (creíbles y verosímiles, a la par de un cuadro psíquico con claros marcadores de abusos de todo tipo), sino porque efectivamente, se da a su respecto lo que en dogmática se define como delito continuado: mismos hechos, repetidos en periodos prolongados de tiempo, contra el mismo sujeto pasivo y por parte del mismo sujeto activo."*

Por último, la Jueza G. dictaminó que *". conforme al espacio temporal que ha quedado acreditado, los abusos comenzaron respecto de ALM, cuando menos cuando la niña contaba con 10 años. Ello así, porque surge con total claridad del testimonio de la mencionada menor y que duraron hasta tres días antes de que R.M.P. revelara la situación en la Escuela. Este dato temporal debe ser relevado en cuanto al requerimiento típico de la "continuidad" (art. 55 contrario sensu del C.P.) respecto de la calificaci6n penal escogida por el M.P.F. para el encuadre de los ilícitos analizados en relación a la menor ALM,"*

Como vemos, los jueces (los tres) justificaron la modalidad de ejecución del delito, y han sido razonables sus argumentos.

Podrá no estarse de acuerdo, pero no se puede acusar que no existen, y por ello, la impugnación ordinaria también debe rechazarse.

4. <u>De la pena.</u>

a. De la inconstitucionalidad de la pena prevista en el art 119 párr. 4do del C.P.

La lógica del planteo recursivo no justifica de modo alguno la excepcionalísima opción pretendida de declarar inconstitucional una escala penal establecida en nuestra ley.

Al contrario, somos los jueces quienes debemos corroborar la posibilidad de una interpretación en armonía con la letra Suprema.

Y en el caso, esa interpretación es posible. Sencillamente posible.

La identidad de reproche en las dos agravantes del tipo penal básico, puede ser impuesta de manera simple, sin vulnerar ninguna garantía constitucional.

Para casos del párrafo segundo, la pena rondará por los

mínimos de la escala, sin llegar el máximo, la que se considerará para los supuestos más gravosos del tercer párrafo del artículo 119 del código penal.

La amplitud de la escala, conjuntamente a la dirección de la jurisprudencia, evitará el dictado de sentencias que puedan achacarse de injustas.

Es por ello, que el planteo no puede prosperar y, en consecuencia, tampoco la fijación de la pena conforme ala nueva escala penalsugerida, es decir, la resultante del aumento de un tercio en mínimo y máximo.

b. En cuanto a las agravantes y atenuantes aplicadas en el fallo al caso concreto.

Sabido es que la tarea de determinar el monto de la pena no es cuestión sencilla, pues como ya se ha dicho *"el hecho es decisivo no sólo para considerar la posibilidad de una pena, sino que la pena debe adecuarse al hecho"* (P. Ziffer, "Lineamientos de la determinación de la Pena", p. 120), respetando el principio de proporcionalidad.

He de destacar que el doctor Fabio Monti aclaró como realizó la mensura de la dosis de pena a aplicar, que es aquella que comulga con la corriente doctrinaria y jurisprudencial que ubica al juzgador en los extremos menores de la escala penal, para, a partir de allí, ponderar los parámetros mensurativos que enumera la ley.

Desde siempre he compartido esta metodología, en el entendimiento que la aplicación restrictiva del reproche del injusto por parte del Estado, debe responder al deber de prudencia que se nos impone a todos los jueces del fuero.

De otra parte, en cuanto al concreto agravio referido a la doble punición en cuanto al lugar de comisión - el hogar donde todos convivían-, si bien considero que esa agravante puede operar como tal, ya que no es una circunstancia que integre la calificante del tipo penal básico, no se advierte que los jueces hayan considerado esta circunstancia particular como variable que adicione reproche al injusto.

Solo el doctor Monti hizo referencia al lugar de comisión, pero refiriéndose globalmente a otro parámetro: el aprovechamiento del imputado del estado de indefensión de sus

víctimas.

Por otro lado, el ataque defensista hizo foco en la consideración de los jueces, de un parámetro que agravó la pena, y no fue requerida por la acusadora. Específicamente el grado de vulnerabilidad del imputado, frente al poder punitivo.

Las reglas del sistema adversarial deben conocerse para poder respetarse, y esas reglas hablan que no puede ninguno de los actores del sistema, suplir la actividad de los otros. Los apercibimientos ante el incumplimiento de esta regla básica son tajantes.

Sin embargo, en el análisis del agravio concreto, no se advierte irregularidad.

Así es, la acusadora, al momento de la cesura, argumentó su pretensión en particulares circunstancias personales de M. que, de alguna manera, y a su razonamiento, justificaban mayor pena.

Sin embargo, y aquí lo importante, fue la defensa la que, tomando los mismos parámetros, pretendió sean evaluados como reductores de la recriminación.

Esas circunstancias particulares fueron tomadas por los jueces, pero en el sentido instado por la fiscalía.

Involucraban su mayoría de edad, su edad y su constatado desarrollo de las facultades mentales *"...dentro de la normalidad jurídica, donde es instruido, donde ha conformado una familia, donde tuvo 3 hijos, o donde criaba a tres hijos, dos de ellos han sido reconocidos."*.

También fue incluido que era un buen vecino y buen proveedor al bienestar de los suyos, con capacidad de sociabilización.

El tribunal, en voces de Monti y Gonzalez, adunaron mayor reproche por estas variables, y su razonamiento no solo es lógico y razonable, sino también desde el punto de vista jurídico, posible.

Es que las pautas del artículo 41 del código penal sirven de orientación al juez. No otorga una valoración prefijada a cada presupuesto, ni siquiera se los identifica cuales son las circunstancias agravantes o atenuantes.

Es por ello que, en la decisión judicial de esta etapa del proceso, se le exige al magistrado más que nunca, el deber de fundamentación explícita, que permita dar a cada elemento

enumerado en la ley su lugar, y posibilitar con ello el control crítico racional de su decisión. En palabras de Ziffer resulta *"imprescindible que se haga explícito* si se *valora* a *favor* o *en contra, y, en segundo lugar, por qué, teniendo en cuenta que sólo resultarán argumentos válidos aquellos que estén apoyados en valoraciones normativas, antes que en la eventual reprochabiidad moral de ese aspecto de la conducta". (*ZIFFER, P. S., *"Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena "*, en *"Determinación judicial de la pena "*, compilador Julio B. J. MAIER, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 107*)*

Considero así, que los votos que integran la sentencia en el peldaño de la pena, realizaron un análisis sintético, con el desarrollo de las circunstancias agravantes y atenuantes que justifican el despegue del mínimo de la escala al límite de la pretensión estatal, y en el parámetro objetado, justificaron la proyección otorgada: la de agravar la pena.

En consideración a estos fundamentos, y en consideración a la confirmación de toda la sentencia venida en revisión, se finaliza este voto en la idea que la pena no debe ser demasiado excesiva ni demasiado leve, sino justa y proporcional al delito cometido.

Es por ello, que no debe obviarse el fin resocializador que debe poseer el tratamiento de la ejecución de la pena, que ordena el artículo 18 de la Constitución Nacional, e instrumentos internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5.6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10.3).

Por ello debemos recomendar a las autoridades encargadas de dicha ejecución, que se arbitren los medios para cumplir con ese fin, a través de acciones que tengan que ver con la continuidad de estudios y oficios para con el condenado, como así también, y fundamentalmente para este tipo de delitos, un tratamiento psicológico orientado a la recuperación de su problemática.

5. <u>De los honorarios.</u>

Comparto la regulación sugerida por el primer votante, como así también sus argumentos.

Así voto.

La Juez Carina Paola Estefanía dijo:

El recurso incoado por la Defensa del imputado E. A. M., contra la sentencia condenatoria dictada el 26 de diciembre de 2018, registrada con Nro. 3457/18 por los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante (por su duración y circunstancias de comisión) agravado por la situación de convivencia en relación a la menor R.M.P. (un hecho) en concurso real con reiterados hechos de abuso sexual gravemente ultrajante (por las circunstancias de su comisión) agravada por el vínculo, bajo la modalidad de delito continuado en relación a la menor A.LM. (arts. 119, 2do y 4to párrafo, inc. b y f, 45 y 55 contrario sensu del Código Penal), por los hechos ocurridos en fechas no precisas pero situadas en el mes de febrero de 2016 en relación a R.M.P. y en fechas no precisas pero en el año 2015 en relación a A.I.M., contiene tres agravios concretos.

En su primer queja el defensor ataca la valoración de la prueba que efectuara el Tribunal y refiere que no se demostrado la materialidad delictiva con la certeza que requiere una condena. Aduce una total falta de prueba objetiva y en consecuencia solicita se absuelva a su pupilo.

Adelanto, que en consonancia plena con los Dres. De Franco y Barrios, he de rechazar tal planteo, pues en mi opinión, contrariamente a lo sostenido por la Defensa Técnica, estamos ante un caso en el que más allá de las características probatorias propias que contienen estos hechos, en el que no existen testimonios directos porque se cometen en la intimidad, se ha recabado una serie de pruebas que conforman una cadena indiciaria suficiente que acredita con certeza el caso del MPF.

Digo, además, que los tres sufragios de los jueces de grado, contienen conclusiones individuales debidamente fundadas que se fortalecen, en virtud de la concordancia que existe entre las mismas.

Como suele ocurrir en esta clase de hechos, el análisis que han efectuado los magistrados tiene como base la declaración de las menores víctimas A.I.M. y R. P., que han sido prestadas en Cámara Gesell con el debido control de las partes y con la participación de una Psicóloga Forense P. F., quien tuvo a cargo la entrevista y fue la encargada de realizar la pericia

psicológica de las nenas y de su hermano A.D.M.

Tanto los magistrados de grado como los colegas que me preceden en el voto han transcripto parte de sus relatos, motivo por el cual omitiré reiterarlos y comenzaré a considerar directamente cual ha sido la valoración de los jueces, que la defensa tacha de arbitraria.

Siguiendo el orden de votación, el Juez Fabio Monti examinó en sí mismos y en relación con las demás evidencias los dichos de las dos menores. Tuvo en cuenta para la coherencia interna los informes psicodiagnósticos sobre los que declaró en debate la Lic. P. F., quien manifestó que las niñas discriminaban adecuadamente la realidad de la fantasía. La perito destacó el nivel de detalles relevantes e irrelevantes, un engranaje contextual, descripción de interacciones, reproducción de conversaciones y fallas en la memoria. Concluyó que a partir de tales criterios puede afirmar que son relatos creíbles y destacó que "las víctimas manejan detalles de la vida sexual adulta que no comprenden con claridad y viven las situaciones referidas como una conducta más de aquellas significada como agresión".

Coincido con el Juez Monti que "niñas de tan corta edad no podrían describir con tanta precisión el pene de un adulto, el semen ni los movimientos masturbatorios masculinos de no haber vivido exactamente lo que han relatado".

Acto seguido, con respecto a la coherencia externa, el *a quo* puso especial énfasis en el proceso de develación. En ese sentido el MPF acreditó con diversos testimonios que conforman un todo unánime que fue R.P. quien relató el abuso a sus compañeritas en la Escuela Nro. X de la localidad de Dolavon. Ello desencadenó que tomaran conocimiento la profesora de educación física, la maestra y los directivos del establecimiento. Las docentes mencionadas activaron la intervención de otros funcionarios públicos - Servicio de Protección de Derechos, Intendente municipal y personal del Hospital- y fueron las encargadas de poner en conocimiento lo relatado por la niña a sus dos padres.

El relato de R. P. también fue el disparador para que A. M., contara que era víctima de abuso sexual infantil y aquí cobra relevancia la similitud de los hechos relatados por ambas víctimas, que da cuenta de un modus operandi: los ataques ocurrían

cuando la madre y demás hermanos no se encontraban en la casa; aprovechaba la indefensión y vulnerabilidad de las niñas; le tocaba los genitales y las obligaba a que tocaran su pene, a que lo masturbaran; apoyaba su pene en la vagina y en la cola, sin penetrar, pero eyaculaba.

El magistrado destaca, con acierto, que las víctimas y su hermano, presenciaron situaciones de abuso del padre hacia las niñas.

El Juez Monti le respondió a la defensa que pretendió el Tribunal les reste credibilidad a los testimonios de las niñas por la ausencia de rastros en su cuerpo -semen o cicatrices de lesiones-. Afirma que no puede pretenderse que se halle material biológico de hechos que habían ocurrido tiempo antes y luego refiere que las niñas fueron sinceras cuando negaron haber sido penetradas, de allí que no habían lesiones ni cicatrices en sus órganos genitales.

Finalmente, el juez mencionó el gravísimo contexto de violencia al que estaban sujetos tanto la madre de las menores como los niños, por parte del imputado, lo cual evidentemente facilitaba la perpetración de los ataques sexuales.

Como datos contextuales pero indiciarios resaltó el correlato de los dichos de las niñas con las inspecciones oculares llevadas a cabo por el Of. Ppal- R. y con relación a la falta de conocimiento de la comunidad de la violencia doméstica que ejercía el imputado sobre la familia, el Juez respondió al impugnante afirmando que el silencio es una característica de la violencia, que informa del grado de sometimiento y el temor a mayores represalias.

A su turno, el Juez Piñeda luego de analizar los relatos de las menores y su credibilidad en coincidencia con su colega precedente, hizo lo suyo con relación a la denuncia incoada por la madre de las menores J. Z. P., su concordancia con el relato del personal educativo - M. B. D., C. L. B., L. G. P. D.- y de la Dra. M. del Carmen S. y de la Licenciada en Psicología M. E. P. del Hospital de Dolavon y Trelew, respectivamente. También tuvo en cuenta el relato del Comisario A. A., quien contó el modo en que tomó conocimiento de los hechos y que acompañó a la madre a retirar a los niños del domicilio y luego a la Comisaría de la

Mujer para que radicara la denuncia.

El magistrado respondió a la defensa en punto a la credibilidad del relato de la denuncia de la madre y destacó la correlación con toda la prueba producida en el debate. Coincidió en resaltar la violencia y sometimiento del imputado para con su grupo familiar y recalcó que la directora observó un rebenque debajo de la mochila, confirmando que era un elemento que el imputado utilizaba para ejercer supremacía en el grupo.

Luego, se expidió sobre la falta de rastros orgánicos y/o lesiones genitales y le recordó al defensor que la acusación no refiere acceso carnal y se expidió sobre el mismo modus operandi registrado con los relatos de ambas menores.

En tercer término, la Jueza Ivana González, construyó un voto sin fisuras y destacó que la prueba producida permitió verificar "con plenitud la verosimilitud, veracidad y persistencia de los relatos efectuados por las víctimas, e incluso por el hermanito menor de ambas niñas, el niño A.D.M.".

La magistrada resaltó la coordinación de los operadores estatales que permitió poner fin de inmediato a la situación de extrema vulnerabilidad verificado en el grupo familiar de las niñas abusadas. Concuerdo, que ese operativo, evidencia la gravedad de la situación de la familia en manos del acusado. "La premura, los detalles inusuales que se destacan... nos dan acabada cuenta de la gravedad de la situación descubierta por la revelación de la pequeña R.M.P. en su clase de educación física".

Continuó su voto rechazando la pretensión de la defensa de restarle credibilidad a los testimonios, puesto que no tiene fundamentos, para lo cual tuvo especialmente en cuenta que los adultos que formaron parte del suceso de la revelación han sido concordantes y coincidentes en cuanto al contenido del relato de la menor R., el cual persistió inmutable en el tiempo y sólo se pudo pormenorizar a partir de su declaración bajo la modalidad de Cámara Gesell y las entrevistas psicodiagnósticas.

También respondió negativamente al defensor en punto a la falta de acreditación de la violencia y el sometimiento extremo ejercido por M. contra todo el grupo familiar. "Claramente, los dichos del imputado son un indicio de oportunidad para mantener puertas adentros todo lo que ocurriera en su vivienda". Pongo de

resalto su razonamiento en cuanto afirma: “Y esto guarda estricta relación -mal que le pese-, con lo que justamente ha surgido de la prueba científica: los piscodiagnósticos realizados por la Lic. F. y también por el testimonio experto de la psicóloga tratante, Lic. S., que dan cuenta de un cuadro de “violencia grave y sistemática” del padre hacia el grupo familiar. En efecto, ambas profesionales fueron contestes en cuanto a la corroboración de una situación de abuso físico constante y severo, tanto contra la madre como contra los niños por parte del aquí acusado”.

También enfatizó que todo resulta absolutamente coincidente con lo contado en sus declaraciones por las menores y su hermanito que hacen concreta alusión a la utilización por parte del padre, de un látigo, cinto y/o rebenque para propinarle golpizas.

Finalmente se refirió a los distintos lugares en que vivió la familia y con relación a la cuestión relativa al a inexistencia de indicios biológicos, dijo que se explican en forma simple y contundente por los tiempos transcurridos entre los exámenes físicos y los episodios, como por la falta de acceso carnal, lo cual no fue materia de acusación. Y agregó que llamó su atención el modus operandi idéntico que se desprende de los dos relatos de las niñas, que describen tocamientos, frotamientos con el pene en la vagina o en el ano, tanto como los movimientos masturbatorios que ambas gesticularon con sus manitos en la Cámara Gesell.

Para poder dar una adecuada respuesta al agravio, al igual que los jueces de grado he tomado contacto con las videofilmaciones de las declaraciones de las niñas y su hermano y he percibido con mis sentidos aquello que el Tribunal con meridiana claridad ha volcado en la sentencia.

Entonces, además de señalar que los hechos relatados por las menores con descripciones de situaciones que en modo alguno pueden ser reproducidas si no han sido vividas, voy a destacar los gestos, cambios de postura, sollozos, que acompañaban ese relato y que son factores que también persuaden sobre la veracidad de sus dichos.

Lo cuestión planteada por el recurrente remite al conocido debate sobre la credibilidad de las víctimas de delitos sexuales, sobre todo cuando, por la naturaleza del hecho, éste se consuma en lugares apartados, ocultos o cuanto menos alejados de terceros.

No soslayo que aquí las niñas y su hermano son víctimas y a la vez testigos de los hechos que le ocurrían a sus pares.

La evolución de lo psicología forense ha elaborado criterios y/o pautas que deben tenerse en cuenta al momento de resolver casos judiciales. No todo queda o puede quedar en la mera voluntariedad de la creencia o no del testimonio de la víctima, existen hoy estudios científicos que permiten una mayor aproximación al tema y que para los Jueces constituyen herramientas necesarias para la resolución de este tipo de conflictos.

La decisión judicial puesta en crisis por la defensa respeta dichas pautas y lejos está de contener los vicios denunciados por el recurrente. Me atrevo a decir que, por el contrario, todos los Jueces además de analizar minuciosamente cada uno de los testimonios, en especial el de las niñas víctimas, su hermanito y su madre -también víctimas-, han verificado su coherencia interna y concordancia externa con el resto de los testimonios comunes y de expertas, brindando muy buenas razones, las que responden a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, del porqué de sus conclusiones.

Por otro lado, no existió en el caso ningún indicio que permitiera sospechar que las niñas mienten y menos aún que exista un móvil por el cual quisieran perjudicar, injustamente, al imputado.

Este es un aspecto a considerar porque, en algunas situaciones, pueden producirse denuncias o relatos falsos, pero aquí no se advirtió ni enojo o conflicto de las niñas con su padre; ni trastornos psiquiátricos del adulto progenitor que realiza la denuncia; ni tampoco que la acusación se produce en el marco de un divorcio que presenta problemas en cuanto a la tenencia y visita del menor. Claramente ninguna de esas tres situaciones se constata en autos.

Por todo lo expuesto, concluyo que no hay error en la valoración de la prueba ni en la reconstrucción de los hechos, por lo cual corresponde rechazar el primer agravio de la defensa y dar tratamiento al referido a la calificación legal, en cuanto el impugnante pretende se modifique en su favor, proponiendo se aplique la figura del Abuso Sexual Simple en lugar del abuso

sexual gravemente ultrajante.

Respecto de los votos de los integrantes del Tribunal de Juicio, ya transcriptos por los demás votantes, coinciden que las conductas abusivas configuran la agravante seleccionada por el MPF por su duración en el tiempo, las circunstancias en las que se produjeron y por el sometimiento en virtud de la excesiva violencia.

Teniendo en cuenta la conformación progresiva de la tipología observada en el art. 119, en el segundo párrafo se agrava el abuso sexual poniéndose con: "*La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima*".

Esa figura intermedia entre la figura base del abuso sexual y éste con acceso carnal fue diseñada para incluir situaciones que respondían a una evaluación cualitativa del daño provocado tanto desde el punto de vista físico como psíquico del sujeto pasivo, porque sin duda alguna no es lo mismo el tocamiento furtivo de alguna zona pudenda de la víctima, que llevar a cabo un acto que tenga otro tipo de connotación más relevante y que, por ende, importe un ultraje a la persona y su dignidad.

Según los Antecedentes Parlamentarios, en relación con lo antes dicho el Diputado Cafferata Nores expresaba: "Existen situaciones que no son contempladas por la legislación vigente. Situaciones de ultraje grave que no llegan a la penetración y a la utilización de otros instrumentos que no sean el órgano sexual masculino, deben ser regulados de modo tal que puedan satisfacer las demandas sociales en este tema, sin dejar excesivamente abierto el tipo penal. Pero no debe perderse de vista que este tipo penal requiere una situación de "sometimiento" de la víctima, de carácter sexual, vocablo que tiene un elocuente significado gramatical. La fórmula incorporada pretende retribuir suficientemente vejámenes que no lo están en el marco del Código Penal vigente, mediante una expresión que agrava de modo progresivo, conductas que son altamente dañosas para la víctima"-

La oportunidad biológica ha otorgado a la violación vaginal un lugar principal como crimen, pero la invasión puede ocurrir por otros actos igualmente gravosos para la integridad sexual de

la víctima, y si bien el pene sigue siendo el arma favorita de los violadores, no es de hecho su única herramienta.

En este tipo de abuso sexual que, en lo que hace a la estructura del tipo, sujetos, conducta material, aspectos subjetivos, y consumación y caracteres, son los mismos que en el abuso sexual del primer párrafo, la razón determinante de la mayor criminalidad del hecho reside en el mayor desprecio por la dignidad e integridad personal de la víctima que implica llevar a cabo hechos que por su duración o por las circunstancias de su realización, son gravemente ultrajantes. El sometimiento equivale a un dominio o humillación y lo hay cuando el autor y no la víctima es quien toma decisiones sobre su comportamiento sexual.

En el caso, los jueces y con relación a las dos nenas, dijeron que la conducta era gravemente ultrajante por su duración. Donna señala que este tipo de abuso debe prolongarse temporalmente, es decir, que dure más tiempo de lo normal o que se trate de una modalidad reiterada o continuada a través del tiempo y esa excesiva prolongación implica un peligro para la integridad física y un innecesario vejamen para la dignidad de la víctima. (DONNA Edgardo *"Delitos contra la integridad sexual"*, 2° Edición Actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p 48)

Clemente pone como ejemplo el victimario que sustrae o retiene a una persona de uno u otro sexo, menor de trece años dentro del domicilio, efectuando actos de abuso sexual reiterados, que no llegan al acceso carnal o a su tentativa, durante un tiempo prolongado. (CLEMENTE José *"Abusos sexuales"*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000, p.. 83).

Parma indica que se trata de una excesiva prolongación temporal de la afección sobre el cuerpo de la víctima, que a su vez afecta la integridad física y la libertad de la víctima, sin llegar a constituir otro delito. (Parma Carlos "*Delitos contra la integridad sexual*", Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 66)

En igual sentido se expresa Gustavo Arocena. (AROCENA Gustavo "*Delitos contra la integridad sexual*", Ed. Advocatus, Córdoba, 2001 en BALCARCE Fabián (Director) "*Derecho Penal Parte especial. Libro de estudio"* t. I, 4ª edición, Ed. Advocatus,

Córdoba, 2014, p. 56)

Estrella también alude a una innecesaria o excesiva prolongación en el tiempo, más del que normalmente se requiere para la consumación del hecho y agrega al vejamen que por sí conlleva el abuso sexual, un plus vejatorio degradante para la dignidad de la víctima. (ESTRELLA Oscar "*De los delitos sexuales*", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p 85).

En el caso de R. P. los magistrados señalaron que la niña comenzó a ser abusada en el auto, luego el hecho se interrumpió por un breve lapso y el imputado después de mirar un partido de fútbol continuó con el ataque sexual. Es evidente que la duración de ese sólo hecho excede cualquier situación clásica de abuso que en general suele durar como máximo unos pocos minutos. La situación es indiscutible en el caso de A. M., porque aquí la continuidad de los hechos, está claramente comprendida en la figura agravada. El imputado se ha beneficiado con la aplicación del delito continuado, una solución dogmática que evita la aplicación el concurso real, que aumenta significativamente la escala penal. Sin embargo, ello no impide que la reiteración sea constitutiva de la figura penal agravada que se aplicó en el caso.

Pero además los hechos, tal como lo refieren los magistrados, están atrapados por la figura en análisis por las circunstancias de su realización: a) a R. la abusó en el auto, la obligó a realizar actos masturbatorios, bajo la amenaza de golpearla si no accedía a su deseo y luego en su domicilio intentó accederla carnalmente vía anal; b) con A. el modus operandi era similar y se mantuvo durante años, desde que la menor había cumplido diez años. Por último, se acreditó que, en ocasiones, los abusos se cometían en presencia de sus hermanos.

El sometimiento sexual de ambas niñas, se produce en un contexto de violencia extrema y ello también integra la calificación legal escogida por el Tribunal de Juicio que ha explicado con meridiana claridad que el modus operandi produjo en las víctimas una degradación y un envilecimiento que se aparta sustancialmente de la afectación que de por sí contiene un abuso sexual infantil. Se trata de conductas que han violentado en forma grosera la dignidad de las niñas.

Estamos ante un caso de evidente cosificación de la mujer.

Se da esta perspectiva en el caso, en virtud del contexto de violencia mencionado, que las redujo a un estado de cosa sobre las que ejercía un dominio o disponibilidad, anulando su libertad o la autodeterminación sexual con la consiguiente minoración de su dignidad personal.

La imputación realizada por el MPF ha sido probada en todos sus términos y con todos sus alcances. Los hechos allí descriptos traspasan el límite - poco preciso - del ultraje natural que acarrea toda intervención dolosa de terceros en el ámbito de la esfera sexual. La intrusión ilícita investigada da cuenta que el imputado sometió a las víctimas, las puso bajo su entero control como mero objeto de placer.

Finalmente, y por todo lo expuesto, concluyo que no le asiste razón a la defensa en cuanto acusa al Tribunal de no haber fundado la calificación y menos aún que se haya apartado del hecho descripto en la acusación, por todo lo cual debe confirmarse el agravante analizado.

El tercer y último agravio, subsidiariamente planteado, para el caso en el que se rechazaron las dos quejas anteriores, se dirige a morigerar la pena impuesta por unanimidad por el Tribunal de Juicio.

Como primer tópico he de tratar la pretensión de la defensa, interpuesta por primera vez ante esta Cámara, no así ante el Tribunal de Juicio, de declaración de inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 119 para los casos en los que concurren el abuso sexual gravemente ultrajante y alguna de las circunstancias genérica de agravación.

La defensa solicitó al Tribunal que declare la inconstitucionalidad de la escala penal prevista en el cuarto párrafo del artículo 119 del Código Penal en razón de vulnerar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, por cuanto asigna una misma pena, por mediar determinadas circunstancias agravantes, a dos hechos que anteriormente fueron valorados como distintos. A su criterio el legislador estimó que las conductas de los párrafos segundo y tercero del mismo artículo (sometimiento sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal) obedecían a diferentes magnitudes de afectación del bien jurídico protegido, lo cual se tradujo en la asignación de distintas penas.

Sin embargo, tal valoración fue soslayada por el propio legislador en el cuarto párrafo (agravante de los dos párrafos anteriores) al imponer igual castigo a ambas conductas.

Coincido con mis colegas, que dicha pretensión debe ser rechazada por la extemporaneidad del planteo, pero además porque la defensa no ha demostrado el agravio en el caso concreto, en el que la pena aplicada se encuentra muy por debajo del límite máximo previsto por la norma -20 años- en incluso del máximo que mencionara el defensor conforme la escala que construyera y que estimara adecuada y respetuosa del principio de proporcionalidad.

Debo decir - en consonancia con la doctrina de la Corte Suprema de la Nación- que, en un sistema democrático, el recurso a la declaración de inconstitucionalidad de una ley opera siempre como "ultima ratio".

Es por ello que tampoco es posible presumir imprevisión en el legislador, salvo que surja de modo indubitable la irracionalidad o incongruencia de la norma con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con idéntica jerarquía.

En tal sentido, la Corte Suprema ha sostenido -en relación a la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal-, que es un acto de suma gravedad y una de las más delicadas funciones sensibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por tal motivo es que debe ser considerada como la última razón del orden jurídico, y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable o cuando se trate de una objeción constitucional palmaria, de tal manera que no debe recurrirse a ello sino cuando una estricta necesidad así lo requiera. (Fallos 311:394; 312:122; 322:842, 14:425; 105:22; 112:63; 182:317; 200:180 260:153 entre otros). También se ha expresado al decir que "Ello así, en la medida que es deber de esta Corte agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad".

La inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la

soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable" (CSJN L.486 XXXVI "Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones - causa *3221*" - 17/5/05). También se ha expresado al decir que ello es así, en la medida que es deber de esta Corte agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad.

Sentado ello, del tratamiento parlamentario de la Ley 25.087 se evidencia la intención de los legisladores de agravar progresivamente tales infracciones penales, no sólo por el tipo de abuso sino también por el rol desempeñado por el sujeto activo.

La modificación introducida a partir de la descripción escalonada de las conductas susceptibles de afectar la integridad sexual, pretendió no dejar librado a la interpretación judicial situaciones no regladas en la anterior legislación y permitió a los magistrados un amplio margen para mensurar la pena en los casos de agravantes concurrentes.

Ante ello, voy a sostener que el artículo 119 del Código Penal, dentro del título "Delitos contra la Integridad Sexual", enuncia diferentes casos de abuso sexual. En el párrafo cuarto dispone que, en los supuestos de los párrafos segundo y tercero, la pena será de 8 a 20 años de reclusión o prisión cuando el abuso cometido por personas que se encuentran enumeradas en los respectivos incisos, o cuando produzca secuelas en la salud de la víctima; ello importa decir que el párrafo cuarto hace alusión al abuso sexual gravemente ultrajante y al que se produce con acceso carnal, advirtiendo que el legislador previó, para las diferentes situaciones de abuso sexual, diversas soluciones en lo que respecta a la imposición de la pena, por tratarse de conductas distintas.

Ello es una consecuencia lógica de los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena, que imponen una estrecha relación entre la sanción conminada y la ofensa cometida.

El criterio racional de la proporción de la pena se encuentra en el cálculo de la acción y de los distintos valores dados a los bienes jurídicos tutelados, y cualquier disminución de la misma llevaría a la insuficiencia, y con ella, el legislador faltaría

a su deber, como así también fallaría si la impusiese en exceso, pues constituiría una crueldad ilegítima.

De igual modo lo hizo en el cuarto párrafo del artículo 119 del Código Penal, cuando impuso las agravantes ya citadas, fincando su distinción en las diferentes situaciones plasmadas, pues si resulta razonable que la imposición de la pena se eleve de ocho a veinte años de prisión cuando se configure alguna o algunas de las circunstancias que el legislador entendió como más repudiables, no pasando su elaboración en función del acceso carnal o no, sino en una serie de elementos que entendió que más allá de dicho acceso lesionan gravemente el bien jurídico protegido.

Así, en el caso de autos, donde no hubo acceso carnal pero sí un sometimiento gravemente ultrajante para las víctimas, como así también al mantenimiento del mismo en el secreto y consecuente impunidad desde que las niñas tenían 9 o 10 años de edad, en un contexto de severa violencia la sanción debe ser alcanzada con una escala de pena más seria.

En consecuencia, no encuentro afectados los principios de igualdad ante la ley, culpabilidad y proporcionalidad de la pena, en la aplicación de dicha escala a la figura enrostrada.

Dicho esto, en punto al quantum punitivo establecido por el Tribunal, se presenta como ajustado a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad y la sentencia no presenta vicios de arbitrariedad ni contradicción

El primer aspecto considerado es que estamos en presencia de un concurso real, con dos niñas víctimas, siendo indiscutible que el daño causado es mayor.

También coincido con los magistrados que deben considerarse como agravantes la excesiva violencia cotidiana y el aprovechamiento de la mayor indefensión de las niñas, tanto por su corta edad y por perpetrar el abuso cuando no había personas que pudieran defenderlas. Dicha circunstancia informa la decisión del autor de actuar sobre seguro.

En mi opinión la edad del imputado y sus circunstancias personales importan un caso de vulnerabilidad a la inversa, en el que el autor de los hechos -como afirma la Dra. G.- debe vencer fuertísimas barreras para determinarse a cometer actos de

semejante crueldad y ultraje contra su propia familia.

Este agravante, en modo alguno, importa un apartamiento de los pretendidos por el MPF, sin interesar que el pedido haya sido efectuado, en otros términos, pero sobre las mismas circunstancias objetivas.

Por último, los magistrados tuvieron en cuenta el único atenuante que debía ser sopesado en su favor, esto es la falta de antecedentes penales.

El esforzado análisis que propone el defensor público, por los argumentos expuestos, no puede ser receptado favorablemente por esta Alzada y la pena de doce años de prisión de cumplimiento efectiva, con más las accesorias legales, debe ser confirmada.

En definitiva, corresponde rechazar en todos sus términos el recurso incoado por la defensa y conformarse la sentencia mediante la cual se condena a E. M. a la pena de doce años de prisión efectiva , en su carácter de autor, por los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante (por su duración y circunstancias de comisión) agravado por la situación de convivencia en relación a la menor R.M.P. (un hecho) en concurso real con reiterados hechos de abuso sexual gravemente ultrajante (por las circunstancias de su comisión) agravada por el vínculo, bajo la modalidad de delito continuado en relación a la menor A.L.M. (arts. 119, 2do y 4to párrafo, inc. b y f, 45 y 55 contrario sensu del Código Penal), por los hechos ocurridos en fechas no precisas pero situadas en el mes de febrero de 2016 en relación a R.M.P. y en fechas no precisas pero en el año 2015 en relación a A.I.M

Por último, coincido con el Dr. Barrios en la necesidad de un tratamiento psicológico orientado a la recuperación de la problemática del imputado.

Respecto de los honorarios del Defensor Público, adhiero sin más a la propuesta de los Jueces que me anteceden.

Así voto.

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 ordinaria deducida por la Defensa Pública en representación de E. A. M., de demás circunstancias obrantes en autos;

2) Confirmar la sentencia N°3457/2018 OJTW dictada en fecha 26 de Diciembre de 2018;

3) Imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la cantidad de TREINTA (30) JUS por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y cc. De la ley XIII-4, antes decreto ley 2.200- y art. 59 de la Ley V-90, antes Ley 4920);

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese, fecho, devuélvase a la Oficina Judicial a sus efectos.

Roberto Adrián Barrios **Alejandro Gustavo Defranco**

La Dra. Carina Estefanía no suscribe materialmente la presente, habiendo remitido su voto a esta sede mediante correo electrónico oficial. Registrada con el Nro.: 70/2019 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Oscar Pablo Bastos
Secretario de Cámara