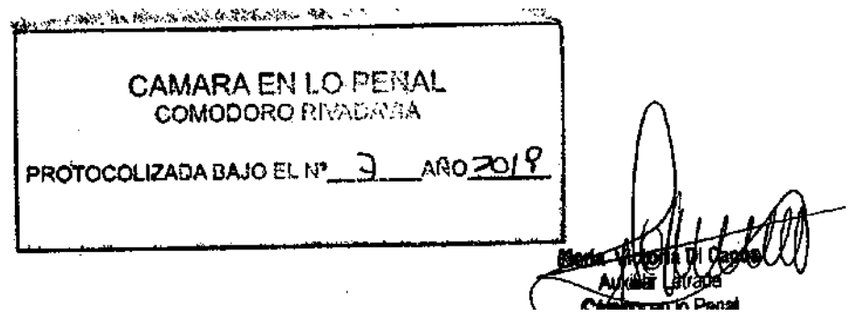


En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los quince días del mes de abril de dos mil diecinueve, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín** Roberto **MONTENOVO,** en su carácter de Presidente, **Guillermo A. MÜLLER** y **D. Luis María PINTOS,** Jueces de Cámara, proceden a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del Legajo de Investigación Fiscal n° XXXX y acumulado n° XXXX, Carpeta individual n° 1830 **y** acumulada n° 1822, caratulada: "S., D. O. *s/* p.s.a. Abuso sexual con acceso carnal **agravado.... Víctima: F.V.E"** de la Oficina Judicial dela Circunscripción de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación el Abogado Adjunto de la Defensoría Pública Dr. **Gustavo Oyarzun y** el imputado **D. O. S.** (por videoconferencia); **y**

---------- CONSIDERANDO: ----------

Que los días veinte **y** veinticinco del mes de marzo **y** del corriente año se celebró la audiencia oral **y** pública a tenor del arto 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de D. O. S., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso **y** como lo ordena el arto 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art.'38S, 5° párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de D. O. S. contra la sentencia

condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° par., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Martín Roberto Montenovo en segundo lugar el Dr. Guillemo A. Müller y finalmente el Dr. D. Luis María Pintos.-

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

I.- Motiva la intervención de esta Cámara la impugnación ordinaria deducida por el Abogado Adjunto de la Defensa Pública, Dr. Gustavo Oyarzún, en favor de D. O. S., contra la Sentencia condenatoria N° 813/18, dictada en fecha 14 de septiembre de 2018 por el Tribunal Colegiado integrado por las Jueces Penales, Dres. Alejandro Rosales, Martín Zacchino y Jorge Novarino.-

1.- Los hechos por los que comenzó el presente trámite y por los que en definitiva resultó condenado el imputado S., de acuerdo a lo detallado por el Ministerio Fiscal en el escrito acusatorio son los siguientes: Primer Hecho *"El acaecido entre julio y diciembre de 2007, contando V. F. con doce años de edad, mientras su madre se encontraba fuera del hogar, al regresar la menor del colegio, y mientras* se *sacaba el guardapolvos, S. aprovechando el encontrarse solo con la niña, la tomó, la arrojó sobre la cama, le bajó los pantalones y la accedió carnalmente por vía vaginal''.* Segundo Hecho: *"contando con quince años de edad, en una oportunidad que la joven regresaba de la casa de una amiga, S. la llevó hasta su habitación, accediéndola carnalmente resultando como fruto o de tal abuso, el embarazo de su hijo. Que lo episodios se reiteraron convirtiéndose en crónicos hasta que la joven pudo retirarse del hogar.*

Sucesos calificados como Abuso Sexual con Acceso Camal, Agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma-primer hecho-, en concurso real con Estupro agravado -segundo hecho- en calidad de autor (Arts. 119, 3° párrafo y 4° párrafo inc. f); art. 120 agravad inc. f), último párrafo, 55 y 45 del CP). Siendo la pretensión punitiva de dieciséis años de prisión. -

2) Durante el debate, la Fiscalía sostuvo que a través de la prueba rendida quedó demostrada la materialidad y autoría de S. por los hechos y bajo la calificación por los que se lo acusara, solicitando al momento de la cesura la pena de 16 años de prisión. -

La Defensa, postuló la absolución de su asistido, en relación al primero de los hechos calificado bajo la figura de abuso sexual con acceso camal, consideró que la prueba rendida resultó insuficiente, que el único elemento con el que contó el acusador fue el testimonio en Cámara Gessel de V. F., el que no fue validado, halló fabulaciones en el relato y reticencia a brindar ciertas explicaciones o detalles sobre algunas cuestiones particulares, consideró que la testigo C. no aportó elementos que perjudiquen a S.. En relación al segundo hecho calificado como Estupro, señaló que la Fiscal partió de una premisa contradictoria, de una confusión en la manera que se logra el consentimiento en una clase de delitos y en el estupro, señaló que la propia figura legal prevé el consentimiento en la figura y por tanto el delito fue erróneamente calificado. Además que no se pudieron corroborar los elementos típicos para configurar el delito, por lo que también solicitó la absolución.

En la etapa de cesura, previo incorporar prueba documental-Historia Clínica- y testimonial, requirió la imposición de la pena mínima para su asistido, es decir ocho (8) anos de prisión.

Finalmente el Tribunal por mayoría, condenó mediante Sentencia N° 813/2018 de fecha 14/09/18 a D. O. S. a la pena de dieciséis años de prisión, como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal Agravado por tratarse la víctima de una menor de 18 años mediando convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado (arts. 45, 54 y 119 primero, tercero y cuarto párrafos inc. f) del CP, por los hechos acaecidos entre 2007 y 2013, en el domicilio de xxx, casa N° xxxx , del Barrio P. de la ciudad de Sarmiento, en perjuicio de V. F.; con disidencia del Dr. Novarino relativa a la reiteración delictiva, la que consideró concurre realmente y no en la modalidad de delito continuado.-

3) Contra dicho decisorio, el imputado impugnó *"in pauperis forma",* luego su defensor encuadró legalmente el recurso, solicitó la absolución de S., fundado en dos motivos de agravio: la "violación al principio de congruencia, y la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa", y "la arbitrariedad en la interpretación de la prueba".-

Del primer agravio sostuvo que la posición asumida por el Tribunal, de considerar los hechos acusados como constitutivos de delito continuado a diferencia de la acusación fiscal que los consideraba constitutivos de un concurso real, afectó severamente las posibilidades de ejercer una defensa efectiva.

Que el Tribunal no solo sobrepaso los hechos traídos a juzgamiento sino que agravó la imputación, toda vez que respecto del segundo hecho -calificado como constitutivo del delito de estupro agravado- se había articulado una defensa tendiente a demostrar la inexistencia de los elementos típicos del delito, sobre todo la madurez sexual de V. F. y la falta de seducción por parte de S..-

Respecto del segundo agravio, señaló que el Tribunal basó la culpabilidad de S. en la Cámara Gesell de la víctima, la que careció de validación, y criticó que el Tribunal intentó corregir esa falta de evidencia recurriendo al testimonio del Lic.. Letaif, quien declaró en debate, en razón de haber entrevistado a la víctima con la finalidad de elaborar un perfil victimológico y recomendar a la fiscalía la realización o no de dicho acto.-

Se agravió también, respecto del estudio genético de ADN que determinó la paternidad del niño L. en cabeza de S., orientado por el acusador a probar el hecho constitutivo de Estupro agravado, sin embargo el Tribunal tomó dicha evidencia para reprocharle una figura típica a todas luces mas gravosa que la propiciada por el acusador.-

En fundamento a ello solicitó la absolución de su asistido y subsidiariamente respecto a la pena impuesta, la que consideró irracional, inhumana y arbitraria, requirió se revoque y se aplique el mínimo legal para la figura escogida por el Tribunal. Destacó que la arbitrariedad se advierte al tomar el Tribunal como agravante de la pena elementos que hacen al tipo pena objetivo del delito enrostrado, así al tener en cuenta la edad de la víctima, e indicar que es muy diferente acometer sexualmente contra una joven de 12 años o una de 17 años,

también al incluir como agravante la guarda que aparentemente ejercía S. sobre la joven F., lo que de ningún modo quedó demostrado, ni fue escogido por el MPF como agravante.-

Señaló que tomaron en cuenta como atenuantes solamente la carencia de antecedentes penales, desconociendo las propuestas por la defensa en cuanto a la delicada situación de salud del imputado y su contexto familiar, lo que demuestra su menor peligrosidad. Por último dejó hecha reserva del caso federal.-

4) El Ministerio Fiscal contestó por escrito, solicitó el rechazo de la impugnación y la confirmación de la sentencia en todos sus términos.-

En relación al primer agravio, entendió que no se vió afectado el derecho de defensa del imputado, toda vez que siempre conoció los hechos y también la calificación jurídica correspondiente al primer hecho, la que luego se extendió al hecho número dos, en la modalidad de delito continuado, lo que consideró favoreció a los intereses de la defensa, ya que la estrategia adoptada para el primero de los hechos debía aplicarla para los restantes, destacó además que la pena también se vió reducida en este último caso.-

Advirtió que la defensa confundió principio de congruencia con el principio Iuria novit curia, que la plataforma fáctica no fue modificada por el Tribunal, sólo su significación jurídica al considerarlo abuso sexual con acceso carnal agravado por la convivencia preexistente en la modalidad de delito continuado, lo que resultó mas favorable que de haber sido concursado de forma material. -

Postuló también el rechazo del segundo agravio, en cuanto a la falta de validación de los dichos de la testigo F., afirmó que esto fue refutado por el voto del Dr. Zacchino -cuyo fragmento transcribió-, quien consideró que esta orfandad probatoria fue suplida por el abordaje victimológico realizado por el Lic. Letaif, lo que

no fue cuestionado oportunamente por la Defensa. Mencionó que el planteo del Defensor respecto al examen de ADN no es mas que una disconformidad respecto de un medio de prueba correctamente valorado por el Tribunal de Juicio.-

A la crítica de la pena impuesta, sostuvo que no configura una doble valoración la edad de la víctima al momento de los hechos, ya que no es lo mismo una víctima de 12 años que otra de 17 años, al igual que considerar como agravante la guarda que ejercía el imputado sobre la víctima. De las atenuantes planteadas por el Defensor, los sentenciantes han indicado que no podían incidir en el quantum de la pena sino en la medida coercitiva provisoria que viene cumpliendo. Disintió también respecto de la falta de acreditación del daño, siendo el testimonio brindado por el Lic. Letaif en este sentido categóricamente revelador. -

En función de ello, y por encontrarse la sentencia debidamente fundada, solicitó se rechace la impugnación deducida y se confirme la sentencia en todos sus términos. -

5) En ocasión de celebrarse la audiencia del Art. 385 del C.P.P., la que se llevó a cabo por video-conferencia juntamente con la Oficina Judicial de Sarmiento desde donde participó el imputado D. O. S., el Dr. Oyarzún ratificó en todos sus términos y oralizó íntegramente el escrito presentado, expuso así sobre los motivos que lo llevaron a impugnan, solicitando la absolución de su asistido y subsidiariamente la imposición del mínimo de la pena para el delito que se trata. El Ministerio Público Fiscal no concurrió al acto, no obstante se dejó constancia que contestó por escrito el traslado del recurso presentado, por último y concedida la palabra al imputado hizo uso de la misma.-

II.- Una primera evaluación del caso sugiere que nos encontramos ante un grave suceso en perjuicio de la libertad sexual de la víctima, tanto

por la duración de la conducta del imputado en el tiempo, como por sus consecuencias.-

El Tribunal, en definitiva, como quedara dicho, le asignó responsabilidad por Abuso sexual con acceso carnal, agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia, en calidad de delito continuadlo, este último aspecto por mayoría, pues un vocal sufragó por el enfoque de reiteración delictiva.-

Creo necesario efectuar una serie de breves apuntes respecto de la materialidad y autoría delictivas, la manera en que la sana crítica racional (art. 25 del CPPCh.), en tanto método reglado a fin de apreciar la prueba debe materializare en los casos de Abuso sexual infanto-juvenil, la crítica atinente a la ausencia de congruencia jurídica entre Acusación y Sentencia, y finalmente la petición subsidiaria de reducción de la sanción impuesta.

III.- El término hipótesis nos conduce al concepto de verdad, y allí apuntó el esforzado Defensor algunas de sus críticas, aduciendo que solo por medio de arbitrariedad en la valoración de la prueba fue posible para el A-quo adoptar el temperamento condenatorio en análisis, pero no contrapuso otra hipótesis, sino que intentó reducir el tenor del reproche resaltando, por ejemplo, la ausencia de validación psicológica sobre la versión de la joven víctima.

Hemos expresado en diversas ocasiones que la reconstrucción de la verdad material de lo acontecido, como objetivo histórico del proceso penal, ha perdido cierta vigencia en beneficio de otra clase de verdad, la “dialéctica” o “procesal”, en la que mucho tienen que ver las partes, sus proposiciones, actividad, más aún, o a partir de, la adopción estadual de un sistema de enjuiciamiento penal que responde al sesgo acusatorio y adversarial (ex Ley 5478). –

No significa que lo realmente ocurrido no tenga trascendencia

sino que ante la imposibilidad de reproducido tal cual sucedió, exactamente, lo que resulta inalcanzable aún en los términos de la ciencia de la que hoy disponemos, debemos conformamos, partiendo de un evento de la realidad, con explicaciones racionales del mismo, las que quedan a cargo de las partes, y deben cumplir con determinados estándares probatorios, los que varían conforme a cada tipo penal y sus particularidades.

De eso hablamos cuando asignamos responsabilidad penal "más allá de toda duda razonable", y que se ha logrado superar el estado de inocencia, pues la reproducción de 1o acaecido, si 1o que se pretende es adjudicar responsabilidad penal, debe superar tal vallado constituciona1.-

Entonces, lo que aquí se aprecia es que el Acusador Público presentó un caso en el que una joven que sufrió ultrajes a 1o largo del tiempo, y ante el resultado verificado de cursar un embarazo a raíz de los mismos, reveló a una amiga la situación, ello fue ignorado de alguna forma por su madre P. V., en una evidente tensión afectiva entre su hija y su pareja, y también negado por su hermano H. A.-

Vale aclarar que en los supuestos de Abuso sexual intrafamiliar donde el sujeto activo resulta ser el padre de la víctima o la pareja de la madre, y el pasivo una hija menor, es bastante usual que el rol de la madre y pareja del primero, adopte un carácter ambivalente, producto justamente de la tensión afectiva señalada, ignorando 1o evidente en la vida diaria, en muchos casos presenciando la revelación de los sucesos, formulando denuncias que posteriormente se pretende retirar, o invalidar, tomando contacto fluido con el acusado y perdiéndolo a 1o largo del proceso, pulso al compás del cual varían sus versiones de 1o sucedido. La situación aún se toma más compleja si el imputado es el único sostén familiar.-

Por todo ello, el mérito que se impone realizar de testimonios de

personas en tal situación requiere extrema cautela, y seguramente la deposición no tiene la contundencia exculpatoria que suelen invocar las Defensas.-

De otro lado, el letrado asistente de S. apuntó a las supuestas inconsistencias de la versión, y actitudes, de la menor.-

Pero, como ya se adelantara, la potencia de la versión de la joven, corroborada en su veracidad por indicios, esquema compatible con la clase de injusto del que hablamos, ha significado una explicación sólida de lo ocurrido, contra la cual solo se ha levantado un muro de negaciones.-

No es posible soslayar que la menor V. F. padeció de muy pequeña la misma conducta que se le reprocha hoy a S., por parte de su padre H., lo que derivó en la condena de su progenitor por este Tribunal, estando vigente el sistema ritual precedente (ex Ley 3155), en calidad de Cámara del Crimen.-

Luego su madre formó pareja con el acusado, y la joven continuó sufriendo ultrajes, hasta que quedó embrazada del niño L., cuando tenía 15 años, cuyo padre, conforme la prueba científica genética incorporada, y no cuestionada, es el encartado.-

V. en tal situación de desamparo familiar y estatal, pues adujo haber intentado poner en conocimiento de la autoridad policial (Comisaría de la mujer), lo acaecido sin recibir respuesta alguna, cumplió la mayoría de edad, se fue a vivir con su amiga S. C., efectuó la denuncia e insto la acción pena.-

Como derivación del tenor del reproche efectuado, la crítica atinente a la ausencia de especificación de las fechas exactas de los eventos adjudicados , pierde fuerza ante el carácter intrafamiliar de los ultrajes, ocurridos en un contexto de intimidad, de lo que deriva la imposibilidad de determinarlas, pero ello bajo ningún concepto resta validez a la pieza acusatoria, en los términos del art. 291 del CPPCh,,

pues en todo momento se ha podido ejercer el derecho de defensa, entendido este como contralor de la prueba ajena, proposición de la propia y facultad postulatoria, en definitiva postulado constitucional que la norma citada intenta resguardar.-

En lo concerniente a la ausencia de validación psicológica del relato de V., nos hemos pronunciado, entre otras, en la Sentencia nro.20/13 inherente a la Carpeta nro. de la Oficina judicial de Sarmiento en lo referente a la importancia de la pericia psicológica de validación de las expresiones de la víctima en reproches como el que nos ocupa.-

Hemos expresado en dicho precedente, y lo hacemos habitualmente, que "el tipo de conductas como la que aquí se analiza, se desarrollan en un contexto de intimidad que impide generalmente contar con testigos presenciales, circunstancia que obliga, por imperio del método de valoración de la prueba vigente, la sana crítica racional (art. 25 3er. párrafo del CPPCh.), a extremar los recaudos de interpretación en tomo a la versión, de la víctima, la cual debe ser analizada necesariamente como incluida dentro de un todo compuesto a su vez, y especialmente, por la prueba pericial psicológica, la que permite otorgar al Sentenciante herramientas para que pueda decidir sobre la veracidad de la versión de los damnificados, que en los casos de ASI resultan ser niños o adolescentes, e incluso es posible que develen acontecimientos del pasado, como en el que nos ocupa.-

Así, sostenemos que el esquema de abordaje de los supuestos de ASI, parte de considerar que "los infantes no poseen conocimientos sobre sexo, por lo cual lo que expresen al respecto debe concitar la atención, más si lo refieren como experiencias propias, lo que constituye un fuerte indicio de veracidad en sus expresiones (conf. Clínica de Abuso sexual en la infancia y la adolescencia, Dra.

Susana Toporosi, Archivos Argentinos de Pediatría 2003, 101 (6); Carlos A. Rozanski "Abuso Sexual Infantil, Denunciar o Silenciar" pags 189 y ssgts.).-

En la Sentencia referida hemos expresado que tal esquema admite excepciones, consistentes en que los niños, por ejemplo, fabulen, mientan, exageren, posibilidades que aumentan en la medida que los menores van creciendo y convirtiéndose en adolescentes, etapa de la vida caracterizada, precisamente, por el despertar sexual.-

A lo que debemos agregar como excepción, pero en sentido exactamente inverso, los supuestos en los que la entidad de la conducta lesiva a la libertad sexual es tan notoria, que la potencia de la propia versión de la víctima obliga a relativizar el mérito insoslayable, en la generalidad, del examen psicológico.-

Es que en este caso la joven damnificada decidió develar los sucesos de los que fue víctima durante años, por lo cual comunicó una versión contundente.-

No significa ello que restemos importancia como pauta objetiva para el logro de parámetros de evaluación del ASI, al dictamen pericial psicológico y luego, a otros indicios, específicos como la prueba médica, relacionada a rastros en el cuerpo del o la agredida sexualmente, o inespecíficos, pero de peso complementario, como el rendimiento escolar, el comportamiento intra familiar, con amigos etc..-

Lo que pretendemos significar es que, excepcionalmente, debido a varios factores, que en el sub-júdice podemos identificar con la edad de la menor, la importancia del agravio sexual padecido, y la coherencia interna de su versión, es posible relativizar la validación psicológica.-

Aquí, la Defensa ha criticado, con cierta razón, que lo expuesto por el Licenciado Letaif, un abordaje de sesgo victimológico, no podía considerarse

como una validación en los términos de una pericia psicológica.-

Aunque, a partir de semejante cuadro de abusos detallado por la menor, más allá de los perpetrados por su padre biológico, que culminaron en un embarazo rechazado por su madre P., utilizado por S., para pretender continuar con su conducta delictiva a cambio de la manutención alimentaria del niño L., convalidado todo ello por su amiga C., en última instancia, quizá su Únlco sostén afectivo, y por la prueba genética aludida, las conclusiones de Letaif operaron tenuemente en el mismo sentido, es decir, otro indicio que avaló la propia versión de la menor, particularmente contundente, y coherente tanto interna como externamente.

Para arribar a tal afirmación, necesariamente debemos partir del extremo que la joven había sufrido un ultraje a la libertad sexual durante un tiempo prolongado por parte del encartado; que había intentado comunicarlo a su madre, la que había ignorado su padecimiento, quizás por las razones arriba expuestas; que idéntica respuesta recibió de la autoridad estatal, que cursó un embarazo generado por un acto sexual mantenido con el acusado, que solo halló en su amiga cierta contención.-

Lo que en todo caso resulta indiscutible es que luego de una historia plagada de abusos desde la infancia, la capacidad de V. de decidir, de ejercer su libertad sexual libremente en cuanto al acusado, de consentir actos, se hallaba seriamente condicionada, al nivel de tenerla completamente obturada.-

En líneas generales, en los términos precedentes se expidieron los Jueces del Tribunal de grado, por lo cual la Sentencia respecto de los rubros hasta ahora analizados merece ser confirmada.-

IV.- Deviene ocioso quizás remarcarlo, pero la edad de 13 años constituye un límite etario por debajo del cual, no se requiere probar la existencia de ninguno de los otros medios comisivos del primer párrafo del art. 119 del CP. pues se

parte de la base que los niños no consienten actos de naturaleza sexual.-

Por encima de tal edad, la ausencia de dichos medios de comisión eventualmente puede hacer recaer las conductas del estilo de las que estamos analizando en la figura del Estupro, siempre que haya existido seducción, por el sujeto activo, es decir aprovechamiento del despertar sexual propio de la adolescencia, ecuación en la que existe cierto consentimiento del menor, pero viciado por su inexperiencia, y reitero, aprovechado por el sujeto activo.-

Nada de ello ocurrió en el caso, pues como dijimos, la libertad sexual de la víctima se hallaba vulnerada de larga data, y el reproche debió haber sido construido en el marco de Abusos sexuales reiterados, que de tan cotidianos no era posible detallar en días y horas, pero numerosos.

Este Tribunal tiene postura respecto de ello, consistente en que cada conducta del estilo implica un ultraje de dificultosa, en virtud de la envergadura del daño causado, inclusión en el esquema del delito continuado, en el que existe una unidad final de acción, que en los supuestos que nos ocupan no se aprecia.-

En tal contexto, la calificación como Estupro de una parte importante de los hechos detallados en la Acusación lucía inadecuada, y asiste razón a la Defensa en el sentido de la verificación de un exceso en la Sentencia en orden a la petición jurídica de tal acto acusatorio, pues los Jueces englobaron todo como Abuso sexual con acceso carnal, lo que no era posible a tenor de lo reglado por el art. 332 del rito, más allá que para este Tribunal hubiese sido factible recurrir al Estupro, en la medida que sus recaudos típicos hubiesen estado comprobados, lo cual no ocurrió en el caso.-

Por ende, la condena solo ha de abarcar el período individualizado en la Acusación en el que la víctima contaba con menos de 13 años, y

lo acaecido posteriormente opera como indicio de corroboración de lo acontecido en tal lapso inicial, pero no ha de revestir el carácter de sucesos integrativos de la condena. -

V.- Así las cosas, y correspondiendo quitar del objeto del proceso un segmento temporal importante, hemos coincidido en que el monto de la pena debe reducirse, y valorando en favor del imputado la ausencia de antecedentes computables, y sus actuales padecimientos de salud, y en sentido invidente la evidente magnitud del daño causado a la víctima provenientes de un plano de análisis objetivo de la dosimetría, se impone, reitero , reducir la condena y dejarla en diez años de prisión, accesorias legales y costas del proceso. Así voto.-

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

I.- Tal como quedara en claro de la reseña que principia este acto, el Ministerio Público Fiscal atribuyó al imputado diversas conductas ultrajantes de la libertad sexual ocurridas en un mismo contexto pero en distintos períodos de tiempo bien definidos; aquellos acontecidos entre los meses de julio y diciembre de 2007 cuando V. F. contaba con doce años de edad y luego entre el mes de julio de 20I0 *y* junio de 20II cuando la niña ya tenía I5 años.-

Las conductas fueron calificadas como constitutivas de los delitos de Abuso Sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra una menor de I8 años aprovechando la situación de convivencia preexistente en concurso real con Estupro agravado por la misma circunstancia (arts. II9, 3er. párrafo y 4° párrafo inc. f, 55 y I20 del C.P.).-

La Titular de la Acción al formular conclusiones en el debate mantuvo en todos sus términos el reproche y el Tribunal de juicio por unanimidad tuvo por acreditada la materialidad y autoría de los hechos aunque al

adjudicar significado jurídico a las conductas optó por aplicar un precepto penal más grave en relación al segundo episodio ocurrido entre los años 20I0 y 20II, y por mayoría decidió que no se trataba de un concurso real sino de delito continuado, imponiendo una pena de dieciséis (I6) años de prisión y accesorias legales.-

Si bien el impugnante cuestiona la tarea del Tribunal de gradó al valorar determinadas pruebas que hacen a la comprobación de los hechos, lo central de la crítica va dirigida a la adecuación jurídica de las conductas y en ese orden me he de expedir. -

1-Refiere el Defensor que los jueces adjudicaron plena credibilidad al relato de la víctima cuando el mismo no fue validado por un profesional y que el informe victimológico realizado por el Lic.. Gabriel Letaif no lo suple porque cumple otra finalidad. -

No en pocas oportunidades este Tribunal se pronunció sobre la importancia de la pericia psicológica de validación de las expresiones de la víctima en estos ilícitos, dado que otorga al sentenciante herramientas válidas para decidir sobre la veracidad de aquellos (Sentencias 20/2013; 25/2014; 14/2017) y aunque en este caso el abordaje luego de la judicialización del caso no parece el mejor, lo que incluso así consignan los jueces, no escapó al análisis que la acción fue instada por la propia víctima quien denunció los hechos ante Fiscalía cuando ya contaba con 21 años de edad , detallando los hechos ocurridos desde su infancia, lo que mantuvo íntegramente al momento de prestar testimonio en Cámara Gessel, aportando datos y referencias irrefutables como haber tenido un hijo a consecuencia de esos abusos cuanto contaba con tan solo 16 años de edad, determinándose con el estudio de ADN la paternidad del imputado.-

Por otra parte los magistrados cotejaron la versión con

otros elementos como el testimonio que prestó S. K. C., quien era amiga y confidente

de la víctima, brindado precisiones que vienen a reforzar los dichos de F., incluso ilustran sobre el permanente acoso que S. ejercía sobre la víctima.-

En cuanto al informe victimológico más allá de su finalidad específica, para el caso resulta relevante para comprender el complejo entramado familiar y las traumáticas vivencias de la joven con una historia de vida signada por los abusos desde muy corta edad, en primer lugar por su padre biológico y luego por quien se uniera en pareja con su madre, brindando indicadores útiles que permiten una valoración más acabada del estado de la persona, máxime la doble vulnerabilidad que importan los abusos intrafamiliares no solo por la edad de la víctima sino también, porque vienen de aquel que debe proteger y cuidar, y las dificultades para que las personas que las sufren puedan abrirse y develar ante un círculo familiar que se va encerrando, reflejo de ello es que V. F. recién pudo hacerlo cuando se fue de su casa, por lo tanto no encuentro relevancia al único déficit que puntualizó el impugnante ante la contundencia del plexo probatorio que fue correctamente valorado por el Tribunal de juicio y por ello corresponde rechazar el agravio, lo que así voto.-

2.- Como ya detallara al iniciar mi sufragio el Ministerio Público Fiscal al formular acusación, la que mantuvo durante el debate, identificó dos períodos en los que la víctima fue ultrajada por el imputado, detallando un episodio en cada uno de ellos, aunque también refiere de manera genérica e imprecisa que los abusos continuaron en el tiempo hasta convertirse en crónicos, encuadrando el primero dentro del art. 119, 3 er. y 4to. párrafo inc. f del C.P. y el segundo en el art. 120 del mismo cuerpo solo por la edad de la víctima conforme los pocos fundamentos brindados al formular conclusiones ya que en la acusación no lo hizo. Por otra parte al margen de la mención genérica que los abusos continuaron en el tiempo, como solución a la reiteración de hechos propuso un concurso real (art. 55 del C.P.).-

Desde la defensa fue cuestionada la adecuación típica propuesta por la Fiscal en relación al hecho ocurrido en el segundo período cuando la víctima contaba con 15 años de edad, considerando que resulta atípico puesto que para que se configure el estupro debe existir una seducción por parte del agente, un aprovechamiento de la inexperiencia sexual y nada de ello acreditó el órgano acusador, cuando quedó establecido que la joven tenía experiencia sexual.-

El tribunal se inclinó por aplicar la figura del art. 119, 3er. párrafo más la agravante contenida en el inc. f del 4to. párrafo a todas las conductas, y por mayoría conformada por los Dres. Rosales y Zacchino optaron ante la reiteración por la modalidad de delito continuado (art. 54 del C.P.).-

Las críticas del impugnante, dirigidas en lo central a la adecuación típicas, fueron introducidas como una cuestión de congruencia jurídica la que entiende seriamente afectada ante la decisión del Tribunal aquo de considerar los hechos como un delito continuado y por haber asignado al segundo hecho detallado en la acusación una calificación jurídica más grave afectando de tal manera el derecho de defensa en franca colisión con el arto 332 del ritual.-

a.- En cuanto a la determinaron de considerar en definitiva un concurso ideal de delitos bajo la modalidad de delito continuado a diferencia de lo propuesto por la titular de la acción, no tiene estricta vinculación con la necesaria correspondencia que debe observarse entre acusación y sentencia, y más allá de la postura de este Tribunal sobre el particular, inclinándonos por el concurso real -Sentencia N° 38/2013-, la cuestión se toma carente de virtualidad porque asiste razón a la Defensa en cuanto no se encontraba habilitado el Tribunal de grado para adjudicar al segundo hecho la misma calificación jurídica que al primero.-

b.- Todo parte de una incorrecta interpretación jurídica de los

delitos sexuales por el Ministerio Público Fiscal que sólo en función de la edad de la víctima considera incursa en el art. 120 del C.P. aquellas conductas ultrajantes del imputado contra la menor cuando tenía 15 años de edad, porque el caso indicaba al más elemental análisis que la víctima sufría abusos desde muy corta edad, que se encontraba absolutamente sometida, vulnerada su voluntad y libertad de decisión.-

Ante los términos en que le fue reprochada al imputado ésta conducta, como un suceso independiente -Art. 55 CP-, la Defensa elaboró su estrategia planteando la atipicidad de la misma en razón de no haber acreditado el órgano acusador todo los elementos típicos del estupro, y el tribunal al abordar la calificación legal de la conducta no solo no dio respuesta a la controversia sino que directamente adjudicó una significación jurídica mas gravosa considerándola incursa en el abuso sexual con acceso camal agravado por la convivencia preexistente (art. 119 3er. *y* 4to párrafo, inc f) del C.P.).-

Queda en evidencia una flagrante afectación al derecho de defensa cuando el dispositivo legal claramente advierte que " ..el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal mas grave que el invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el acto de apertura, si previamente no fue advertido de la modificación posible del significado jurídico de la imputación, conforme el art. 322,4to. párrafo" (art. 332 del C.P.P.).-

Corresponde entonces señalar que el principio de congruencia se limita a garantizar que el imputado pueda oponerse debidamente al reproche y formular sus descargos, por lo que en principio la calificación legal no es susceptible de afectarlo si los hechos se han mantenido sin alteraciones; ahora bien cuando se trata de una modificación en la subsunción legal de tal entidad que al variar la norma se altera el sustrato fáctico se produce una afectación al debido proceso que no podemos tolerar,

verificándose en el caso una vulneración del derecho constitucional de defensa (art. 18 C.N.).-

Sostengo que aún en los supuestos de considerar de aplicación otros preceptos menos graves, si ello conduce indefectiblemente a una alteración o modificación de él o los hechos, importa afectar la congruencia y en consecuencia el derecho defensa porque no ha tenido el acusado posibilidad efectiva de resistir la imputación (Sentencia N° 14/2018).-

Ante tal situación indudablemente corresponde apartar del reproche este episodio ocurrido en el segundo período, es decir que no puede ampliamente por sus implicancias, lo que sería un mero supuesto de cambio de calificación, o subsunción jurídica, -que vulnere la defensa en juicio-.

Y ello en razón que la figura escogida por la titular de la acción al momento de acusar, según nuestros precedentes, v.g. la sentencia n° 06/2015 originaria de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, supone la protección de un interés que involucra . el más amplió ámbito de la sana e íntegra conformación de la personalidad en el área sexual, en base a la cual puede el adolescente discernir el verdadero sentido y naturaleza de su conducta, para prestar un consentimiento libre y consciente sobre aquellas acciones que puedan afectar su esfera vital..(con cita de la jurisprudencia de la Sala Penal del TSJ de la provincia de Córdoba, caso “Bidondo”, sentencia n° 22 del año 2007, publicada en elDial.com).-

Por su parte, en orden a la conducta típica del “aprovechamiento de la inmadurez”, debe tenerse presente que si bien supone una relación de preeminencia, u otra circunstancia equivalente respecto de la víctima que será analizada en cada caso -seducción real-, todo ello siempre y cuando se descarte una hipótesis de coacción -que haría incurrir al autor en los supuestos contemplados por el

art. 119 del CP- (sentencia citada de esta Cámara en lo Penal, con cita de Donna y Villada).-

Como puede advertirse con facilidad, si en el caso concreto la niña víctima fue abusada antes de los 13 años, en forma reiterada, según la propia hipótesis acusatoria recogida además en la sentencia, la lógica más elemental nos conduce a inferir que resultaría imposible que, luego en la siguiente franja etaria, los medios comisivos "se transformen", de la manera ya esbozada en los párrafos precedentes -aún cuando sabemos que el concepto de "inmadurez sexual" del art. 120 CP, no se asimila sin más a la pura práctica o experiencia sexual, de todos modos aquel resulta de muy difícil compatibilidad con la previa situación verificada, en el supuesto que nos convoca, a lo largo de la infancia de la joven denunciante (en el domicilio familiar donde residía junto a su madre y S., sito en la Vivienda n° , de la calle del Bo. P., de la ciudad de Sarmiento), y que también había formado parte del objeto procesal, dicho segmento fáctico sí encuadrado en el art. 119 CP-.-

De conformidad con lo expuesto, entonces resulta que debe prosperar este agravio y reformular la condena, en la forma descripta, como así también la pena, por vía de consecuencia; sin perjuicio que el embarazo adolescente de V. E. F. -y prueba de ADN con resultado positivo acerca de la paternidad del imputado sobre el niño L. N. F.-, igualmente pueda valorarse como un indicio de cargo en perjuicio del acusado S., con respecto a aquel tramo fáctico primero en orden cronológico, por el que se rechazan en definitiva los agravios de la impugnación ordinaria por "arbitrariedad", como veremos a continuación.-

Obiter dictum, adhiero al criterio expuesto por el Juez Penal Novarino, en el 2° voto, en orden a la reiteración delictiva (art. 55 C.P.), sin perjuicio que en el presente caso ello no altera el resultado de la impugnación.-

III.- Vicios de arbitrariedad en la valoración de la prueba:

si bien es cierto que no se ha producido un informe psicológico forense, que complemente la declaración de la joven víctima en Cámara Gesell, ni por parte de la Lic.. Sánchez que participó en la entrevista, ni tampoco a manos de otro especialista, por fuera de la intervención previa del Lic Gabriel A. Letaif (de los Equipos Técnicos Multidisciplinarios de la Procuración General de la Provincia); sin embargo, y tal como lo hemos sostenido en reiterados precedentes, cuando la versión de la niña resulta clara, en términos de expresión, lenguaje, etc., como en el presente caso, -que nos hallamos frente a una mujer mayor de edad, de 22 años, mamá de dos niños, y que realizó la denuncia por el presente hecho-, entonces se reduce notablemente la necesidad de contar con aquella información adicional, acerca del perfil psicológico de la víctima, dado que es posible valorar el testimonio con toda facilidad de modo directo e inmediato, por parte del tribunal de juicio.-

Adviértase que, en el presente, ni siquiera se convocó al debate a la Lic.. Sánchez quien intervino en la Cámara Gesell, a prestar declaración testimonial, en orden a esta diligencia procesal; sin perjuicio de lo cual resultan aplicables nuestros precedentes, en el sentido que, la doctrina extranjera, justamente, nos informa que en el orden procesal italiano (argumento de Derecho comparado): "...la víctima tiene plena capacidad para testificar, y la fiabilidad de sus declaraciones se deja únicamente a la discreción del tribunal .. incluso cuando el menor ostenta la calidad de víctima continúa siendo fuente de prueba que evidencia al conservar, sin duda, **su plena naturaleza de 'testigo' ...** ninguna norma subordina la utilidad de la declaración del menor víctima de abusos en relación con los cánones de pruebas específicos, tales como ... la ejecución de una evaluación psicológica, dificultando así la evaluación de dicho testimonio, la cual recae **plenamente en la libre decisión del juez** asignado. En cualquier caso, esta

operación no escapa a la obligación de una cuidadosa verificación de la consistencia de la narración...” (cfr. Luca Marafioti, *El menor abusado: víctima y testigo vulnerable*, en la Revista de Derecho Procesal Penal, 2012-Número extraordinario, edit. Rubinzal-Culzoni, año 2012, p. 221, el destacado ha sido agregado al original).-

En las sentencias nº31/10y59/11e entre otras, de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia provincia, el Ministro Pfleger tiene dicho en el mismo sentido, "...que las expresiones de los peritos no ‘prueban’ el hecho, ni 'certifican’ la veracidad de un relato, la locución ‘validar’ con la que es común denotar la conclusión, sirve en todo caso -*y* como ya lo dije antes- para orientar la apreciación que, luego e inexorablemente, deberá formular el Juez...”, y que "... El testigo niño es un testigo ‘especial’ en tanto merece protección ‘especial’; pero no es un testigo calificado, en todo caso sus dichos son obtenidos mediante procedimientos especiales (para su protección) y sometidos a sistemas de validación diferentes que —en interacción- son analizados por los jueces en el marco en que se han expuesto. Pero, y es tautológico, son estos no otros los que otorgan peso a las expresiones del testigo, **menor** o mayor, y no son suplidos por otros órganos cuya experticia también es objeto de tamiz. Me refiero con esto a lo que, quizás impropiamente, llamamos ‘validación’ del testimonio del **menor,** pero que llámese como se llame solamente importan técnicas de abordaje a ese órgano de prueba que, como 'especial’, merece atención en **l**os términos **d**ados...”.-

De manera entonces que, y muy por el contrario de la pretensión del recurrente, en modo alguno se puede concluir que la valoración probatoria del tribunal de juicio, fue “aventurada”, sino plenamente motivada; toda vez que se tuvieron en cuenta además, por caso, testimonios de referencia corroborantes, como ser el de la joven S. K. C., quien inclusive acompañó a la víctima en oportunidad de

intentar, sin éxito, radicar una denuncia policial por los hechos motivo de juzgamiento.-

y todo ello en un marco familiar adverso a la situación de V. E., en razón que algunos de sus integrantes habían tomado partido por el acusado, como lo reveló la deposición de un hermano menor de la víctima, y surge asimismo de las palabras de S. en la audiencia del arto 385 del CPP (cfr. Carlos S. Rego y Pablo A. Salazar, "Hacia una renormativización de los criterios de valoración de la prueba en los delitos sexuales contra NNyA", en la obra colectiva *Jurisprudencia Penal de la CSJN*, **t.** 22, edit. hammurab", Bs. As., año 2017, ps. 231 y ss., Análisis del fallo "Giménez, Félix Rubén ...",14110114:"... la privacidad de la familia no solo posibilita la ocurrencia de abusos sexuales, sino que también tiene incidencia en la prueba del abuso, ya que la intimidad de la familia puede dificultar la prueba de los hechos y, por otro lado, la dinámica de las relaciones entre los miembros de la familia puede llevar a silenciar,o retractar la develación del abuso sexual ... Por otro lado, para comprender la complejidad de la revelación de un abuso sexual, es necesario considerar las consecuencias potenciales para las NNyA una vez que han brindado su relato: algunos progenitores pueden apoyar a las NNyA, mientras que otros pueden llamarlas mentirosas, agredirlas o culparlas. Algunas NNyA incluso pueden ser removidas de sus hogares como consecuencia de la revelación...").-

IV.- Pena: se impone en consecuencia, reducir el monto, no solo por efecto directo de todo cuanto se ha expuesto en el apartado precedente, sino también en razón de la edad y el estado de salud del encartado; aplicando los principios rectores de humanidad, proporcionalidad y reinserción social, en materia de individualización judicial. Tengo a la vista para ello la Carpeta judicial, de la que se desprende que fue intervenido quirúrgicameente en el año 2017, tuvo complicaciones

durante el pasado año 2018, y se halla en su domicilio, por tal razón, sujeto actualmente a medidas de coerción procesal (a título meramente ejemplificativo, se advierte a fs. 249, de la presente carpeta que en fecha 3 de septiembre del año 2018, su médico tratante, Dr. Francisco Ferrari, informó que S. presenta una infección respiratoria en estudio, a requerimiento del tribunal a los fines de reprogramar la cesura).-

Hemos acordado en la etapa de la deliberadón que el cuántum de la sanción adecuada al caso, corresponde sea fijado en diez años de prisión, con accesorias legales y costas (arts. 12,29, inc. 3°, y ccs. del CP) ser objeto de condena, la que quedará limitada al hecho ocurrido en el primer período cuando la víctima contaba con tan solo doce años de edad, que fue suficiente y debidamente acreditado como ya lo dejara sentado en el punto anterior, resultando todo lo ocurrido con posterioridad una evidencia más y de peso corroborante de aquellas primeras conductas.-

Los elementos típicos de cada figura marcan importantes diferencias que se vinculan estrecha e inescindiblemente con aspectos tácticos; aquí fue autorizada la apertura del juicio oral por un hecho consistente en que un día entre los meses de julio de 2010 y Junio de 2011, siendo aproximadamente las 19 hs., V. F., de 15 años de edad, regresó a su domicilio procedente de la casa de una amiga, y el imputado la llevó hasta la habitación y la accedió carnalmente vía vaginal.-

Ninguna otra circunstancia detalla la acusación y la Fiscal para sostener que se trataba de un estupro al concluir solo hizo referencia a la inmadurez sexual en razón de la edad, cuando importa en definitiva una relación consentida, pero un consentimiento viciado por el aprovechamiento de la inmadurez y la seducción real del autor que exige la figura y contra ello apuntó la defensa como estrategia sosteniendo la falta de acreditación de estos elementos típicos.-

El Tribunal al expedirse en términos más gravosos, sin observar las

disposiciones rituales que hacen al resguardo de la garantía en juego, ni tratar la controversia planteada se inclinó por un medio comisivo del abuso sexual que debe estar indispensablemente vinculado a lo fáctico, luciendo en este tramo insuficientes los fundamentos brindados para adecuar el hecho ocurrido en el segundo período en el abuso sexual con acceso carnal y por ello la solución que hemos convenido al deliberar.-

c.- En la dirección que vengo exponiendo y como consecuencia directa de quedar fuera de la condena uno de los hechos reprochados corresponde reducir la pena y hemos coincidido que debe quedar establecida en diez (10) años de prisión-

Si bien el impugnante también critica los fundamentos brindados por los jueces del tribunal para determinar la dosis de pena que aplicaron, queda en claro que ante la solución a la que arribamos, carece de virtualidad atender parte de ellas y solo señalar que le asiste razón en cuanto al mayor peso que debieron adjudicar a las circunstancias personales las que hemos atendido para la composición efectuada. -

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

I. - Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Montenovo. toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias. -

II. - Congruencia: comparto íntegramente el criterio seguido por los colegas que me preceden en el orden de sufragio, en el sentido que no solamente se advierte en el presente caso, una mutación del contenido de la acusación -en su comparación o cotejo con la sentencia de condena, y en lo relativo al tramo fáctico que el Ministerio Fiscal había calificado como Estupro (art. 120 CP)-, sino que la cuestión

excede

V.- Sumo mi voto parcialmente por la afirmativa, a la presente cuestión.-

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

En base al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmerte a la impugnación deducida por la Defensa del acusado D. O. S., contra la sentencia N° 813/18. dictada en fecha 14 de septiembre del año 2018; confirmar parcialmente la sentencia condenatoria mencionada, readecuando la pena impuesta en diez (10) años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de Sarmiento entre los años 2007 y 2013 en perjuicto de V. F. y tener presente la reserva de caso federal.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en 25 rus (Ley XIII, N° 15i modificatoria de la Ley XIII N° 4 (antes Ley 2.200).-

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

En orden al resultado al que se arribara por unanimidad en la deliberación de la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por el colega que vota e primer término y que se dicte pronunciamiento en dichos

IV. términos.-

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

Voto en igual sentido por compartir los argumentos expuestos por los preopinantes.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas

definitivamente este Tribunal por unanimidad,

RESUELVE:

1°) **HACER LUGAR** parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **D. O. S.,** contra la sentencia N° 813/18, dictada en fecha 14 de septiembre del año 2018 (arts. 374 y 382 y ss. delCPP).

2°) C**ONFIIMARR** parcialmente la sentencia condenatoria mencionada, readecuando la pena impuesta en diez (10) años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3° del CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de Sarmiento entre los años 2007 y 2013 en perjuicio de V.F..

3°) **TENER** presente la reserva de caso federal.

4°) **REGULAR** los honorarios profesionales de la Defensa Pública en 25 jus (Ley 15, modificatoria de la Ley XIII**N** 4 (antes Ley 2.200).—

5°) Cópiese, protocolícese, notifíquese. ----------

VI.

Guillermo A. Miller
Juez
Cámara en lo Penal

MARTIN R. MONTENOVO
PRESIDENTE
CAMARA EN LO PENAL

DANIEL LUIS MARIA PINTOS
JUEZ
CAMARA EN LO PENAL