En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los veintinueve días del mes de octubre del año dos mil veinte, se reunieron en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Rafael LUCCHELLI, Leonardo Marcelo PITCOVSKY y Flavia Fabiana TRINCHERI, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **"B., M. T. S/ Denuncia Abuso Sexual S/IMPUGNACIÓN" Carpeta N° 7668; Legajo Fiscal N° 61067MPF, Expte. 09/2020CPPM,** seguidos contra el imputado: **D. A. H.**, argentino, nacido en Neuquén, el día 18 de febrero de 1969, con domicilio en X Comercio X casa X de esta ciudad, DNI X. Ello, en virtud de la IMPUGNACIÓN ordinaria interpuesta por el Defensor Particular Dr. F. G. contra la sentencia registrada bajo el N° 1081/2020OFIJUD suscripta por el Tribunal integrado por los Jueces Penales Dras. Marcela Pérez, Patricia Reyes y Dr. F. Marcelo Orlando quienes condenaran a D. A. H. como autor penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE en carácter de autor (Arts. 119 tercer y cuarto párrafo inc. f) y 45 del Código Penal) a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Arts. 12, 29 inc. 3°, 40 y 41 del CP, por los hechos ocurridos en el año 2012, en esta ciudad, en perjuicio de la menor A.T.B.

Intervino la Sra. Fiscal General Dra. M. A. C., el Defensor Particular Dr. F. G. y el imputado D. A. H. – ello por sistema Webex-

Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY, Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI y Dr. Rafael LUCCHELLI.

Los agravios traídos por la Defensa y su contestación por parte de la Fiscalía son los siguientes:

El Dr. G. expresa como primer motivo de agravio, la falta de acción, por entender que se llegó a una condena sin que se encontrara instada la acción penal.

Afirma ser un hecho no controvertido la constancia mediante instrumento público, exhibido y ratificado por la agente V., que luego de ser explicada sobre el alcance la Srta. A. B. manifestó que no quería instar la acción penal.

Expresa que la Juez Pérez lo descarta indicando que la madre al día siguiente fue a hacer la denuncia y no la hizo, que la víctima participó de la cámara Gesell, del psicodiagnóstico, y además existió intervención de la Asesoría.

Contra ello la defensa en su escrito argumenta: a) Que la víctima luego de ser explicada de los términos de instar la acción, dijo que no lo quería hacer y que sólo quería que "quedara asentado" sic. b) Que la madre quiso hacer la denuncia, pero lo cierto es que no la hizo. c) Que no se escapa que las diligencias –cámara gesell y psicodiagnóstico fueron exigidas por los investigadores, pero lo cierto y concreto es que lo fueron sin estar instada la acción. d) Que la vocal refiere la intervención de la Asesoría sin que presentaran prueba alguna, introduciéndola la sindicatura de manera proscripta.

Marca que la Dra. R. – a fs. 38- señaló que una vez instada la acción es irrelevante la denuncia del agraviado, sumando la necesidad de interpretación dentro del contexto de la Convención de los Derechos del niño y de la intervención de la

Asesoría de menores en el proceso; señalando –el Dr. G.- que nadie discute la apertura de la instancia sino si ella en el caso aconteció.

Dice haber advertido en los alegatos del Debate que la instancia de la acción no merece mayores formalidades que una genérica denuncia, pero que resulta diferente cuando en esa y ante un órgano especializado, con total libertad, la víctima manifiesta expresamente que no, que quiere que solo "quede asentado".

Expresa que el Presidente del Tribunal realiza las mismas consideraciones, por lo que esa Defensa agrega: que el respeto a la víctima implica acatar su voluntad, en el caso no instar la acción por los conocidos fundamentos que sustentan el instituto de la acción dependiente de instancia privada.

Señala que quizás el Dr. Orlando trajo a la luz la reticencia de la víctima al transcribir en su voto los dichos de la Lic. P., sobre la dificultad de asistencia a entrevistas pautadas, y la manifestación de enojo o fastidio en la concurrencia al Ministerio Público Fiscal.

Apunta el impugnante que existe manifestación expresa de no querer instar la acción además de la reticencia a concurrir ante los funcionarios, por lo que no se puede concluirse que la misma se encuentra instada. Así afirma, que el Tribunal la sostiene bajo un concepto paternalista que excede la propia naturaleza y fundamentos jurídicos del instituto en esta clase de delitos, por lo que no estando instada deviene la imposibilidad de juzgamiento solicitando el sobreseimiento de Sr. J. H.

Seguidamente denuncia arbitrariedad de la sentencia y de ello indica que se cuestionó el hecho esbozado por la acusación que sintéticamente reproduce: a) Porqué se hizo la denuncia cinco años después de acontecido el hecho. b) El periodo temporal solo puede abarcar el 2012. c) Porqué al ir a Mar Del Plata con la familia

H.- B. en Julio de 2012, donde la dejaron 15 días para ir a Buenos Aires, la menor no contó nada a su madre, encontrándose en periodo de los hechos; y decidió volverse con ellos. d) Qué alcance merece la declaración del único testigo presencial S. H., e) Qué injerencia posee el abuso denunciado respecto del Sr. C. P. y la conducta de la madre de A., Sra. C. B. f) Qué explicación tiene que en el periodo denunciado de abuso su rendimiento escolar se optimizó y fue por primera vez satisfactorio. h) Qué relevancia poseen las pericias psicológicas contrapuestas en cuanto a la credibilidad del testimonio de A.

Sobre ello dice que el primer voto se construye en la transcripción de los medios de prueba obtenido, dándole mayúscula relevancia a la declaración de la menor, sosteniéndola en la pericia de la Lic. P., deslizando un descrédito a la perito de Parte y obviando prácticamente la declaración de S. H.

Manifiesta que la Dra. R. introduce numerosa doctrina en la materia y asienta la responsabilidad de H. en la declaración de la víctima prescindiendo del análisis de la pericia de S. y del testimonio de H.; utilizando – dice-, el Dr. Orlando un mecanismo similar.

Argumenta que el punto de partida lo constituye, el análisis de si alcanza el testimonio de la víctima en soledad para sustentar el veredicto de culpabilidad, pues las pericias psicológicas resultan divididas en cuanto a la credibilidad.

Indica que las circunstancias de tiempo y lugar nunca podrán ser controvertidas por quienes habitaban el domicilio –imputado, cónyuge e hijo-, más comienzan las discrepancias con el testimonio desestabilizante del testigo presencial S. H. quien refirió que nunca podrían haber sucedido los hechos sin que él se hubiera dado cuenta. Resalta que no resultó desvirtuado por los sentenciantes, ni se dio respuesta tampoco al análisis respecto de la ida a Mar del Plata de la menor con la

familia H.-B. quienes la dejaron 15 días, pero ella no le contó a su madre y decidió regresar con ellos.

Explica que no alcanzan para descartar los argumentos de la Defensa la cita de doctrina y fundar con base en la "vulnerabilidad", ello sumado al óptimo rendimiento escolar en el año 2012, cuando destacados autores sostienen, como regla, que el descenso escolar es compatible con situaciones de abuso.

Alega que no se entiende, ni fue desvirtuado, porqué estando en pareja cinco años después del hecho denunciado continuaba visitando a sus tíos y compartiendo veladas como si nada hubiera pasado, y luego, cuando le quitan el departamento en el barrio X viviendas –episodio de 2017, tomó la decisión de hacer la denuncia por un hecho de hace cinco años, y cuando la hace, lo fue por iniciativa de su pareja y bajo condición que sólo quede asentada y que no se prosiga.

Apunta que las reglas más estrictas de prudencia aconsejan la presencia de un testimonio muy particular sujeto a valoraciones exhaustivas que de manera alguna se satisfacen soslayando el tratamiento de situaciones conexas y fundadas en soledad en una pericia controvertida.

Seguidamente plantea la nulidad del juicio por considerar violentada la garantía de inmediación, conjuntamente con las previsiones del art. 3 del CPPCH, y lo establecido en el art. 376 inc. 4, en cuanto su inobservancia constituye motivo expreso de impugnación formal configurado en este caso por violentarse los plazos de continuidad del juicio; que resulta claro el art. 316 de dicho ordenamiento respecto que el juicio no podrá suspenderse por más de 10 días corridos, afirmando que la Cesura (art. 304) constituye parte del juicio.

Agrega que en el caso el veredicto de culpabilidad se celebró el día 04 de marzo y la audiencia de cesura el día 26 de junio del 2020, 3 meses y 22 días después.

De no tener acogida favorable los anteriores, dice que la sanción debe ser corregida pues a su criterio el punto de partida para determinar la pena debe ser el mínimo de la calificación escogida, y el máximo fijado por la pretensión punitiva solicitada. Advierte que no obstante ello, el primer votante se aparta y esboza que estará comprendida entre 8 y 20 años, independientemente de considerar como punto de partida el mínimo.

Critica que a pesar de haber tasado las mismas atenuantes los demás miembros llegan a igual conclusión e imponen 10 años, por lo cual su apreciación resulta infundada, o en su caso, la de la mayoría del Tribunal.

Entiende que otro aspecto tenido en cuenta es la vulnerabilidad de la menor conocida y aprovechada, extremo que remarca la Dra. Reyes Allí se pregunta si las relaciones preexistentes no resultan incluidas en el tipo escogido y atentan contra el principio de legalidad por imponer doble valoración.

Por otro lado, alude a que se invocó como agravante el daño sufrido atento la pluralidad de episodios, señalando que éstos se encuentran en una nebulosa producto de las imprecisiones, tanto del relato como de la exagerada plataforma temporal de la acusadora, que dice mereció acotamiento.

Discrepa respetuosamente en el alcance otorgado a la extemporaneidad de la sanción, lo que merece ser considerado atenuante dado que la misma aparece ocho años después del acometimiento del hecho y tal circunstancia resulta avalado por doctrina. Hace reserva del caso Federal.

Por su parte la Fiscalía en su escrito pide se rechace la impugnación por ser la sentencia atacada producto de un razonamiento lógico y armonizador de toda la prueba ventilada en el Debate.

En cuanto a la falta de acción aludida por la Defensa dice que los jueces fueron claros en rechazar la pretensión. Cita fragmento del voto de la Dra. Pérez quien para

descartarlo parte del análisis de los actos que se fueron produciendo desde la denuncia hasta la cámara gesell concluyendo que surge de forma unívoca que la voluntad de A. y su madre era denunciar los hechos a la autoridad competente y participar en la investigación. Además la valoración del testimonio de la agente V. que tomó la denuncia y que ésta dijo recordar que ella –la víctima- se lo había contado al novio quien le requirió haga la denuncia, y al explicarle los alcances y significado de instar la acción contestó que no quería hacerlo, recordó que la madre no tenía conocimiento pues dijo no tener confianza pero se comprometió a hablar.

También tuvo en cuenta la sentenciante los dichos de la madre quien en enterada de los hechos concurrió a hacer la denuncia en base a su potestad de instar la acción, siéndole vedado pues le dijeron que ya estaba hecha. Que si bien la menor no deseaba instarla al momento de la denuncia participó del examen psicodiagnóstico y de la cámara gesell. Que no obstante la reticencia de la joven y su madre señalada por la Lic. P., ésta última le marcó que era un proceso que ella había iniciado y que era necesario contar con su participación para la pericia, lo que ayudó para que la joven se adaptara al espacio. Dice que de esto se descarta que A. fuera conminada como afirmó la Defensa, por lo contrario, comprendió la necesidad de participación.

Apunta que la Magistrada resaltó que la instancia es un beneficio de la víctima, que con su participación demostró su voluntad de avanzar en la investigación, por lo que la omisión de la formalidad se encuentra salvada con su efectiva intervención y con la voluntad manifiesta de su madre en el debate, además de la intervención del Asesor de menores.

Cita el voto de la Dra. R. en cuanto a que una vez que se ha manifestado la víctima el ocultamiento del hecho ha quedado sin efecto y la denuncia resulta

irretractable y los órganos jurisdiccionales están obligados a avanzar en la investigación contra todos los que hubiesen participado, es decir la víctima no puede detener el avance del proceso, si este hubiera sido el caso. Por lo que hacer lugar a lo planteado por la defensa importa desconocer los nuevos paradigmas de la administración de justicia y debida diligencia haciendo depender de la frase sacramental "deseo instar la acción" para el acceso a la justicia, citando jurisprudencia al respecto y remarcando que se ha consagrado ello como una prorrogativa a favor de la víctima y nunca como una garantía acordada al imputado.

Dice ser conteste con los demás el voto del Juez Orlando quien remarca que la misma Defensa ha dicho que instar la acción no se encuentra sujeto a estrictas formalidades. Que el proceso se activa a partir de la denuncia formulada por la Srta. B. ante la Comisaría de la mujer. Que la expresión de la víctima de denunciar los abusos siendo menor "no desear instar la acción" no puede ser invalidante y habilita al Ministerio Público a su ejercicio.

Aclara que el Judicante aduna a ello que la damnificada al declarar en cámara gesell, y a partir del psicodiagnóstico practicado efectuó nuevamente el relato de los hechos ocurridos y de los cuales resulta víctima, siéndolo cuando era menor de edad por lo que adquieren relevancia los dichos vertidos por su progenitora C. B. Ésta en el marco de su declaración testimonial dio cuenta del anoticiamiento del hecho de parte de su hija como así de su voluntad de radicar la denuncia pero que concurrió y fue informada que la misma ya había sido interpuesta.

Además, que se encontraba acreditada la intervención de la Asesoría de Menores por lo que sus derechos ya se encontraban resguardados desde el inicio del proceso con total legitimación de los órganos intervinientes a partir del anoticiamiento del hecho formulado por la víctima ante autoridad competente.

Concluye que el tribunal citó senda jurisprudencia como asimismo la normativa que protege el interés superior del niño, y que la clara voluntad de la víctima de participar en el proceso se vio demostrada al denunciar los abusos sufridos por parte de su tío y participar en los demás actos, siempre con el conocimiento de su progenitora y la Asesoría, por lo que mal puede argüirse que no está instada la acción.

Al responder el agravio de la defensa sobre arbitrariedad de la sentencia comienza por la crítica de que la denuncia se realiza cinco años después de los hechos. Cita el voto de la Dra. Pérez, conteste con los demás colegas en cuanto a la develación no suele ser inmediata, y que en el caso se produce cuando la joven contó con un sostén afectivo que le permitió que ello saliera a la luz.

La Dra. C. agrega que a esta altura de la historia ello no puede cuestionarse más pues quien sufrió un abuso atraviesa un infierno y no todas las personas están preparadas para contarlo, el relato y la denuncia es claramente el re experimentación del suceso traumático.

Considera que los interrogantes de la Defensa fueron abarcados y contestados por los jueces, que la defensa los sobrevuela muy por encima en sus críticas entendiendo que debió profundizar. Cita el voto del Dr. Pflegger en cuanto la diferencia entre criticar y disentir y que quien recurre debe demostrar la evidente incorrección que han cometido los sentenciantes, descalificación que justifique modificar lo resuelto.

Expresa que el Dr. G. dice que la Juez Dra. Pérez otorga mayúscula trascendencia a la declaración de la menor y trayendo cita del párrafo donde ésta lo analiza, establece que la pregunta que debería hacerse es porqué los sentenciantes

no le darían primordial atención y considerarían los dichos de la víctima; ello cuando los operadores del sistema saben que en estos llamados delitos “de alcoba” la declaración es un pilar fundamental para la probanza de los hechos del relato y es un indicador específico de ASI.

Señala que en su declaración relata circunstanciadamente los hechos de abuso a los que fuera sometida por el imputado y seguidamente trae fragmentos de lo que la víctima pudo contar en cámara gesell.

Aclara que las declaraciones prestadas bajo dicha modalidad deben ser confrontadas y completadas por el correspondiente psico-diagnóstico. Que en dicha senda la Licenciada P. manifestó que hubo coherencia en la presentación de la víctima, que como se presentó en la gesell lo hizo en las entrevistas: de modo irascible de reaccionar, cuando respondió casi gritando, con relato coincidente, aportando detalles y manifestando cómo se sentía, contando que las escenas de abuso se perpetuaban en el tiempo y ella no oponía resistencia, en definitiva, ponderándolo como un relato creíble.

Al referirse al descrédito mencionado por el Defensor sobre la Licenciada perito S., con cita del voto de la Dra. Pérez, donde analiza la actuación de ambas, la Juez da cuenta el porqué lo descarta al decir no haber advertido un análisis integral por parte de la misma que vincule las características de personalidad de A., con su relato, sino que efectúa una mera constatación de criterios preestablecidos.

Afirma que yerra el defensor si cree que sólo en la declaración de la víctima se establece la culpabilidad de H., dado que es ello más el psicodiagnóstico conjugado con todas las restantes piezas probatorias ventiladas en el debate y que confirman la teoría del caso presentada por esa acusadora.

Niega el cuestionamiento de la Defensa sobre que se ha desechado el testimonio del hijo del imputado S. H., y hace cita de un párrafo de la Dra. Pérez donde ese es valorado con la restante prueba.

Del cuestionamiento sobre la vulnerabilidad de la víctima que denuncia el Dr. G. y que se echa mano a doctrina genérica y fundamentación aparente, dice que se equivoca pues afirma que si algo quedó probado fue la vulnerabilidad de la misma, lo que no era desconocido por su agresor. Cita doctrina al respecto.

En relación al agravio sobre la nulidad del juicio por considerarse violentada la inmediación, dice que el Defensor parece desconocer la situación de pandemia que se ha transitado, que el Tribunal tramitó la queja y resolvió vía incidental a su criterio en forma correcta. Agrega que lo cierto es que el debate se desarrolló sin interrupción y se dictó veredicto de responsabilidad respecto a H.

Explica que transcurrido el cual se fijó audiencia de cesura de pena y un día anterior a la fecha se dispuso la suspensión por la pandemia decretada por la OMS en razón del COVID 19, que generó una decisión jurisdiccional tanto por el Superior en consonancia con el poder ejecutivo, la feria extraordinaria, entendiendo que ello no le causó perjuicio al imputado, señalando la etapa en que se encontraban, que solo restaba la cesura de pena, y lo cierto es que dicha suspensión se debió a una causa extraordinaria con impacto en la sociedad toda.

Aduna que el Tribunal citó numerosos precedentes en donde trascurrido tiempo entre el veredicto y la cesura llegando al Superior Tribunal de Justicia, que fue el propio defensor quien se negó a hacerla vía Webex y que lo cierto es que no hay nulidad sin agravio concreto, por ello considera que no debe tener acogida favorable dicha petición.

Al respecto de la crítica sobre la pena afirma que la misma ha sido correcta y que los Jueces han merituado atenuantes y agravantes para determinarla operación que se hizo a la luz de los art. 40 y 41 del CP. Por todo ello solicitó se rechace la impugnación impetrada y se confirme la sentencia en todos sus términos.

Llevada a cabo la audiencia del art. 385 del CPP, ambas Partes ratificaron sus escritos y oralizaron argumentos en igual sentido que los contenidos en éstos. Ellos se encuentran en su integridad en el audio de la audiencia al igual que la declaración del imputado quien en apretada síntesis dijo ser inocente y luego relató la buena relación que tenía con la víctima quien junto a su novio iban a su casa, originándose el inconveniente cuando se quedan en la calle, que existen videos y fotos de los encuentros y que él no le tocaría un pelo a nadie.

La base fáctica de la Fiscalía, es el siguiente: *"Que durante los años 2011 y 2012 la joven S.T.B. tenía 11 y 12 años respectivamente y vivía en el domicilio de sus tíos D. H. y A. B., sito en Bº Comercio X casa Nº X de esta ciudad. Que una noche durante esos años, alrededor de las 20:00hs., en circunstancias en que la niña se encontraba viendo televisión en el comedor en la planta baja de la vivienda con sus primos, y su tío D. H. se encontraba arriba en su dormitorio, este la llamó diciéndole que le llevara sus cigarrillos. La niña subió y su tío le dijo que le chupara las partes íntimas y que tendrían sexo amenazándola con pegarle, situación ante la cual, la niña accedió a practicarle sexo oral a su tío. Que estos hechos de abuso sucedieron muchas veces, aproximadamente con una frecuencia de día por medio, y que siempre sucedían en su dormitorio y en su propia cama. Que en otras oportunidades su tío comenzó a penetrarla vaginalmente, y la niña accedía porque tenía miedo que su tío la golpeara. Que estos hechos siempre sucedían por la noche cuando su tía se iba a estudiar a la Escuela Nº X y hasta que su tía dejó de estudiar".*

Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV Nº 9, antes Nº 5478).

EL Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo:

La presente Carpeta llega a esta Cámara en lo Penal, ante el recurso de impugnación presentado por el Sr. Defensor, Dr. F. G., contra la sentencia que condena a su representado, D. A. H., a la pena de 10 años de prisión, en orden al delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente, en contra de la menor A. T. B., por los hechos ocurridos en esta ciudad de Puerto Madryn en el año 2012.

Los motivos de la queja de la Defensa y el responde de la Fiscalía se encuentran volcados al principio, los que también obran en el audio correspondiente, por lo que en honor a la brevedad al contenido de los mismos me remito.

El primer punto de agravio que trae el Sr. Defensor, radica en que el decisorio que critica es nulo, en tanto el proceso y sentencia producto de aquel se han practicado sin haberse instado la acción penal tal como corresponde en derecho. (Art. 72 del CP).

Conforme se ha acordado luego de la deliberación, hemos entendido y así lo he de plasmar, que dicha petición no ha de tener favorable acogida. Si bien se advierte que la presentación fue extemporánea (Art. 294 p.2 y 54 del CPP), merece igualmente la atención de esta Cámara, tal como lo fue para el Tribunal de juicio, pues, cabe destacar también, precluída la etapa, sólo las excepciones que se funden en hechos nuevos podrán ser interpuestas dentro de los cinco días de la convocatoria

al juicio, punto que tampoco se observa ha ocurrido en la presente. (Art. 305 del CPP).

En relación al tiempo de presentación de la excepción, cabe la mención de lo dicho por el Ministro en la ocasión, Dr. Jorge Pfleger, en causa: "M., F. s/ abuso sexual" Expte. 19.700/2004: "*Sentado lo expuesto debe necesariamente atenderse a que la denuncia que trajo la defensa para poner en crisis la sentencia, llegó después de que se investigaron y ventilaron todas las circunstancias relacionadas con la acusación, con repetidas exposiciones de la menor y su familia al conocimiento de personas extrañas al contexto familiar... Ello, constituye una circunstancia que diluye el fin buscado por la norma invocada y por ende inhabilita cualquier crítica con ese fundamento*.".

Ingresando ya al tratamiento del asunto, además de adelantar la total y absoluta coincidencia con los argumentos aportados en sus votos por mis colegas de la Cámara y por los del Tribunal de juicio, he de señalar en calidad de introito la especial referencia a los derechos que las víctimas han adquirido en nuestro proceso desde su reformulación legislativa, y, acompañando esta nueva tutela, desde las reglas incorporadas por nuestros constituyentes a nuestra Constitución Provincial y Nacional del '94, la incorporación de los derechos de los niños y niñas con la irrestricta garantía de acceso a la justicia para lograr una respuesta efectiva a sus reclamos, reflejada distintivamente en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, por lo que su atención prevalece por sobre cualquier duda o mecanismo procesal que pretenda coartar dichos derechos. Como ha quedado expresado en nuestra doctrina penal, "*la acción es el núcleo esencial del derecho. Tener derecho es tener acción. Allí donde hay un derecho sin acción, hay un no derecho, por la imposibilidad de solicitar a la jurisdicción su reconocimiento*." Abel Fleming – Pablo López Viñals. "Garantías del imputado" –la acusación particular- Página 586.

Es sabido, además, que iniciar la instancia a pedido de la víctima o sus representantes "*encuentra su sentido y justificación en la especial protección al decoro, a la intimidad, al secreto profesional y familiar del damnificado, para evitar que sucumban ante el escándalo o estrépito que producen.* (Del voto del Dr. Jorge Pfleger en expediente de mención.)

Como antes se observara, la presentación por parte de la Defensa lo fue en el tramo final del juicio, por lo que la protección de la norma en pos de la víctima, para no ejercer la instancia, indudablemente había desaparecido, en tanto, además de la niña, no solo la madre estaba en conocimiento y había participado del conflicto, sino también profesionales médicos y licenciadas en psicología, al llevarse adelante varias medidas procesales con la presencia de la menor, tal como aparece del decurso del proceso.

En "Doctrina Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba", volumen I, Editorial Depalma, año 1983, página 7, Barberá de Risso, se apunta: "... *Pero si el motivo determinante de la ley –en acciones dependientes de instancia privada- ha sido, en beneficio del ofendido, evitar el escándalo que suma a la ofensa del delito su publicidad, una solución contraria no lo remedia. Si todo el proceso se ha ventilado y ya ha trascendido lo que puede evitar una decisión contraria, declarar nulo el pronunciamiento, sólo provocaría la impunidad de los declarados culpables, y en manera alguna beneficiaría a la menor...".*

En definitiva, debo subrayar que la puesta en conocimiento de los hechos por parte de la menor ante la autoridad policial no ha sido un simple anoticiamiento en formulario vacuo, por mandato de un tercero, que no reuniría, a juicio de la Defensa, las condiciones de procedibilidad para iniciar el curso de una investigación,

sino que, por el contrario, ha sido una declaración denunciando la comisión de un delito, volcado en acta que presenta a todas luces las características de instrumento público de denuncia, y, por ende, documento de cuyo contenido y formalidad se aprecia reúne las condiciones de promoción de la instancia y consecuente investigación penal.

No sólo desde esta formalidad legal se advierte la procedibilidad, sino también, a partir de la participación de la menor en el proceso, y, particularmente, cuando refiriera en Cámara Gesell, sobre su relación con su primo, relato que vale la transcripción: "…*Después de la denuncia no me hablé más con él (en relación al inculpado), solamente ayer me habló el hijo, me habló ayer a la noche S., que me dijo que era todo mentira, que yo le había hecho una denuncia y yo me cansé que me diga que era todo mentira y le dije, sabes que S.?, si queres juntémonos para hablar y te cuento toda la verdad, porque vos no sabes nada de lo que hizo tu papá le dije, vos no estas enterado de nada, parece que vivís en una burbuja, que le crees solamente a tu papá las mentiras que te dice tu papá y no es así,* ***porque si eso fuera mentira, para que voy a hacer una denuncia, es al pedo, pero no****."*. El destacado me pertenece.

La presencia de la madre de la menor víctima en la dependencia policial al día siguiente a la denuncia presentada por aquella, para radicar su propia denuncia, más allá que la misma no pudo asentarse por decisión de la autoridad prevencional, demuestra claramente la voluntad de la víctima y de su madre de llevar adelante un proceso penal en contra del imputado.

Conforme vengo de expresar, advirtiendo que se ha dado cumplimiento a los recaudos que la Ley exige para dar inicio y curso al proceso investigativo (art. 72 del CP), voto entonces por el rechazo al pedido de falta de instancia interpuesto por el Sr. Defensor.

El segundo punto de ataque a la sentencia, estuvo dirigido en convencer a esta Cámara, que la prueba de cargo no era suficiente para condenar a H., decisorio que además de no atender la prueba de descargo presentada por esa Parte, tampoco lo hizo respecto de los propios dichos de su representado, quien ha expuesto su ajenidad en los hechos denunciados, agregando el Profesional, que no ha quedado claro tampoco, con la precisión que una debida defensa requiere, la fecha de acaecencia de los sucesos, ciertamente, a partir de las manifestaciones de la propia denunciante. En cuanto a la cuestión relacionada a los criterios de credibilidad del relato de la menor, puntualizó que se contraponen los informes presentados por las psicólogas P. y S., por lo que solicitó, en razón del beneficio de la duda, su absolución.

Como antes referenciara, la exposición integral del alegato impugnativo se encuentra al principio, por lo que daré razones a continuación de los motivos que me llevan a rechazar la apelación.

El primer dato relevante para el arribo a esta conclusión, más allá que más adelante haré mención a los sufragios de los sentenciantes, fue haber oído a la menor en Cámara Gesell. Se aprecia prístinamente de dicho relato un lenguaje directo, sin cortapisas sobre las maniobras sexuales a la que había sido sometida por el agresor. Detalló el espacio donde acaecían los hechos, y, particularmente, la manera en que era citada a su corta edad por el inculpado en cada encuentro de contenido sexual, demarcando con precisión los artilugios que utilizaba H. para lograr el arribo a su espacio en la vivienda, los horarios y el tiempo calendario en que no se encontraba la esposa (cursaba el secundario nocturno), para luego someterla sexualmente.

No advierto de dicho testimonio ningún elemento que permita dudar de su veracidad.

Sin perjuicio de ello, confrontando los informes que sobre su crédito han presentado las profesionales, sin dudas, tal como lo transmitieran los Jueces del debate en su sentencia, el prestado por la Lic. P. refleja en sus conclusiones la ausencia de mendacidad en el relato de la niña, informando el modo en que se hace el análisis de validez de lo narrado por la joven a través de las entrevistas y de la Cámara Gesell, discurriendo sobre las capacidades cognitivas y emocionales de la joven, pudiendo determinar a través de los criterios del CBCA, que estaba ante un relato creíble, no estructurado, detallando las situaciones de abuso, con sus características, repitiendo situaciones con mucho enojo e irritabilidad, siendo todo ello indicadores de abuso sexual infantil.

En clara contraposición aparece el informe presentado por la Lic. S., con un desarrollo que se advierte parcial, con ausencia de un contenido de evaluación más profundo, que además no pudo confrontarse en el juicio con la presencia de la licenciada, perdiendo a mi criterio relevancia sus conclusiones como consecuencia de lo advertido, particularmente respecto del testimonio de la menor y su credibilidad. La categórica evaluación presentada por la Licenciada P., culminada en forma suficiente y precisa, con el rigor técnico científico requerido para evaluar circunstancias propias de hechos como el denunciado en el presente, explicando en debate los motivos de porqué arribada a dicho desenlace, debe, sin hesitación, sopesarse la decisión sobre el tópico, en favor de lo presentado por ésta profesional, por sobre la exposición escrita hecha por la Lic. S.

En esa misma línea de pensamiento fue bien analizado también por los Magistrados del juicio.

Sobre el tópico en examen, corresponde la mención del voto de la Jueza Pérez, al referir: "*Encuentro que el análisis efectuado por la Lic. P. ha resultado integral, valorando la declaración con los aspectos de su personalidad, historia de vida y vulnerabilidad. Ha concatenado las características de personalidad que marcó reflejadas en la Cámara Gesell, su desprotección y sus vínculos cercanos, lo que resulta corroborado por la restante prueba testimonial. Por el contrario, no he advertido un análisis integral por parte de la Lic. S., que vincule las características de personalidad de A. con su relato, sino que efectuó una mera constatación de criterios preestablecidos. En consecuencia, por resultar sin una adecuada fundamentación he de apartarme de las conclusiones de la Lic. S.*.".

Otro dato a tener en cuenta ha sido el testimonio de la madre de la niña, que en voz de los Jueces, y en correcto análisis de situación de su vida, expresaron que la progenitora de A., M. del C. B., narró cómo se enteró de lo sucedido a través del relato de su yerno (en aquel tiempo), advirtiéndose de la declaración de la señora B. un alto grado de vulnerabilidad y confusión temporal en el relato de episodios del pasado, que le ha dificultado la reconstrucción de lo conocido en boca de A., confundiendo por momentos episodios de ésta con los de su otra hija; testimonio que, en definitiva, les permitieron advertir el estado de vulnerabilidad en que había transitado la infancia A., cercana a ser institucionalizada, por haber vivido en distintas casas, en diferentes ciudades, con múltiples familias.

En cuanto a la develación del hecho en sí, cabe destacar finalmente lo declarado por la Sra. E. M. V., empleada policial que trabajaba en la Comisaría de la Mujer.

Indicó que la menor se presentó sola, sin compañía de un mayor, con ánimo de denunciar un presunto caso de abuso sexual, agregando que previa charla con su

novio sobre el asunto, tomó la decisión de denunciar que el tío de ella la había abusado sexualmente, hechos que habían sucedido 5 años antes, aproximadamente, cuando tenía entre 10 y 11 años de edad, oportunidad en que convivía con su tía, la pareja de su tía y dos primos de ella, puntualizó la testigo; destacando a su vez, de aquel testimonio prestado por la joven en la Comisaría, los detalles que brindaba de los hechos de abuso y la terminología directa utilizada al describir cuando era obligaba a mantener relaciones y los distintos abusos sexuales.

Estos términos francos, observo, han sido expresados también en su declaración en Cámara Gesell.

Dando también respuesta a la crítica relacionada a la falta o incorrecta evaluación de los testimonios que favorecerían la desincriminización de H., se observa que los sentenciantes consideraron dicha prueba traída, más también fueron evaluados los dichos del imputado, dichos exculpatorios que analizados, no arrojaron el valor de convicción suficiente para contrarrestar la prueba de cargo que existía contra él, por lo que, en consideración de lo que vengo de exponer, entiendo que debe también rechazarse la impugnación presentada sobre el punto que se viene de evaluar.

Finalmente, previo a abordar la cuestión relacionada a la pena impuesta, respecto al lapso temporal en que sucedieron los hechos, los jueces correspondieron a esta observación de la Defensa, siendo menester, para responder el asunto, lo que la propia Jueza Pérez signó: "*respecto de la acusación formulada, tal como señalara la Defensa, toda vez que, de acuerdo a la prueba ventilada, los hechos han sucedido durante el año 2012, cuando A. contaba entre 10 y 11 años. Por otra parte si bien se han acreditado una pluralidad de sucesos, la frecuencia de día por medio no pudo ser corroborada con dicha precisión, pero sí que fueron múltiples ocasiones a lo largo del ciclo lectivo de su tía"*(sic); por lo que este escenario temporal ya fue

zanjado en la sentencia sin menoscabo a los derechos del inculpado, quien en forma suficiente conocía los hechos por los que resultó ser investigado y condenado.

Si bien la calificación legal escogida no ha sido cuestionada, se desprende de la conducta llevada a cabo por el encartado, que dicho ilícito proceder debe ser enmarcado, como bien se hizo, dentro del artículo 119 tercer y cuarto párrafo inc. f, esto es, Abuso sexual agravado por el acceso carnal y por haber sido cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente. Respecto a la sanción impuesta, atento la queja de la Defensa, deviene el repaso de los votos de los Jueces. La Dra. Pérez puso énfasis en el inicio, que, en la individualización de la pena, aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas al momento de fijar el monto punitivo, so pena de incurrir en doble valoración, tales como la edad de la menor y la situación de convivencia. Como consecuencia de ello, estimó como agravantes conforme las pautas que regula el Código Penal, la vulnerabilidad de A., en cuanto a su historia de vida. Que era una niña que no contaba con un grupo familiar continente, expresó, que se sentía excluida de los hogares, siendo su referente en esos momentos su tía, esposa del abusador, por lo que se encontraba en una situación de desprotección conocida y aprovechada por el imputado para someterla. Se refirió a las secuelas como parámetro significativo en relación al daño sufrido, resaltando que el abuso sexual infantil resulta ser un trauma psíquico intenso con consecuencias destructivas para las estructuras de la personalidad en formación, tales como baja autoestima, irritabilidad y responsabilizarse por no autoprotegerse. Adunó como agravante la pluralidad de episodios acaecidos a lo largo del año, durante el cual los abusos se prolongaron, lo que implica un mayor reproche, culminó. En cuanto a las atenuantes, analizó que sólo la falta de antecedentes penales le caben para atender la pena a imponer.

El Dr. Orlando, en la misma línea de pensamiento, descartó como agravantes aquellas circunstancias atrapadas en el tipo penal, pues, de lo contrario, asumió, su ponderación implicaría claramente afectar el principio de legalidad. En cuanto a su posición, al efectuar un análisis acerca de la extensión del daño causado, evaluó el informe psicológico de la Lic. P., por los efectos que han provocado los abusos sexuales en la menor, el estado de parálisis que le provocaban los mismos al momento de llevarse a cabo los hechos, y la sensación de baja autoestima, irritabilidad y enojo de no contar con recursos para hacer frente a esas situaciones.

Que también debe ponderarse, añadió el Juez, la extensión temporal de los episodios, que fueron en más de una oportunidad, durante el año 2012, agregando como agravante la situación de vulnerabilidad en la que se hallaba la joven, como consecuencia de sus circunstancias de vida, alejada de su madre, las que eran claramente conocidas por el imputado. Tal como lo señalaran sus colegas, como atenuantes sólo hallaron la falta de antecedentes penales del imputado.

La Dra. R. transita por la misma senda de argumentación, aunque en el desarrollo de las agravantes, particularmente en la mención de la vulnerabilidad de la joven por la situación de coexistencia en la casa con el inculpado y su edad, se encuentran al límite de ingresar el plano de la doble valoración, por pertenecer estos ítems al tipo penal, cuya pena por cierto es sumamente elevada. En lo demás, y compartiendo las menciones que tuvieron en consideración los jueces para arribar al quantum punitivo, quienes destacaron, como apuntara, la reiteración de hechos abusivos en el curso del año 2012, su modalidad comisiva y el aprovechamiento de la vulnerabilidad manifiesta en la historia de vida de la menor, es que entiendo, al elevarse en dos años el mínimo de prisión, que la sanción impuesta ha sido la correcta. Así lo voto.

Por último, y ante la referencia realizada por la Defensa en cuanto al lapso temporal ocurrido entre la declaración de responsabilidad y la audiencia de cesura de pena, he de expresar, que sin perjuicio que el plazo que prevé el Código Procesal para llevar en tiempo y forma la sustanciación y debate de la sanción es ordenatorio, no perentorio (304 4to. párrafo y 329 5to. Párrafo), debe atenderse también a la situación de crisis sanitaria que causó que el Superior Tribunal de Justicia suspendiera los términos procesales en distintos lapsos, conforme Acordadas de público conocimiento, asunto que ocasionara sin dudas, cierta demora para llevar adelante la audiencia de cesura. Que no se trata de ninguna manera de una suspensión del debate sino el traspaso a una nueva audiencia, una nueva etapa como lo prevé el rito, cual es la discusión pura y exclusivamente de la pena a imponer. En lo demás, sin haberse verificado perjuicio en concreto para los intereses del imputado, o lesión producto de aquella con incidencia en el proceso, es este párrafo suficiente respuesta a dicha presentación, debiéndose rechazar la nulidad del juicio propuesta por el Sr. Defensor.

En conclusión, conforme vengo de expresar, destaco que ha sido acertada la manera en que los Jueces evaluaron la prueba, llegando a sus conclusiones sin incurrir en arbitrariedad alguna (Art. 25 del CPP), a través de un análisis adecuado a las pautas exigidas por la sana crítica, lógica y la experiencia. No encuentro, frente a la sentencia dictada y los argumentos en ella esgrimidos, ninguna circunstancia destacada por la Defensa que la conmueva, por lo que juzgo que debe confirmarse el decisorio atacado, en todos sus términos. Así lo voto.

Respecto a los honorarios profesionales del Sr. Defensor Particular Dr. F. G. juzgo acertado regularlos en cuarenta (40) JUS Ley XIII Nº 4 y arts. 239, 240, 241 y ccdtes. del C.P.P.), a cargo del imputado. Así lo voto.

La Juez Flavia F. TRINCHERI dijo:

Comienza haciendo uso de la palabra el Dr. F. G. por la Defensa del señor D. A. H., impugnando la sentencia N° 1081/2020 dictada por el Tribunal de juicio compuesto por la Dra. Marcela Alejandra Pérez y Patricia E. Reyes con la Presidencia del Dr. Marcelo Orlando en fecha seis de Julio del año dos mil veinte, que condenara a su pupilo a la pena de diez años de prisión accesorias legales y costas, por el delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente en carácter de autor, Art. 119 tercer y cuarto párrafo inciso F y Art. 45 del Código Penal, cometido en esta Ciudad durante los años 2011 y 2012 en perjuicio de la menor A. T. B.

Iré desarrollando sucintamente los agravios esgrimidos por el señor Defensor y dando respuesta a cada uno de ellos.

Comenzó el Dr. G. señalando la defectuosa instancia de la acción que dio curso a esta causa, en la oportunidad que la joven A. B. contaba con dieciséis años en octubre de 2017 cuando compareció a la Comisaría a hacer una denuncia y allí la Cabo V. que la atiende y recibe la misma, le pregunta si quiere “instar la acción” respondiendo la joven que “no”, que sólo quería dejar asentado que su tío tuvo una actitud de abuso hacia ella.

El Defensor en su alocución, abona este embate acerca de la falla en la instancia con la actitud de cierto enojo que luego tiene la joven en la entrevista con la Licenciada P.

Adelanto que este agravio no ha de prosperar y que el tribunal de juicio le dio el tratamiento adecuado. Fue así como abordaron el contenido y los efectos jurídicos de realizar una denuncia de un delito dependiente de instancia privada, tal como el que nos ocupa.

La denuncia es una declaración de voluntad propia del titular que ejerce la facultad de instar anoticiando a la autoridad competente la existencia del delito en su perjuicio. *"La manifestación del legitimado –facultad que se agota con su ejercicio-, en consecuencia, elimina el obstáculo con que tropieza el órgano estatal encargado de promover la acción, de manera que ésta se encuentra en el deber jurídico de actuar como en todo otro caso de acción promovible de oficio. "F. L. A. psa Lesiones Leves. Recurso de Casación, Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, 19/02/2013. ElDial.com- CA1FE1.*

Adentrándome a lo planteado encuentro la presencia de dos cuestiones, las que podría definir como un diálogo con un lenguaje coloquial y, otro diálogo específico de tipo normativo.

Escuchando la declaración de la Cabo de Policía E. M. V. relata que *"...fue una menor que se presentó sola, sin compañía de un mayor, que quería realizar una denuncia de un presunto ASI, le confesó que el tío de ella había abusado sexualmente, ahí se le explicó lo que es la denuncia y ella decide radicarla. ...Cuando realizó la denuncia tampoco la mamá lo sabía. Ella prometió ahí en ese momento, hablar con su mamá"*. A preguntas de la defensa acerca de si pretendía con la misma generarle algún inconveniente al agresor, responde: *"en ese momento lo que ella me manifestó es que quería dejar asentada la denuncia… yo le explique lo que significaba instar la acción penal, lo que conllevaba y ella me dijo que no, que no quería…".*

He reseñado su testimonio y aludo con ello a la cuestión del dialogo con un lenguaje coloquial. Aquí se aprecia la conversación de una niña de dieciséis años y una Cabo de policía acerca del término jurídico "instar la acción" lo que puede no

haber sido muy esclarecedor. Digo esto porque realizar la denuncia tiene todos los efectos jurídicos de "instar la acción" siendo premisas equivalentes y del testimonio de la señora V. surge que la joven *"está dispuesta a denunciar, pero no quiere instar la acción".*

La experiencia me indica que en el fuero penal y máxime en la atención al público suelen ocurrir este tipo de circunstancias. En muchas ocasiones, la víctima de un delito se acerca a una dependencia oficial –ya sea una Comisaría o la Oficina de la Fiscalía- y manifiesta: *"Quiero denunciar, pero no quiero lo sepa mi agresor ni quiero que lo citen"*, *"Sé que me denunciaron, así que vengo a poner una contradenuncia" ...*.

Son expresiones que en la práctica judicial son contradictorias en sí mismas, porque no siempre es bien informado en qué consiste el trámite quien *"avisa"* que sufrió un delito. Opino que algo así sucedido en este caso.

La menor B., en su encuentro con la Cabo V., dijo que aún no se lo había contado a su madre ya que no tenía mucha confianza con ella. Esa misma noche, conjuntamente con su novio le dicen a su mamá lo ocurrido y la señora M. del C. B. –única representante legal de la menor- concurre a la Comisaría a denunciar y le dicen *"la denuncia ya está hecha"*.

Así las cosas, no caben dudas que está instada la acción, así lo ponderan los Jueces sumado a que refuerzan tal circunstancia con que la joven se presentó a practicar su examen psicodiagnóstico, prestó declaración en Cámara Gessell donde al inicio manifiesta "*todo lo que voy a decir acá, va a ser verdad*" y también relató una conversación que tuvo con su primo S. H., hijo del imputado.

Un día previo a la declaración, S. la llamó y le dijo que todo era mentira, a lo que A. respondió: *"¿Sabés que S., si querés juntémonos para hablar y te cuento toda la*

verdad porque vos no sabes nada de lo que hizo tu papá…. Porque si eso fuera mentira para que voy a hacer una denuncia, es al pedo, no?

El señor Defensor echa mano -como bien dijera la Jueza Reyes a fojas 41- a la frase sacramental de "deseo instar la acción" conforme el Art. 72 del CP, dependiendo de ello, el acceso a la justicia de una víctima. Hacer lugar a esta terminología jurídica de manera llana, desoyendo que la joven quiso y realizó la denuncia de lo ocurrido, también se daría de bruces con la citada normativa en su último párrafo donde habilita al titular de la acción pública a proceder de oficio, con fundamento en *el interés superior del niño*.

Al mismo tiempo se estaría vulnerando normativa de rango constitucional, pues el Estado estaría dejando sin el acceso a la justicia a una niña víctima de abuso, lo que confrontaría con los compromisos asumidos por ese mismo Estado y consagrados en diversas cláusulas de la Convención sobre los Derechos del niño (Arts. 9, 4 y cctes de la CDN). En el ámbito interno también se han sancionado normas para optimizar el efectivo goce de los derechos y garantías consagradas por la Convención con el dictado de la Ley 26.061 "de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes"; por lo que el límite que implica el Art. 72 del CP está desplazado por la normativa de jerarquía superior que entra en juego en la materia.

Así lo entendieron y ponderaron con acierto los miembros del Tribunal de juicio, por lo que tal embate debe desestimarse.

Continuando con los agravios en cuanto a los hechos y la responsabilidad penal que le cabe en los mismos a D. H., he de adelantar que cada uno de ellos fueron motivadamente ponderados y desechados por el tribunal de juicio conforme a los parámetros que exigen los arts. 25 del CPP y 169 de la CCh. Doy razones.

En primer término, examinaron el testimonio de la menor el que se corresponde y fue validado por la Licenciada P. Ajustaron cronológicamente el relato de la menor al resto de las probanzas producidas para lograr certeza positiva en la autoría que le enrostran a H. y así, apreciar que las contradicciones o inconsistencias señaladas, no tienen la entidad que pretende el Defensor para invalidar la prueba.

El sometimiento que sufrió la niña, lo manifestó mediante un relato coherente, mantenido en el tiempo y sin contradicción en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; las que se correspondieron con su sintomatología y testimonios brindados en audiencia.

A fin de no sobreabundar reseñando cada uno de los votos, he de decir que cada uno de estas probanzas, fueron ponderados por el Tribunal para concatenar los hechos, la fecha y el lugar donde acontecieron.

Al mismo tiempo, contamos con los síntomas que la Lic. P. advirtió en A.

En cuanto al *tiempo* dice que el acceso fue cuando tenía diez y once años (en el transcurso de los años 2011 y 2012, corroborado por el testimonio de A. B.) cuando convivía con sus tíos y primos, en cuanto al *lugar*, en la vivienda de sus tíos, más precisamente en el dormitorio matrimonial. En cuanto al *modo*, H. aprovechaba que su esposa estaba cursando la escuela nocturna y él quedaba al cuidado de sus hijos y de A., éstos se distraían con el televisor en la planta baja de la vivienda y él llamaba a la menor desde su dormitorio para que le alcanzara cigarrillos y ya con la niña allí, la sometía sexualmente: la tomaba para sí, se hacía practicar sexo oral, le decía "que se ponga en cuatro" y la penetraba vaginalmente.

Con todo lo relatado y ponderado, se diluye lo argüido por el señor Defensor, a saber: poner en duda cuales fueron los años que la menor permaneció conviviendo y bajo la guarda de su tía A. mientras ella estudiaba, que los hijos del matrimonio

siempre estaban allí por lo que no era posible que ocurrieran tales acometimientos en el dormitorio superior, que A. quería vivir con ellos y tuvo buen rendimiento escolar, entre otras circunstancias que pretenden introducir dudas en la concatenación de las pruebas de cargo.

En igual sentido, no hay indicios que lleven a dirigir la conducta disvaliosa hacia un tercero, tal el argumento esgrimido por el Dr. G. cuando busca desviar la autoría hacia una pareja de la madre en oportunidad que vivían en Mar del Plata. M. del C. B. testimonia que su ex pareja J. C. P. fue acusado de maltrato hacia sus hijas A. y P., pero aclara que imputaciones de índole sexual, eran en relación a ésta última. Coincide su tía A. al decir que A. le habló de maltrato físico por parte de del señor P., pero nunca de abuso. También resulta inverosímil la hipótesis que A. denunció falsamente a su tío, producto del enojo que sintió cuando éste no le permitió ocupar con su novio una habitación en el departamento que le prestaban a ella y a su madre M. del C., siendo que tal recinto pertenecía a una hermana fallecida de H. y la joven quería deshacerse de las pertenencias de la extinta.

La Lic. P. al deponer relata lo conflictiva que fue la infancia de la joven que no tuvo un grupo familiar continente que la acompañara en el desarrollo de su personalidad. Que vivía una situación de vulnerabilidad constante, muy baja autoestima y sin recursos. No advirtió en la evaluación indicadores de fabulación y, en cuanto al relato tanto de la Cámara Gesell como de las entrevistas para el psicodiagnóstico, sostuvo que hubo coherencia en su presentación, que tuvo un modo de reaccionar irascible y así se manifestó sin estructura previa, aportó detalles y manifestó como se sentía, relató las escenas de abuso que se perpetuaron en el tiempo y ella no oponía resistencia. Lo ponderó como un relato creíble.

El Dr. G. se agravia que no fue tenida en cuenta la intervención de la perito de parte, la Lic. S., que los Jueces la desechan sin más.

Le asiste razón en cuanto al voto de la Jueza R. quien no se refirió al informe de la Licenciada S. Cabe recordar al mismo tiempo, que la profesional no pudo asistir al juicio y se incorporó su informe, por lo que se diluye bastante el principio de contradicción al no poder dar razones de sus conclusiones. Sin perjuicio de ello, los Jueces Orlando y Pérez se ocuparon de analizar su dictamen y dieron fundadas razones de porque le restaban entidad probatoria – vid. Voto de la Dra. Pérez a fojas 32 y del Dr. Orlando realiza su mérito a fojas.69/70.

Continuando con la queja acerca de la vulneración al principio de inmediación por no respetar los plazos que prevee el art. 316 del CPP, en cuanto al plazo no superior a diez días que debe transcurrir entre el veredicto de culpabilidad y el juicio de cesura como aquí ocurrió, y que, a juicio del Defensor, ocasionaría la nulidad del debate, adelanto que no ha de prosperar.

Es cierto que ese lapso de tiempo fue superado, pero abunda decir que ello se debió a cuestiones de fuerza mayor y de público conocimiento. A partir del lunes 16 de marzo del corriente se dispuso a nivel nacional el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio en el marco de la pandemia por COVID, lo que llevó a todo el país a mutar su normal funcionamiento, cerrándose casi en su totalidad las dependencias públicas, cierre al que nuestro Tribunal no fue ajeno y llevó un tiempo hasta que el Superior Tribunal de Justicia, mediante Acordadas y Resoluciones puso en actividad nuevamente las audiencias que sólo pueden realizarse de manera presencial, como es un juicio de cesura.

Por lo dicho y agregando además que este plazo es sólo ordenatorio y no ha sido violatorio de ninguna garantía constitucional del encartado, sin perjuicio de la incertidumbre que puede haber experimentado, tal embate debe descartarse.

En el último agravio referido a la pena, el señor Defensor sostiene que los Jueces han incurrido en doble valoración al ponderar las circunstancias agravantes, reclamando que, en caso de encontrarlo responsable penalmente, se le imponga el mínimo de la escala.

Realizada una lectura exhaustiva de los votos encuentro que el mérito ha sido efectuado correctamente conforme las pautas que dictan los Arts. 40 y 41 del CP, que con justeza se alejaron del mínimo previsto en ocho años, sin perjuicio de un ligero yerro que he de señalar en el voto de la Jueza Reyes.

Así la Dra. Marcela Pérez pondera la vulnerabilidad de A. en cuanto a su historia de vida, ya que no contaba con un grupo familiar continente y su referente en esos momentos, era su tía, esposa del abusador. Como secuela, señaló su baja autoestima, irritabilidad y que se responsabilizaba por no poder protegerse a sí misma. Adunó como agravante, la pluralidad de episodios acaecidos durante el tiempo que se produjeron los abusos. La Dra. Pérez señaló con acierto que el buen concepto entre sus amigos y allegados, no aplican como atenuantes ante el reproche de abuso sexual infantil.

El Dr. Orlando al referirse a la extensión del daño causado, tiene en cuenta que la joven sufre de baja autoestima, se siente traumatizada, sin recursos, con irritabilidad y enojo. Pondera la extensión en el tiempo de los episodios disvaliosos y alude a la vulnerabilidad de la niña, las que es consecuencia de sus circunstancias de vida, las que imputado conocía.

Por su parte la Dra. R. al mensurar la pena coincide en las circunstancias agravantes con sus colegas y abunda en conceptos explayándose acerca de que se entiende por vulnerabilidad, cuando un niño está en riesgo, y cuáles son las

conductas del abusador frente a un menor con tales características. Tanto escribe sobre el tema que, al referirse a la vulnerabilidad de A. –por haber vivido en diferentes hogares, que su madre no pudo hacerse cargo de ella, que para evitar que termine en una institución se hace cargo su tía A., esposa de H.- ahí la Jueza expresa que *"debe hablarse aquí de la vulnerabilidad de la menor victima frente a su agresor que aprovechando esa candidez e inocencia y abusando de la confianza creada por el lazo que los unía de relación familiar fue objeto de abusos reiterados y progresivos , que fue posible ya que al vivir en la misma casa H. tenía un vínculo estrecho con la niña y aprovechando esa circunstancia…."*Vid. fojas 54, el subrayado me pertenece.

Opino que la Jueza en su afán por escribir e ilustrar una situación, incurre en esa frase que subrayara, donde alude a la convivencia entre víctima y victimario resultando rayana con la doble valoración; pero a la luz de todo el mérito efectuado por el Tribunal en su conjunto no consigue este dicho invalidar la mensuración de la pena, la que resulta ajustada al caso y realizada como dijera ut supra, conforme a las pautas de los Arts. 40 y 41 del CP.

Es correcto por parte de los Magistrados valorar como circunstancia atenuante la falta de antecedentes penales del encartado.

Así las cosas, encuentro justo y razonable CONFIRMAR en su totalidad la sentencia puesta en crisis, que condena al señor D. A. H. a la pena de diez años de prisión por el delito previsto y reprimido en el Art. 119 tercer y cuarto párrafo inciso F del CP. Así voto.

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

El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación deducida por el Dr. F. G., defensor de confianza del imputado D. A. H., contra la Sentencia en que se lo condena a pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas en orden al delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente en carácter de autor (Arts. 119 tercer párrafo inc. f y 45 del C. Penal).

En la audiencia a tenor del artículo 385 del C.P.P., la Defensa ratificó los agravios vertidos por escrito, argumentos que fueron contestados por la Titular de la Acción Pública, Dra. A. C.

Respecto a los motivos que fundan su recurso, voy a remitirme, en su integridad, a la reseña que se hiciera al comienzo de la presente sentencia, y pasaré sin más, a fundar mi voto, conforme la manda constitucional.-

Surge, de los antecedentes del presente caso que el hecho por el cual fuera condenado D. A. H., fue el ocurrido entre los años 2011 y 2012, la joven A.T. B. tenía 11 y 12 años respectivamente y vivía en el domicilio de sus tíos D. H. y A. B., sito en B° Comercio x, casa N° x de esta ciudad. Que una noche durante esos años, alrededor de las 20:00 hs., en circunstancias en que la niña se encontraba viendo televisión en el comedor en la planta baja de la vivienda con sus primos, y su tío D. H. se encontraba arriba en su dormitorio, éste la llamo diciéndole que le llevara sus cigarrillos. La niña subió y su tío le dijo que le chupara las partes íntimas y que tendrían sexo amenazándola con pegarle, situación ante la cual, la niña accedió a practicarle sexo oral a su tío. Que estos hechos de abuso sucedieron muchas veces, aproximadamente con una frecuencia de día por medio, y que siempre sucedían en su dormitorio y en su propia cama. Que en otras oportunidades su tío comenzó a

penetrarla vaginalmente, y la niña accedía porque tenía miedo que su tío la golpeara. Que estos hechos siempre sucedían por la noche cuando su tía se iba a estudiar a la Escuela N° x y hasta que su tía dejó de estudiar.

El primer planteo que, en esta instancia, reedita el Sr. Defensor es que a su entender la instancia no ha sido debidamente promovida. Ello así, toda vez que al concurrir a la Comisaría la adolescente víctima a realizar la denuncia, al ser requerida, señaló que no pretendía instar la acción y que el único propósito que tenía era que dicha denuncia quedara asentada.-

He tenido oportunidad de expedirme en cuento a un planteo de similar característica en autos: "P., P. D. S/ DENUNCIA ABUSO SEXUAL"(Legajo Nº 9031/08 M.P.F., Carpeta Nº 1244/08 OFIJUPM) donde uno de los embates defensitas estaba centrado en que la acción penal había sido defectuosamente promovida. En ese sentido, en cuanto al fundamento de los delitos dependientes de instancia privada y su promoción, he destacado, en el precedente mencionado, que: " *En ese sentido he de señalar que el fundamento de la instancia privada con relación a los delitos sexuales es el de preservar a la ofendida de ser revictimizada. Al respecto, Herrera señala que: "se trata de delitos graves que pueden afectar hondamente a la sociedad y de criminales peligrosos, y, por consiguiente, ésta tiene interés en perseguirlos, pero como el interés privado, en tales casos, es superior al de la sociedad y el escándalo de la publicidad puede afectar considerablemente la moral pública y la tranquilidad y bienestar de las familias, la ley debe conceder al damnificado el derecho de impedir que la acción pública sea ejercitada. Pero una vez que esta consideración desaparece y que la publicidad y el escándalo se han producido por la denuncia o acusación del agraviado, la sociedad ya no tiene interés en desentenderse del proceso y, por el contrario, todo le exige perseguir al delincuente.*" (Herrera, Julio, p. 606, citado por ZAFFARONI, Tratado de Derecho

Penal, Parte General, T. V, Ed. Ediar, pág. 63/64). A su vez, Fierro enseña que: "*...el fundamento de la instancia privada con relación a los delitos sexuales es el de preservar a la víctima de una doble lesión: la causada por el delito en sí y la que le origina la trascendencia que esa investigación conlleva (strepitus fori) y tal situación nos indica que es necesario tener presente dicho fundamento y ello ha de presidir toda interpretación al respecto, por lo que debe concluirse que el principio de la instancia privada ha sido consagrado como una prerrogativa a favor de la víctima y nunca como una garantía acordada al imputado...*" (BAIGUN-ZAFFARONI, Código Penal, Parte General, T. 2, pág757).

En esa senda la Dra. Pérez ha indicado que: " ...en los delitos contra la integridad sexual procura respetar la voluntad de la víctima, en razón del perjuicio que le provocaría participar en el proceso, narrar lo sucedido, someterse a exámenes médicos y psicológicos, entre otras diligencias, y su consecuente publicidad, respetando que prefiera callar y no denunciar. Tengo en cuenta el momento procesal en que ha planteado la Defensa la cuestión, esto es, durante los alegatos de cierre, una vez sustanciada toda la prueba...". -

Siguiendo esta línea de pensamiento resulta claramente extemporáneo el planteo efectuado. Digo esto porque, luego que se produjera toda la prueba, plantear esta cuestión se contrapone en forma palmaria con el fin que ha tenido el legislador al señalar un camino especial en la promoción de esta clase de acciones penales.

No se me escapa, que el destacado Defensor, no estuvo a cargo de su Ministerio en el momento en que se pudo plantear el punto. Sin perjuicio de ello, debo decir que el condenado tuvo asistencia letrada que le permitió plantear una excepción de falta de acción en momento oportuno. En ese sentido también me exprese en el precedente aludido cuando dije que: " teniendo en cuenta que la

instancia privada es una condición de procedibilidad que obstaría, ante su ausencia, que la acción pueda continuar normalmente, debió plantear una excepción de falta de acción. Así lo marca el ordenamiento procesal vigente en los Arts. 54 inc.2° y 294 inc. 2° del C.P.P." Esta solución -que no se ha intentado- es la única que permite conjugar adecuadamente los intereses del imputado y la víctima, máxime teniendo en cuenta que esta última también tienen derechos garantizados con jerarquía constitucional (Arts. 1.1; 8.1; 25 C.A.D.H. y 75 inc. 22 C.N.).

Ello es así, dado que, si se hubiera planteado oportunamente, y el Juez de la Audiencia consideraba que debía hacer lugar a la petición sólo podía ordenar archivar las actuaciones, las que podían recobrar vigor si así lo decidía la víctima o su represente legal, corrigiendo el defecto que impedía la correcta promoción de la acción. Ahora bien, luego de abierto el debate, las únicas opciones son absolver o condenar. Y si el Tribunal del Juicio o este Tribunal revisor hiciera lo peticionado por la Defensa, cerraría definitiva e irrevocablemente el proceso en favor del imputado, no pudiendo la víctima - en caso de quererlo- promover nuevamente la acción dado que operaría en favor del imputado el principio Ne bis in idem.

También vale la pena ponderar aquí la circunstancia que la madre de la joven, concurrió al día siguiente que efectuara la denuncia para volver a realizarla. Y que el personal policial le dijo que ya no se la podían tomar porque la víctima ya la había cumplido. Evidentemente, si le hubiesen tomado dicha denuncia, la esforzada Defensa no habría tenido oportunidad de realizar este planteo, ya que como sabemos- no se podría haber opuesto lo que dijo la víctima menor, lo que permite colegir que la Policía entendió que a pesar de lo declarado por la joven, la denuncia ya estaba correctamente instada y no era necesario que la madre nuevamente promoviera la acción.

Por último, creo que resulta clave, como lo señalara la Magistrada R., tener en cuenta para dilucidar esta cuestión, el interés superior del niño, conforme lo ordena la Convención de los Derechos del Niño. En ese sentido, resulta a todas luces diáfano interpretar que la acción penal ha sido correctamente instada. De otro modo, la joven lejos de ser amparada por el Estado habría sido revictimizada sin obtener un pronunciamiento judicial que le permita aclarar lo sucedido y superar la ofensa sufrida.

Así las cosas, considero que este planteo debe ser rechazado. Así lo voto.-

En el segundo agravio de su recurso, el Dr. G. indica que- a su juicio- la sentencia traída a consideración sería arbitraria.

A fin de fundar su postura, el Defensor señala interrogantes que el Ministerio Público Fiscal no pudo - a su criterio- responder a lo largo del debate.

Así entiende que no ha existido explicación suficiente de porqué la joven tardo cinco años en develar el hecho. Tampoco porqué no se quedó en Mar del Plata cuando tuvo oportunidad de hacerlo o el motivo que la llevaba a tener una relación afable con el imputado y su cónyuge, entre otras cuestiones.

Los Magistrados despejan en sus votos los interrogantes que formula el Defensor. El develamiento del Abuso evidentemente tuvo como puntapié la circunstancia que la joven mantuviera una relación de noviazgo y decidiera -como lo señaló en su declaración- no ocultarle nada, y contarle lo sucedido. Ello llevó a que el novio de la joven le pidiera que hiciera la denuncia respectiva, siendo este el encargado de contárselo a la madre de la víctima. Resulta evidente, que esta relación de afecto que pudo desarrollar con el joven le permitió tener el apoyo afectivo necesario para poder enfrentar el develamiento del abuso sexual infantil sufrido.

Los jueces no son arbitrarios al considerar creíble la narración de la joven víctima, dado que dan acabadas razones que explican por qué tiene por cierto dicho relato. Con relación al psicodiagnóstico de la Lic. S., ha sido correctamente ponderado a fin de descartar las conclusiones a las que arribara. En ese camino, la Dra. Pérez explica: "Encuentro que el análisis efectuado por la Lic. P. ha resultado integral, valorando la declaración con los aspectos de su personalidad, historia de vida y vulnerabilidad. Ha concatenado las características de personalidad que marcó reflejadas en la Cámara Gesell, su desprotección y sus vínculos cercanos, los que resulta corroborado por la restante prueba testimonial. Por el contrario, no he advertido un análisis integral por parte de la Lic. S., que vincule las características de personalidad de A., con su relato, sino que efectuó una mera constatación de criterios preestablecidos. En consecuencia, por resultar sin una adecuada fundamentación he de apartarme de las conclusiones de la Lic. S.". En igual sentido, el Dr. Orlando, utilizando las reglas de la sana crítica racional desecha las conclusiones a las que arribara la Lic. S. En esa senda señala que: "Frente a lo expuesto por la perito, debo expresar mi discordancia con su análisis, por cuanto utilizando las reglas que impone la sana crítica racional, no advierto al verificación de las afirmaciones que vierte en el análisis del relato; cuando señala que responde de manera estructurada, como si cada vez hubiere sido igual a la anterior, entiendo que la joven dio cuenta de cómo se producían esos episodios (....)He reproducido textualmente las manifestaciones vertidas por la joven en su declaración, por cuanto a la luz de lo expresado por la perito de parte, sigo sin advertir la existencia de un relato vacío de contenido o estructurado, o carente de detalles, contrario a ello, verifico que pese a las dificultades de vida y por cierto difíciles de la joven, pudo en primer término efectuar la denuncia, al develarle lo ocurrido a su novio y a posteriori a la autoridad policial, luego en el marco del psicodiagnóstico, donde ambas

profesionales intervinientes han dado cuenta de las dificultades que ofrecía y pese a ello, pudo precisar el hecho que la damnificara...".-

Los Magistrados del debate han dado acabadas razones y fundamentos suficientes a la hora de valorar la prueba producida. Explicando en cada caso, por qué optaron por las declaración en Cámara Gesell de la joven víctima y la pericia de la Lic. P., en detrimento de la experticia efectuada por la Lic. S. y la declaración de imputado del condenado.

Así las cosas, considero que la sentencia atacada, no es arbitraria debiéndose rechazar el agravio. Así lo voto.-

El tercer agravio se centra en un pedido de nulidad del juicio, dado que a juicio del recurrente, se habría violentado la garantía de inmediación conjuntamente las previsiones del art. 3 del C.P.P.Ch (concentración, celeridad y simplificación).

Para fundar su pretensión, la Defensa indica que el veredicto de culpabilidad se celebró el día 4 de marzo de 2020 y la audiencia de cesura el día 26 de junio de 2020 (3 meses y 22 días después).-

En primer lugar, vale la pena recordar que las sanciones procesales - como la solicitada- por imperativo legal y constitucional se deben interpretar de manera restrictiva.-

Es público y notorio que a raíz de la Pandemia que sufrimos, el Estado Nacional y nuestra Provincia han decretado, en el término que señalara el Sr. Defensor, el aislamiento de la población de forma preventiva y obligatoria. El Superior Tribunal de Justicia dicto una feria extraordinaria por ese motivo, lo que impidió se siguieran los plazos acostumbrados para realizar debates como este. Sin perjuicio de ello, entiendo que no ha existido merma alguna de las garantías

indicadas por la Defensa, que permitan avizorar como justa la nulidad planteada. Por ello, este planteo no tendrá acogida favorable. Así lo voto.

Por último, el último agravio critica la sanción impuesta al condenado. En esa senda considera exagerada la pena impuesta. Señala que los sufragantes habrían caído en dobles valoraciones como también se habrían equivocado al dar por cierto el daño que habría sufrido la víctima.-

En primer lugar, creo que debemos recordar que el marco punitivo del delito por el cual fuera condenado H. comienza en 8 años de prisión siendo el máximo de la escala 20 años.

Juzgo que los Magistrados han valorado correctamente los atenuantes y agravantes conforme lo estipula el artículo 40 y 41 del Código Penal.

Ha sido correcta la ponderación de la extensión temporal de los episodios de abuso como agravante del delito. Ello, toda vez que marca un mayor contenido de injusto de la conducta reprochada. También resulta justo valorar la vulnerabilidad en que se encontraba la joven, hecho conocido y aprovechado por su victimario.-

Se ha ponderado como atenuante la carencia de antecedentes penales, arribando en definitiva a la pena de diez años de prisión, la que considero justa.-

Así las cosas, juzgo que se deberá confirmar en todas sus partes la sentencia impugnada. Así lo voto.

En cuanto a los honorarios profesionales del Dr. G. encuentro acertados los fijados por el Juez del primer sufragio.

Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose por unanimidad el siguiente:

FALLO:

I) **RECHAZAR** la nulidad incoada por falta de instancia de la acción penal, por las consideraciones antes efectuadas (Arts. 72 CP y 161 ss *contrario sensu* del CPP).

II) **RECHAZAR** la nulidad del Debate solicitada por el Sr. Defensor

Arts. 304 4° párrafo, 329 5° párrafo y 161 ss *contrario sensu* del CPP.

III) **RECHAZAR** la impugnación ordinaria deducida por la defensa de **D. A. H.**, a cargo del Defensor Particular Dr. F. G., con costas (Arts. 385 y cc. del C.P.P.)

IV) **CONFIRMAR** la sentencia glosada a fs. 125/165 vta., registrada bajo el Nº 1081/2020OFIJU.

V) **REGULAR** los Honorarios profesionales del Sr. Defensor Particular Dr. F. G., por la labor desarrollada, en cuarenta (40) JUS, con cargo a su defendido Ley XIII Nº 4 y Arts. 239, 240, 241 y ccdtes. del C.P.P.), a cargo del imputado.

VI) **TENER PRESENTE** la reserva del Caso Federal, articulada por la

Defensa.

VII) **REGISTRESE**, protocolícese, notifíquese mediante sistema informático a las Partes, ello a los fines de su publicidad. Acuerdo Plenario 4864/2020, PEN N° 297/2020.

La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior del Sr. Presidente de Cámara Dr. Marcelo Leonardo PITCOVSKY.

Flavia Fabiana TRINCHERI Rafael LUCCHELLI

Juez de Cámara Juez de Cámara Ante mí:

Andrea M. BOREA

Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº 11/20 CPPM DEL AÑO 2020. CONSTE.-

Andrea M. BOREA

Secretaría de Cámara