En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los veintitrés días del mes de diciembre 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, Flavia Fabiana TRINCHERI y Roberto Adrián BARRIOS (Juez de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial III -Trelew, quien fuera designado por Resolución de Superintendencia Administrativa Nº 9495/2020-SL), bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados "**A. J. L. p.s.a. ABUSO SEXUAL S/IMPUGNACIÓN" Carpeta Judicial Nro. 7747, Expte. Nro. 14/2020 CPPM**, seguidos contra: **J. L. A.**, DNI N° X, hijo de G. y de J. L., nacido en Rio Gallegos, el día 8 de noviembre de 1951, divorciado, con domicilio en calle U. N° X de la ciudad de Esquel. Ello, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el nombrado con el patrocinio del Sr. Defensor Particular Dr. D. A. S., contra la Sentencia Nro. 1838/2020 OFIJU, de fecha 15/09/2020, suscripta por el Tribunal de Juicio integrado por los Sres. Jueces Penales Dres. Francisco Marcelo ORLANDO, Marcela PEREZ y Gustavo CASTRO. En esa, el Sr. J. L. A. fue condenado como autor penalmente responsable del delito de ABUSO DESHONESTO en la modalidad de delito continuado en concurso real con el delito de ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE en la modalidad de delito continuado en carácter de autor (art. 127 ley 11.179; art. 119 párrafo 1 y 2 Código Penal ley 25.087, arts. 45 y 55 Código Penal) a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS (Artículos 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del Código Penal) por los hechos ocurridos en los años1998 a 2001, en esta ciudad, en perjuicio de M.F.M y M.B.M.-

Intervino la Sra. Fiscal General Fiscal General Dra. María Alejandra HERNANDEZ, el Sr. Defensor Particular Dr. D. A. S. y el imputado J. L. A., - por sistema Cisco Webex-.

Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI, Dr. Rafael LUCCHELLI y Dr. Roberto Adrián BARRIOS.

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

En su libelo, luego de realizar un detallado análisis del devenir de la causa, la Defensa plantea como primer agravio la prescripción.

Así¸ solicita a este Tribunal revisar los argumentos de los Magistrados intervinientes en relación al tópico. Señala que en la audiencia de apertura planteó la extinción de la acción por prescripción por entender que debe aplicarse al caso lo establecido en el art. 56 inc. 3, 62 inc. 2 del CP, no correspondiendo la aplicación de la reforma legislativa –Ley 27206- por ser posterior a la ocurrencia de los hechos denunciados, siendo la ley anterior más benigna a favor de su pupilo.

En referencia a ello hace cita de la Resolución de la Juez Penal Dra. Patricia Reyes –obrante a fs. 29 a 34- quien sostuvo que debe aplicarse la Convención de Derechos del Niño, la Convención de Belem Do Pará y la de protección integral de las mujeres, siendo que el deber de investigar del Estado está impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; que, como las víctimas tuvieron distintos obstáculos para denunciar, resulta aplicable la Ley 27.206, que modifica el art. 67 del CP, conocida como “ley de respeto a los tiempos de las víctimas”, reforma que permite se investiguen los hechos que denunciaran las jóvenes M.F.M. y M.B.M, resolviendo ésta que debe primar, en el caso, el derecho a la víctima a la verdad y la respuesta judicial efectiva, que deben ser tratadas con compasión y respeto por su dignidad, principio fundamental de la justicia para las víctimas de delitos

adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. N°40/34 del 29/11/85, y, en base a todo el análisis desarrollado en clave constitucional, dictamina: Hacer lugar a la apertura de Investigación en contra del Sr. J. L. A. por el plazo de 6 meses (art. 274 y 283 del CPP).

Refiere el Letrado que, como cuestión previa al inicio del juicio, reeditó dicho planteo -prescripción de la acción-, por considerar que no se puede aplicar retroactivamente la ley 27.206 y que no es mínima la afectación al derecho de defensa del imputado; que está en juego la seguridad jurídica. Dice que en parte fue receptado pues no la aplicaron retroactivamente, pero, con otros argumentos decidieron que aplicando directamente las Convenciones de Derechos del niño y la Convención de Belem do Pará, el instituto de la prescripción debe ceder para que estos hechos, con grave afectación a los derechos humanos, no queden impunes.

A continuación, se refiere a los votos de los Jueces del Juicio, realizando cita de párrafos. Respecto la Juez Marcela Pérez, hace cita textual de párrafos de fs. 186 y vta.. Indica que ésta sostuvo que se deben aplicar la Convención de Derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 25), que la garantía de plazo razonable se refiere a la duración del proceso y que, de la profusa recopilación de fallos y antecedentes jurisprudenciales, en su mayoría extracciones de votos de la minoría, concluyó que a fin de contrapesar los derechos y las garantías involucrados, no se trata de la aplicación retroactiva de la ley 27.206, sino de la operatividad de las normas involucradas vigentes al momento del hecho y que hizo referencia la acusadora, por lo que no se encuentra afectada la garantía de irretroactividad de la ley penal. Que es necesario armonizar la legislación interna vigente al momento de los hechos con los preceptos de las convenciones internacionales. Tiene en cuenta, por otro lado, que el imputado reclama el derecho a no ser perseguido por el trascurso del tiempo, pues no ha sufrido ningún menoscabo hasta la apertura de la

investigación, cuando es sometido a proceso, y cuya demora no es aplicable al Estado. La Magistrada hace cita del fallo I. del STJER del 27/04/15 en particular lo dicho por la Dra. Mizawak, ello en consonancia con el voto en minoría del Dr. Carlos A Mahiques integrante de la CFCP Sala II, Causa CC 14888/2007 del 4/12/17. Entendiendo dicha Juez que, en base al deber de priorizar el interés superior del niño, su protección especial y a fin de hacer efectivo su acceso a la justicia en razón de su especial vulnerabilidad, la regla de prescripción queda desplazada por la normativa de la Convención de los Derechos del Niño en cuanto resultan operativas, rechazando el planteo de prescripción de la acción (Art. 2, 3, 12 y 19 CDN, 19 y 25 de la CADH, 75 inc. 22

Luego, indica que el Dr. Orlando sostuvo, sobre el tópico, que de acuerdo a lo previsto por el art. 62 inc.2 por el trascurso del plazo, y siendo que las víctimas eran niñas al momento del hecho, protegidas por la Convención de Derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos, ambas de rango constitucional, corresponde la aplicación de éstas a fin de tutelar adecuadamente el ejercicio de sus derechos, sin que ello verifique a la luz de los principios y doctrina mencionadas, afectación alguna al ordenamiento jurídica ni las garantías que asisten al imputado en el marco del proceso penal. (conf. fs. 206).

Por otro lado, el Letrado indicó que bajo un razonamiento ajustado a la normado, lógico y prolijo el Dr. Castro llega a una conclusión totalmente distinta a los otros dos Magistrados, entendiendo que los delitos imputados al Sr. L. A. se encuentran prescriptos.

En virtud de ello el Dr. S. solicita que la Cámara revea los fundamentos de los jueces que integraron la mayoría por errónea y arbitraria interpretación de la norma.

Así argumenta que en primer lugar la Convención de Derechos del Niño se aplica a los casos que involucren a niños y que ello no es aplicable al caso pues

resultan mujeres de 29 y 30 años de edad. Agrega que dicha Convención no establece la imprescriptibilidad de los delitos sexuales que afecten a niños. De la Convención de Belem do Pará –haciendo cita textual de su articulado-, dice que no establece la imprescriptibilidad de los delitos sexuales.

Indica que, por otro lado, el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley también está reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos – Art. 7 inc. 2 -, que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. El art. 9 establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, -aduce-, ello igual que lo prescripto en el art. 15 del PIDCyP.

Advierte que el instituto de la prescripción integra el concepto de ley penal, haciendo cita del art. 18 de la CN, y que el art. 2 del CP, establece que si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo deberá aplicarse siempre la más benigna.

Dice que por lo ello no resulta aplicable el art. 27 de la Convención de Viena, que no se está invocando el derecho interno contra el derecho consagrado a nivel internacional, sino que se debe compatibilizar derechos reconocidos al imputado y a la víctima de la Convención.

Indica que los casos tratados en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refieren a niñas víctimas donde el Estado no tomó medidas eficientes a la hora de investigar y se favoreció la impunidad, haciendo un resumen de los casos: C. A. vs. M., V. F. y otros Vs. G., F. N. B. Vs. B., V. y V. vs. N. Que

esos se refieren a casos con niñas y adolescentes víctimas de abusos sexuales, en los que no se investigó correctamente a partir del hallazgo de los cuerpos o fueron revictimizadas durante el proceso.

Indica que en este caso no hubo falta por parte del Estado, los hechos no se investigaron porque no se conocían, nunca se denunciaron, ni se probó cuál fue el grave impedimento para que se realizar en tiempo oportuno.

Señala la tensión existente entre el derecho a la tutela efectiva por parte de las víctimas y el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable que no puede ir más allá del plazo de prescripción.

A continuación, analiza lo resuelto por la CIDH en "*B.*" en cuanto expresó que resulta inadmisible las disposiciones de prescripción o de cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos. Seguidamente la Defensa analiza las posturas de V. A. quien toma una postura en defensa de la posición de la CIDH por cuanto está dirigida a la protección de quienes sufren un trato desigual del Estado. Así, desde dicho punto de vista, existen factores por los cuales algunas víctimas merecen una tutela judicial efectiva "especial", ello es, que no ceda ante la prescripción por la gravedad del delito y el accionar estatal. Trayendo la posición de J. Carlos Rúa, indica que no se trata de hechos que en sí mismos repugnen a la comunidad internacional sino la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran sus víctimas y teniendo en cuenta que sus ejecutores funcionarios estatales o con la connivencia de esos queden sistemáticamente impunes.

Sobre ello apunta que en el caso en cuestión nada tiene que ver la impunidad buscada y favorecida desde los centros de poder, afirmando, que no se investigaron porque no fueron denunciados y no hubo forma de que se conozcan hasta su revelación.

Afirma que por ello tampoco se favoreció la impunidad por el Estado o condición del autor, y que A. haya pertenecido a la policía o desemP.do cargos políticos no tuvo ninguna incidencia, ya que los hechos ocurrieron en el ámbito familiar, donde ambos integrantes de la pareja eran policías y desde que se hizo la denuncia el proceso avanzó sin dilaciones. Por esto, no considera que sea aplicable la doctrina del caso I., del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, que citan los Jueces de la mayoría, pues el contexto fáctico era distinto. Refiere que en ese el sacerdote fue protegido por la Iglesia y durante mucho tiempo se impidió el avance del proceso. A continuación el Letrado de la Defensa hace cita textual del voto del Juez Alejandro Canepa –Sala I CCP, en cuanto habla de las intervenciones jurisdiccionales efectuadas en el expediente, y, de las resoluciones de éstos por mayoría que sostienen que el instituto de la prescripción no resulta aplicable al caso, que las normas de derecho internacional de los derechos humanos, de mayor jerarquía que las normas de derecho interno, obligan al Estado Argentino a investigar, juzgar y sancionar los hechos denunciados, que implicaron una grave afectación a los derechos humanos de las víctimas, cometidos por una persona que ostentaba jerarquía superior en la Iglesia, y que, a la vez, resultaba educador, confesor, garante y custodio de su seguridad, lo que fue impedimento de acceso oportuno a la justicia y a la tutela efectiva, en función del silenciamiento que de los mismos hechos realizara la propia jerarquía de la iglesia a la que pertenece el autor. Continúa el Letrado con el análisis de resoluciones en dicha causa.

Afirma que ello resulta el mismo criterio del caso B. vs. A., resultando aplicable lo resuelto por la Cámara de Casación en lo Criminal y Correccional sala 2 CCC en la causa caratulada M., P. del 1 de febrero de 2019.

Agrega que resulta útil recordar también lo afirmado por el Juez García en el fallo ya mencionado, en punto a que "... *no hay ninguna regla del derecho internacional de los derechos humanos que obste a que los Estados partes establezcan reglas de prescripción de la acción penal respecto de delitos de abuso sexual cometidos por personas particulares que no son agentes del estado, ni obran con su aquiescencia o bajo su dirección…*"

Tal circunstancia se ve reforzada con el hecho de que "... [e] abuso sexual u otras formas de abuso infantil no están comprendidos en ninguna disposición de un tratado que establezca su imprescriptibilidad".

Hace cita, en el mismo sentido, del fallo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala I en el caso CCC 43947/2019/C."A., A. s/ Prescripción de la acción penal", Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N°54. del 10 de agosto de 2020; Juez P. Guillermo Lucero.

Alega que por los argumentos en los precedentes "M.; "R." de la Sala 1 (del 26/12/2019 y el 21/02/2020, respectivamente), no resultan aplicables las prescripciones de la Ley 27.206 promulgada el 09/11/15 a hechos que habrían acontecido entre los años 1998-2001, por lo que dice, el Dr. S., que el presente caso debe regirse por la Ley 25.990, norma penal vigente al momento de los eventos denunciados, además de ser la más benigna para el imputado.

Aduce, en función de ello, que desde el año 1997 hasta el momento de la denuncia que originó la presente causa (01/12/17), teniendo en cuenta la calificación legal de los sucesos, ha transcurrido el plazo máximo dispuesto por el art. 62 inc. 2° CP.

Agrega que no se han verificado en el caso actos interruptivos del curso de la prescripción, puesto que el imputado no registra antecedentes penales, ha operado el

tiempo estipulado por aquella norma, y en consecuencia, la acción penal se encuentra extinguida por prescripción.

Entiende que la ley 25.990, que modificó la normativa vigente al tiempo del hecho sobre la secuela de juicio, resulta también más benigna que las leyes 26.705 y 27.206, de modo que el principio de irrectroactividad de la ley penal que prevé el art. 2 del CP impide aplicar las modificaciones posteriores en perjuicio del imputado dado que lo colocarían en una situación más gravosa.

Seguidamente se refiere al principio de legalidad en materia penal (art. 18 de la CN), que, entre sus múltiples contenidos, comprende el de la irretroactividad de la ley penal. Expresa que desde las actuaciones no se desprenden razones que indiquen que estamos frente a hechos que puedan quedar subsumidos en las "graves violaciones de derechos humanos" (conforme la categoría de la CIDH), los que no están sujetos a extinción por prescripción. Que tampoco advierte motivos suficientes por los cuales cabría aplicar leyes penales más gravosas –art. 18 CN y art. 9 CADH y 15.1 del PIDC y P-. En el mismo sentido trae alusión al fallo "G, J. s/ incidente de prescripción", de fecha 13/07/2020 CNACC Sala 5, en cuanto el estado de derecho no sólo significa subordinación de los poderes públicos de cualquier grado a las leyes generales del país que es un límite puramente formal, sino también subordinación de las leyes al límite material de algunos derechos fundamentales considerados Constitucionalmente y por tanto principios "inviolables".

Expresa que los mecanismos constitucionales que caracterizan al estado de derecho tienen el propósito de defender al individuo de los abusos del poder y que las excepciones a esta interpretación se presenta en aquellas situaciones que pueden ser catalogadas como delitos de lesa humanidad en los términos de la CSJN, los que dice no median en este caso.

Dice no procede en el supuesto bajo análisis la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal. Y su aplicación en contra de las garantías de las que goza el imputado constituiría una violación a los derechos que han adquirido jerarquía constitucional.

Así afirma la Defensa que la Ley 27.266 no resulta la más benigna para el imputado y empeora considerablemente su situación sin que existan motivos atendibles que sí lo impongan, dice compartir la valoración que el Juez Castro realiza del instituto de la prescripción respecto de las normas legales constitucionales y convencionales que rigen en materia de la irretroactividad de la ley penal.

Luego hace cita de párrafos del voto del Juez de mención de fs.226 y vta. para quien se encuentra descartada la posibilidad de aplicar en forma retroactiva, por vía de la Convención de los Derechos del Niño, el art. 67, según la Ley 27.206; y si ello resultaría eventualmente posible nos encontraríamos con otra valla insalvable ello es el art. 29 de la CADH. Dicho artículo consagra el principio *pro homine* y en el caso que nos ocupa la norma que más favorece a la persona humana es la que consagra el principio de legalidad y retroactividad contenido en el art. 9 PIDCy P, y que la Parte acusadora intenta hacer renacer una persecución penal que ya ha fenecido. Sobre ello indica que nuestro STJ del Chubut ha tomado posición en autos: "NCA Denuncia abuso sexual" Sentencia del 05/09/17 y "A. s/ Denuncia abuso sexual" del 06/09/17 y frente a la pretensión del MPF de aplicar la Ley 26705 respecto a hechos que se encontraban prescriptos. Que ese Alto Tribunal estableció que tal normativa regía para hechos ocurridos después de su entrada en vigor (05/10/11) por lo que para el hecho de la causa 1/03/05 tal reforma era inaplicable.

Luego el Juez establece: *"que la ultraactividad de la Ley derogada se impone... Ninguna duda cabe entonces acerca de la solución que aquí pretendo*

explicar, acerca de que los hechos imputados a J. L. A. y que perjudicaran a M.F. y a M.B. se encuentran prescriptos y así voto deben ser declarados."

El Dr. S. refiere que la calificación legal escogida por los Señores Jueces, en el caso de M. B. M. se corresponde con la aplicación del Art. 119 1° y ° párrafo, conforme texto de la ley 25.097, y le corresponde un máximo de 10 años. Por su parte, con relación a M. F. M., es abuso deshonesto, Art. 127 del CP, conforme ley 11.119, con una pena máxima de cuatro años. Es así entonces que, desde el cese del delito continuado, ocurrió el 31 de diciembre de 2001, ya que se demostró que la convivencia no se extendió más allá de mediados del 2001.

Dice que no es dato menor que M. F. adquirió la mayoría de edad, el día 21 de junio de 2007. Por su parte M. B. M. adquirió su mayoría de edad el día 27 de junio de 2006.

Expresa que es de relevancia reprochar cuáles son los argumentos por los cuales habrían sido excluidos los artículos del Código Penal (que no declaran la inconstitucionalidad de los mismos) y los elementos valorativos de forma objetiva que pudieron de algún modo no formular las denuncias por parte de las menores o representantes legales.

Aduce que la pasividad de no denunciar no puede ser soportada por el imputado, que se invierte la carga de la prueba diciendo que no puede exigirse la denuncia dado su edad, fragilidad, pero no dan –los jueces Orlando y Pérez- de cuál fue el impedimento legal.

Seguidamente el Defensor realiza una línea de tiempo, conforme el delito imputado (art. 127 CP según ley 11.119) para que prescribiera a los cuatro años como máximo plazo, contando a partir del 31 /12/01, habría perecido de pleno

derecho el plazo para denunciar el día 31/12/05. En el supuesto de M. B. habría fenecido el día 31/12/11.

Indicando que si se toma en cuenta que la denuncia fue radicada el día 01/12/17 en ambos supuestos se está hablando que en el caso de M. F. habría transcurrido 12 años posteriores al plazo máximo de la posibilidad de denunciar y, en el caso de M. B., 6 años luego. Que en ambos supuestos estamos hablando de más de 10 años de haber alcanzado la mayoría de edad y que la acción se encuentra extinguida por prescripción ya sea por la calificación legal escogida o por haber alcanzado la mayoría de edad.

Afirma que los Jueces Pérez y Orlando, en virtud de desconocer la norma interna reemplazándola por una norma adherida por el Estado nacional, como lo es la Convención de Derechos del Niño ley 23849 de 1990 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –ley 23054 de 1984, ambas con rango constitucional a partir de la reforma de 1994, derogan tácitamente el art. 18 de la CN.

Que se debe tener en cuenta que el abuso sexual no se encuentra contemplado dentro de ninguna disposición de alguna norma supranacional que establezca la imprescriptibilidad, que de ningún modo puede interpretarse –como lo hacen los jueces- que el derecho internacional pueda reconocer el carácter obligatorio al adherir a ellas, y que por ello se deba inhabilitar normas internas y el caso derogar el art. 18 de la CN y el CP en sus artículos 59 y 62.

Luego alude que los jueces Pérez y Orlando desconocen la división de poderes, a la vez que dan por sentado que la Constitución es tan flexible que puede ser contradicha y violentar la “voluntad soberana de la Nación”. Que en el caso los jueces realizaron una interpretación contraria al derecho interno, por aplicación del derecho internacional desconociendo las interpretaciones armónicas de los principios rectores de la persecución penal.

Indica que deberá esta Cámara dictaminar en favor de las pretensiones de esta Defensa pues como se viene evidenciando los votos del Dr. Orlando y Pérez se centran en fallos en minoría cuya interpretación jurisprudencial no ha sido aceptada y no forma parte de la jurisprudencia aplicable.

Agrega que la CSJN también estableció que el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ley penal desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad sino todo complejo de disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva y que dicho instituto es de ORDEN PÚBLICO.

Se refiere nuevamente al fallo I. –citado por la Dra. Pérez- el cual recoge el voto minoritario del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos, que no es jurisprudencia nacional y tuvo tratamiento ante la CSJN cuando desestimó el recurso de la Defensa por no ser sentencia definitiva o equiparable en los términos del art. 14 de la Ley 48.

Hace referencia a la doctrina del Superior Tribunal de Justicia de Chubut sobre el tratamiento de la prescripción y que a la fecha es doctrina a seguir por los jueces de inferior grado sobre la ultractividad de la ley derogada se impone –los cita en detalle.-

Se refiere a fallos mencionados, y que, conforme la doctrina y jurisprudencia aplicable, jamás pudieron llevar la presente causa a juicio por evidenciarse contradicciones y violaciones a normas procesales, leyes penales y la misma interpretación de la Constitución Nacional. Dice que no existe ley posible que pueda cambiar el principio constitucional de legalidad, es inexplicable que se pueda proseguir con la presente causa toda vez que la mala interpretación del cómputo de la prescripción de algún delito de abuso sexual subsista 20 años después de la posible comisión.

Seguidamente hace referencia al principio de legalidad.

Afirma que hablar de analogía, por aplicación de una norma para favorecer a la víctima, se encuentra en una flagrante violación al debido proceso puesto que este recurso es una solución extensiva para la aplicación de una norma nueva en una valoración semejante para arribar a una conclusión enmarañada de lo cual está prohibido.

Por lo esgrimido dice debe prosperar la prescripción por el vencimiento del plazo tal cual tiene previsto el art. 62 inc. 3 del CP, por lo que solicita se declare extinguida la acción penal por prescripción y se absuelva a su defendido. Hace reserva del Caso Federal.

Como segundo agravio postula: Sentencia condenatoria carente de motivación suficiente, ilógica y arbitraria, errónea valoración de la prueba (Arts. 372 inc. 3 y 5 del CPP).

Afirma que el Tribunal de Juicio se basó en el relato de los testimonios sin efectuar la valoración crítica de los mismos resultando esos insuficientes para tener probado la reconstrucción histórica de los hechos.

Entiende esa Parte que la sentencia criticada es producto de una indeterminación en cuanto a los hechos para arribar a la materialidad y la autoría, que de ninguna manera pueden llegar a la certeza necesaria para una condena. Así, refiere que la Fiscalía aportó mucha prueba testimonial pericial e informativa pero lo cierto es que la misma debe ser valorada de forma integral.

Argumenta que la descripción de los hechos para el encuadre típico surge del testimonio de las víctimas que se escucharon una sola vez (F. en la cámara Gesell y B. en el Debate), pero los mismos no fueron reproducidos por los demás testigos ni por profesionales tratantes. Que el testimonio único debe ser examinado con

exigencia porque los hechos ocurrieron veinte años atrás y a medida que trascurre el tiempo las pruebas son más débiles.

De seguido pasa al análisis y reproche hacia los representantes del Tribunal quienes, –dice- partiendo del testimonio de las supuestas víctimas, los describen, pero no los valoran.

Sobre ello dice que en el caso de la Dra. Pérez si bien afirma que con la prueba producida tiene por probados los hechos traídos a juicio como la autoría de J. L. A., no advierte la Defensa cuál es su razonamiento, si tomó una decisión y después buscó los fundamentos para sostenerla o si analizó la prueba y llegó a esa conclusión; también afirma que se trata de un razonamiento arbitrario basado en las intimas convicciones, del cual no surge su razonamiento ni conclusiones conforme lo exige en sistema de la sana crítica adoptado por el código de rito. Que se trata de copia y trascripciones de testimonios sin valoraros ni demostrar cómo llega a las conclusiones, que mucho menos realiza un análisis del descargo material.

Dice que la expresión de los hechos probados ha de ser además de clara, terminante y de existir la probabilidad de duda debe ser utilizada en favor del imputado, luego, afirma que su voto resulta infundado, que no analiza la prueba y cae en una fundamentación aparente.

Al analizar el voto del Dr. Orlando lo tacha de incurrir en similares defectos en la valoración que la Juez Pérez, que únicamente se limita a repetir lo escuchado de los testimonios de las víctimas sin realizar un análisis pormenorizado y confrontado con los demás testimonios llevados al Debate.

Considera que las víctimas dieron una versión pobre en circunstancias – F.- no puedo precisar dónde estaba su madre y su hermano, ni tiempos, ni cuando

comenzaron los ataques de angustia y de depresión, dijo que nunca la amenazó para que no cuente.

Se refiere a las particularidades en cuanto a la ponderación de la prueba en los delitos de abuso, las limitaciones propias del contexto en el que se desarrollan, máxime en el caso cuando se trata de una menor de hace más de veinte años y que resulta muy importante corroborar las conductas llevadas a cabo que los testigos describan en qué consistían los abusos. Dice que tanto psicólogo, amigas confidentes, madre y hermana escucharon de primera persona su relato, sólo refieren que fue abusada y que así es fácil encontrar concordancias.

Expone que los dichos de M. F. no pueden ser contrastados con otros testimonios ni aun con los de su hermana, que resultan expresiones aisladas que no alcanzan para tener un grado de certeza suficiente ni desvirtuar es estado de inocencia del imputado. Que en el mismo no existe persistencia en la incriminación. Cita Jurisprudencia.

Expresa que el Magistrado ha quedado huérfano en su análisis y ha omitido dar una respuesta razonable a las diferencias sustanciales que surgen de ambos relatos que nunca han hablado entre sí –remarca ello la Defensa- y que mucho menos que ambas conocieran circunstancias de los hechos que vivió la otra, que el hecho había sido más grave que lo que parientes y amigos creían conforme lo que había contado M. F. señalando la carencia de coherencia interna y externa en su relato y que el Juez no trata. Cita párrafos del Juez en cuanto al tópico.

Habla de que los relatos de las perjudicadas tienen afirmaciones de hechos sin concretar mayores circunstancias y le resulta llamativo –en la coherencia interna- que ninguna de ellas en el momento del hecho dijera nada no sólo a la madre o docentes sino entre ellas tampoco pese a no existir amenazas. Dice que dicha actitud no resulta congruente con las que adoptarían niñas de esas edades –nueve diez años,

que no había amenazas y que nunca G. A. escuchó nada, afirma que no hay datos para concatenar para afirmar la coherencia externa del relato.

Se refiere a la pericia psicológica de la Lic. P. realizada a M. F. y a M. B., quien acredita la afectación emocional de ellas, pero no queda concluyentemente confirmado que su causa sea la vinculación con el imputado. Tampoco puede confirmar con certeza que la angustia y depresión crónica en F. y los excesos de alcohol en B. sean consecuencia exclusiva de los abusos; que el psiquiatra S. P. fue contundente en afirmar que trató a M. F. por una derivación luego de una internación por ingesta de medicamentos e idea de muerte, pero como se pudo oír dijo que se trató de un intento de suicido, como consecuencia de una ruptura de pareja que había tenido en la ciudad de Buenos Aires.

Dice que la comprobación de la credibilidad subjetiva exige el análisis de las características física o psíquicas del testigo y que este examen, de posibles motivaciones espurias, el Juez no analizó si existieron ni despejó, en sus conclusiones, toda duda razonable.

Cita fragmento del voto del Juez Castro, calificando como *"tibio"* el análisis de la coherencia interna y externa del relato de M.F. y MB, afirmando que la interrelación que se invoca no se apoya con elementos concretos al relato de las denunciantes

Así se refiere al relato de la Sra. A. y que sólo aporta el lugar donde han vivido más no circunstancias sobre hechos o elementos externos que puedan dar apoyatura a los relatos de M. F. o M. B., denuncia escases probatoria producto de una deficiente investigación y acusación y no alcanza para suplir la prueba necesaria para arribar a la certeza necesaria.

También que, si bien es cierto que el relato del develamiento es coincidente en el tiempo de ocurrencia, no es menos cierto que los dichos en aquel momento todos dan una versión distinta de la forma en que habrían ocurrido. Que el Juez distorsiona la significación con una relevante importancia, que de ninguno de los tres testimonios (madre, MF y MB) no surge cuál o cómo habrían pasado los hechos no dijeron particularidades y pasaron más de tres años en efectuar la denuncia.

Se refiere al testimonio de la amiga A. Y. G., lo manifestado por MF durante el año 2014 cuando terminó la carrera de abogacía y que la palabra que utilizó es que había violado a las dos en varias oportunidades. Que dichos no pueden en absoluto ser conducente para afirmar prueba de cargo pues el termino violación no fue usado por las denunciantes y muchos menos podrá ser integrativo del cuerpo cargoso en contra de A.

Analiza la pericia psicológica y dice que el Magistrado incurre en una valoración subjetiva al no prestar mayor importancia a cuestiones que tengan relación con los elementos internos y externos del testimonio.

Dice que al momento del análisis de la pericia psicológica se puede observar muchas anomalías que han pasado por alto los Magistrados al momento de la valoración probatoria. Que de esa no se puede observar en el dictamen como fue la progresividad de instauración de las situaciones de ASI denunciadas en ninguna de las dos hermanas, no se desprende cuál y cómo fue el momento en que las mismas pudieron comprender, posteriormente, y resignificar como abuso sexual las escenas que habrían vivenciado en su infancia. Que tampoco ninguno de los jueces analizó cómo fue vivenciada para éstas la separación de los padres y la convivencia, la evolución del vínculo con el imputado. Habla del acompañamiento del SAVD, y que a la perito de parte del Ministerio Público Fiscal poco y nada le interesó recabar esta información.

Se refiere a la Lic. P., a la psicóloga tratante a quien se le deriva a M. F. y la situación de que nunca hizo referencias a las escenas de ASI, así como tampoco puede dar cuenta si el origen del estado depresivo recurrente, diagnosticado tiene origen endógeno o adquirido, así como tampoco fue informad por algunos de los otros profesionales tratantes.

Seguidamente se expresa en relación al análisis de validez que efectúa la perito Lic. P. en cuanto refiere que M. F. describió –cita textual- dice: circunstancias típicas y característica de una situación de abuso sexual: amenaza, presión, secreto, coerción; cuando ello no surge ni del testimonio ni en la pericia escrita ni de M. F. ni de M. B., señalando que surge del acta de diciembre de 2017 donde ésta dice que nunca la amenazó para que no dijera nada. Que la mención de la damnificada de que el imputado se constituía como una persona de poder no puede ser anudada a una vivencia específica de coacción y amenaza para la instauración del secreto.

Recalca que no resulta posible observar que no refieren en la cronicidad de los hechos relatados por ninguna de las dos hermanas situaciones que hubiesen resultado inesperadas o estados subjetivos del imputado.

Agrega que las hermanas, supuestamente víctimas, dan cuenta que lo que impidió que radicasen las denuncia antes estuvo en relación al lugar de "poder" del imputado, pero no aparece por qué no se lo contaron a alguien durante la infancia y si hubo algún intento fallido de develación, ninguna de las dos relatan o rememoran la existencia de coacción y/o amenaza para establecer secreto, ello es importante de resaltar que los motivos de la develación se encuentran en M. B. estrechamente relacionados con los de su hermana, pero los mismos no aparecen. Marca contradicciones en la pericia no consideradas –por los Jueces- en cuanto a que en esta establece que nunca asistió M. B. a terapia mientas ella refiere en el audio que sí, luego de haber ingerido alcohol con pastillas.

Aclara que en caso específico de M. B. características de su personalidad pueden estar relacionadas con el hecho de que su hijo nació prematuro y que sería difícil deslindar cuales serían las secuelas propias del abuso, sin embargo, los jueces no se preguntan sobre dichas cuestiones, realizando un análisis ligero de la prueba que solo puede derivar en una errónea valoración probatoria.

Dice realizar una objetiva valoración probatoria advirtiendo que no es posible realizar un análisis profundo de la pericia ya que en el cuerpo de la misma la Lic. P. no da cuenta de los indicadores y/o correlatos en las técnicas en los que sustenta sus afirmaciones respecto tanto de las características de personalidad como de lo que indican podrían ser estados emocionales relacionados como posibles secuelas de ASI, y que reprochados por la Defensa eludió dar respuestas, por lo cual los Jueces no pudieron jamás arribar a una conclusión fundada y ajustada a derecho.

Hace cita de fallo de la Cámara de Esquel en cuanto a la credibilidad del relato, luego se refiere ellos en casos en que no hay otras pruebas indubitadas, al margen del testimonio de la acusación.

Plantea que los jueces obviaron valorar–teoría de la defensa- los testimonios de C. M., O. A. A. y N. O. V., los cuales resultaban contemporáneos a los eventuales sucesos, como tampoco lo hicieron con la defensa material que efectuara el imputado.

Como tercer agravio, plantea errónea aplicación de la Ley Penal (inc. 2 del art. 372 del CPP. Incongruencia.

Argumenta que ese se corresponde con el reproche a la sentencia que receptó de la acusación, contradicción en la calificación legal escogida, con los hechos descriptos en las instancias de apertura de la investigación y la acusación de juicio y acusación final, lo que desencadena una marcada incongruencia.

Aclara que ello se planteó en las oportunidades de la acusación –art. 295 del CPP-, que no se aclaró en el resolutorio del art. 298, lo que nuevamente se reiteró como planteo previo al inicio del juicio. Concretamente se objetó incongruencia tanto en los hechos como en la calificación jurídica escogida, pero ello fue denegado por los Jueces, y no sólo no hicieron lugar, sino que en el resolutivo final se plasma una calificación jurídica distinta de la acusada. Se podría estar hablando de una incongruencia en la acusación y las respuestas jurisdiccionales obtenidas.

Dice reeditar el planteo por cuanto el Ministerio Público Fiscal realizó una descripción típica de la ocurrencia de los hechos en forma indeterminada e imprecisa como modo de ocurrencia entre los años 1998 y 2001. Se refiere a la indeterminación de los lugares, los horarios de ocurrencia de los hechos, cantidad de hechos posible (aclarando que en el caso de B. por sus dichos quedaron circunscriptos a tres hechos) aplicación de la norma contemporánea a los hechos bajo el análisis de las leyes 11179 o 25087 o 27351 del 17/05/17.

Menciona que en su oportunidad esa Parte apuntó que el art. 291 del CPP precisa y determina cómo debe ser la acusación y que ella debe tener las circunstancias de tiempo, lugar y modo para cada hecho punible denunciando que se llegó al juicio sin la posibilidad de conocimiento de qué era de lo que se tenía que defender claramente el Sr. A.

Acota que la convalidación que hizo el Tribunal hizo que posteriormente se produjera incongruencia sobre los hechos y la calificación jurídica legal final escogida sobre la que cayó la sentencia condenatoria.

Que en las proximidades de quedar en un estado de indefensión se ejercitó la Defensa –técnica y material- sobre hechos que estaban calificados previamente abuso

sexual gravemente ultrajante por la situación de convivencia en la modalidad de delito continuado, dispuesto en el art. 119, párrafo 4° inc. f, en relación al párrafo 2° del mismo artículo del CP, según lo que hice el tipo legal de la ley en el año 2017.

Acusa que dicha descripción genérica de los hechos también alcanzó a M. B. M., pues la Fiscalía no da cuenta del domicilio en el que pudo haber ocurrido dicho evento el que a la postre es traído en la declaración de esta y que quedaron circunscriptos al 2001 aproximadamente en el domicilio de I.

Indica que dada la precariedad de la acusación realizada un sometido a juicio tuvo limitación en el ejercicio de la defensa y que, aunque aportó pruebas no fueron las específicas para eventualmente descargar a favor de la defensa. Que es sabido que la sentencia debe tener un correlato sobre la reconstrucción que se pretende por parte del acusador pero que a pesar de que se advirtió sobre ello el Tribunal de algún modo convalidó esa vulneración y por ello se hizo la reserva de nulidad.

Seguidamente cita a doctrina en relación a como debe ser la acusación y que ello conforma una exigencia legal de raigambre constitucional relacionada con la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio y debido proceso del art. 18 de la

CN.

Se refiere a las etapas del debido proceso, a la congruencia fáctica desde la primera actuación del imputado en su declaración hasta la sentencia definitiva pasando por las actuaciones intermedias, ello a fines garantizar la vigencia del *non bis in ídem* y el control del recurso. Que dicho cumplimiento debe ser controlado por el tribunal del juicio, no puede variarse el hecho investigado, la acusación debe ser inequívoca. La defensa advirtió que los hechos que se describían no se correspondían con la norma que se pretendía amoldar.

Añade que esa Defensa tuvo razón en que los hechos no se correspondían con la calificación legal traída, pues ello no tuvo acogida en el marco del resolutorio,

concluyendo al final los jueces en otra calificación que poco o nada tuvo relación con aquella siendo la calificación final Abuso deshonesto (art. 127 CP ley 11179) en relación a los hechos ocurridos entre el año 1998 y 2001 en perjuicio de M.F. en concurso real (art. 55 del CP) con el delito de Abuso sexual Gravemente ultrajante (art. 119 2° párrafo Ley 25097), por los hechos ocurridos durante los años 2000 y 2001 en perjuicio de M.BM.

Afirma que jamás los hechos pudieron ser precisados y que se determinen como el molde para la explicación del tipo penal del cual fue encontrado culpable el Dr. J. L. A., que en varios pasajes de la sentencia los jueces se apartan del marco de la valoración de la prueba arrimada al proceso, que se advierte que esta es distorsionada, analizada a la luz de la íntima convicción, y no de la sana crítica racional tal cual se exige.

El letrado trae fragmentos del voto de la Juez Pérez de fs. 197 vta, y dice que deja entrever su posición precaria y que no se ajusta a la valoración de la prueba. Sobre el mismo señala que M. B. M. el 27/06/2001 había superado los 13 años, lo cual el espacio temporal que hubieren sucedido los hechos es sustancial para aplicar el tipo penal seleccionado, no se encuentra analizado que fueran antes del 2001 por la Juez, señalando que el tipo penal escogido en la acusación es el previsto por la Ley 27352 BO17/05/ 2017. Que tampoco se ha acreditado el elemento objetivo y subjetivo del tipo traído por la acusación, por lo que los tres jueces determinan el encuadre típico que finalmente le dieron.

Se agravia por entender que los jueces aceptaron un encuadre inicial con una norma que era inexistente al momento de los hechos -Ley 27352 BO17/05/ 2017-, pero en la sentencia tuvieron que ajustarse al derecho vigente al momento de los mismos, cuestión que debió haber sido así, tal cual esa Parte así lo requería. Así la variación jurídica no fue habilitante como lo debe ser para no incurrir en nulidad de

acuerdo al art. 322 del CPP en función del 332 del CPP y terminaron aplicando una ley, sin otorgar el derecho de defensa por la modificación de la significación jurídica.

Indica que se está refiriendo a la aplicación de la ley 25.087 para el caso de M. F., y en el caso la ley más benigna por aplicación del art. 2 CP, cual es el art. 127 de la Ley 11.179 y para los hechos que pudieron ocurrir en perjuicio de M. B. la aplicación de la ley 25.089, y no como la acusación fue sobre el tipo penal de la Ley 27.352. Que al haber ingresado la persecución penal por una ley posterior violenta el principio de congruencia, y dicha violación ha afectado la garantía de defensa en juicio y el principio acusatorio. Que no se está ante el criterio de que el juez puede variar en los términos del art. 322 1° y 2° párrafo del CCP sino que estamos ante una clara y evidente distorsión de los hechos y del derecho aplicable, tachando que ante la imposibilidad de haber resistido dicha imputación en el debate, en dicho punto la sentencia es parcialmente nula.

Apunta que, si bien para algunos autores en el aspecto jurídico rige el principio de *iura novit curia*, dicha postura no es unánime y está siendo dejada de lado por quienes propugnan la idea de que esta regla halla su límite en la formación de una calificación jurídica sorpresiva, que ello puede provocar indefensión en el imputado sosteniendo un concepto amplio de la acusación (Maier, Ángela E Ledesma, entre otros).

Establece, en relación a M. B., y conforme lo califican los jueces, que no corresponde la modalidad de delito continuado, sino el concurso real. Ésta refirió que los hechos ocurrieron en la casa de la Avenida I. y que recuerda tres hechos o tres veces, ello no es una pluralidad indeterminada, y que la Fiscal recurre al delito continuado porque le faltan las precisiones a esa descripción, que si no puede probar tres hechos debería quedar en un solo.

Finalmente agrega que el tipo penal que se le imputa al su defendido no encuentra justo molde y mucho menos se acreditó que haya sucedido conforme se ha sentenciado.

Cómo último agravio se refiere a la pena impuesta a la que califica excesiva y violatoria de las prescripciones del art. 40 y 41 del CP.

Esgrime que esa Parte solicitó la aplicación del mínimo legal previsto. Que al imponerla se ignoró el Art. 5° Ap. 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el 10, Ap. 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que los jueces no mencionan por qué se escogió ese monto de pena, por lo que debe considerarse arbitraria, entendiendo que es alejado del mínimo hasta el monto de la pena impuesta puesto que no se encuentran fundamentos para su desproporción en cuanto a la modalidad y quantum de pena, la que sin ser razonable ni proporcional, mucho menos es legal. Que al analizarse los elementos agravantes para su determinación en orfandad probatoria se valorara la extensión del daño causado.

Afirma que los Magistrados han excedido en sus apreciaciones al tomar en consideración en *malam parte*, circunstancias no volcadas en sus respectivos alegatos por los acusadores, que se ha utilizado prueba no expuesta por la Fiscalía afectando el derecho de defensa y violado el debido proceso –arts. 18 de la CN, Y 44 y 45 de la CCH. El Tribunal ha incurrido en interpretaciones contradictorias, no pudiendo dejar de mencionar que el imputado carece de antecedentes condenatorios, ni proceso en curso, o anteriores a los hechos denunciados circunstancia que si bien se menciona en la determinación de la pena no se ha reflejado numéricamente, por lo que solicita se revea el monto de la pena impuesta. Hizo reserva del caso Federal.

Por su parte, la Fiscalía, en su escrito –glosado a fs. 299/310- sostiene la sentencia condenatoria que se impugna, pues –dice- es el resultado de un razonamiento lógico, motivado y con adecuada fundamentación legal en donde los

Sres. Jueces dieron razón suficiente de su resolutorio. Asimismo, apunta que la Defensa en sus agravios reproduce en forma total y absoluta los argumentos expresados en el Debate, además de atacar también una resolución de la Juez natural del caso, lo cual indica, no corresponde porque ya tuvo en su momento procesal oportuno su respuesta judicial.

Al contestar el agravio sobre la prescripción de la acción planteado por la Defensa, y sostener esa parte que es un razonamiento errado por parte de los Jueces en base a entender que la convención de los derechos del niño rige para niños y no para mujeres del 29 y 30 años de edad. Dice que en tal sentido debe reseñar que la ley 27.206 modifica el código penal y en su art. 67 estableciendo que "en los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 - in fine -130 - párrafos segundo y tercero - 145 bis y 145 ter del código penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad", que el texto es conteste con la idiosincrasia de los delitos de naturaleza sexual en niños/as y adolescentes y el trastorno que estas conductas generan en la psiquis de las víctimas; de allí la denominación de respeto a los tiempos de las víctimas. Explica que ello ha acompasando así la normativa interna a los estándares internacionales exigidos en los tratados a los que nuestro país se encuentra suscripto y ha incorporado a la norma constitucional y de no ser ello así, podría a carrear sanciones internacionales para el estado ante el incumplimiento de obligaciones asumidas, y que en el caso abarcan también la violencia de género por tratarse de niñas (en aquel tiempo, y hoy mujeres.), tal como lo ha dejado sentado la C.I. D.H en "R. C.", entre otros, cita doctrina.

Sustenta su postura en que la Convención Americana sobre Derechos Humanos como así también la Convención sobre los derechos del niño (aprobada

por la ley 23.849 sancionada el 27 de septiembre de 1990, promulgada de hecho el 16 de octubre del mismo año) y la Convención de B. do pará (año 1995) eran ley vigente al momento de producirse los hechos objeto de proceso, que de dichos tratados se desprende la garantía de tutela judicial efectiva y derecho a la verdad.

Esas sujetan al estado argentino, incluyen medidas de protección, juicio oportuno y acceso a la justicia, en virtud del art. 1, 2 y, especialmente, el art. 7 de la convención de Belém do pará; obligaciones de igual tenor que debe observar el estado argentino respecto de los menores de edad, conforme el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Pide que este Tribunal tenga presente lo que se deriva de la aplicación del principio de subsidiariedad en materia de interdependencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y la normativa local, que habilita la invocación de lo que surge de las convenciones ante la falta de respuesta interna frente a las agresiones de los derechos humanos; y de la obligación de los estados de adecuar el ordenamiento jurídico con los Instrumentos internacionales, para garantizar el goce y reconocimiento de los derechos que de allí surgen.

Dice, por el principio de operatividad, que, desde el momento de suscripción a un compromiso internacional, al Estado le son exigibles por los particulares los derechos allí contenidos y que no puede invocarse una norma interna, prescripción, para incumplir sus compromisos (art. 27 de la convención de Viena).

Recuerda al Tribunal que la Convención del Niño era y es aplicable al caso bajo estudio, pese a que no existiera en el año 1997 una ley local que las reglamentara y la eventual prescripción de la acción penal no puede ser invocada para incumplir con aquellos tratados, en el periodo de tiempo de ocurrencia de los hechos, año 1998/2001 1as dos víctimas eran menores de edad, 8 y 9 años. Que además se debe tener en cuenta que el delito de abuso sexual infantil contempla diversas etapas de

ejecución del *iter criminis*, que van desde la comisión de las conductas sexuales hasta la mantención del secreto e impunidad sobre las mismas, efecto que se prolongan por años y se sostienen con conductas intimidatorias que no necesariamente son sexuales o directas, pero que siempre están dirigidas a revivirlos hechos y las secuencias y consecuencias de las agresiones sexuales, ya garantizar el secreto bajo amenaza, y con ello la impunidad del agresor.

Afirma que los delitos de abuso sexual atribuidos al imputado en perjuicio de las dos víctimas ocurrieron entre 1998 y 2001, -es decir que al momento de ocurrencia de los hechos denunciados, hasta 1994, regía la vieja versión del Art. 67 CP, según la cual la acción penal estaría prescripta-, tampoco cabe cuestionar que por Ley 23.849, del 20/11/1990, se la Convención sobre los Derechos del Niño, y tuvo jerarquía constitucional a partir del 1994.

Establece que en el caso las niñas -ahora adultas- fueron víctimas de violencia sexual por parte de un adulto de su confianza; denunciaron los hechos cuando fueron mayores de edad (año 2017) y el derecho de protección estatal lo tenían al momento de comisión de los hechos estaba tan vigente el viejo art. 67 como el derecho de las niñas a una tutela judicial efectiva y negarles el derecho a que sean juzgados los hechos y eventualmente sancionado su presunto autor -para salvaguardar el principio de legalidad- implica desconocer el principio del interés superior del niño; que se debe dar prevalencia al derecho de las víctimas, antes niñas hoy adultas a tener una tutela judicial efectiva. Plantea que, sin perjuicio que el Instituto de la prescripción es de orden público, debe destacarse que, a partir de la reforma constitucional de 1994, a través del artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna se amplió el "bloque de constitucionalidad", que no solamente está compuesto ahora por los derechos y garantías reconocidos en el articulado de la Constitución Nacional, sino que se completa con los derechos plasmados en los instrumentos

supranacionales suscriptos por el Estado argentino. Que por ello todo magistrado al fallar acerca de una controversia que se le plantea, como la presente, debe realizar el análisis de constitucionalidad y el control de convencionalidad, requisito que ha sido exigido a los Estados parte por la Corte Interamericana de Derechos. Cita fallos. Lo que agrega también ha establecido la CSJN.

Dice que con la incorporación de estas normas internacionales ha aparejado una flexibilización en la aplicación de los principios liberales del derecho penal (entre los que se encuentra el de legalidad) y de los institutos que derivan de ellos tal como la prescripción de la acción penal.

Indica que, en el caso concreto, es preciso señalar que los abusos sexuales que sufrieron las víctimas acaecieron cuando eran niñas menores de edad, conforme la definición del artículo 1° de la Convención de los Derechos del Niño. A continuación, trae los párrafos de los Jueces Pérez y Orlando conforme lo ha descripto la Defensa, y trayendo textuales de los votos los párrafos sobre ello los califica de argumentos sólidos, por lo que lo peticionado por la Defensa no puede prosperar, dado que en la sentencia se han plasmado con fundamentos jurídicos nacional e internacional el porqué de su decisión, los que no han sido favorables para esa Parte, y por eso sigue insistiendo.

En segundo término, argumenta respecto a la falta de motivación, suficiente y lógica de la sentencia, y en la arbitraria y errónea valoración de la prueba, en los que se agravia el Defensor. Entiende esa Fiscal que surgen de la sentencia la acreditación de la materialidad y autoría, a través de la valoración global del plexo probatorio que realizó el Tribunal, apartándose de los de las afirmaciones impuestas por la defensa. Con la trascripción extensa del voto de la Juez Pérez, respecto a la Cámara Gesell de M. F. M. y la declaración en debate M. B. M., concluye la titular de la acción que del

mismo se puede corroborar el análisis que efectuó de la prueba. Afirma, en tal sentido, que la Magistrada valoró ambos testimonios, desmenuzándolos para verificar su credibilidad y dando criterios al respecto, y apoyándose en otros testimonios, como el de M. S. D., A. G., G. A., L. I. M., el Licenciado M. E. P., el médico psiquiatra M. S., la licenciada M. E. B. y la licenciada M. P.

Esgrime que la valoración de la evidencia legalmente incorporada a debate es un proceso de construcción que no puede desdeñarse porque sí, ni analizarse de modo fragmentado, explicando que la sana crítica, como método de valoración, importa justamente una crítica libre de perjuicios de prejuicios, bajo las reglas de la psicología, la experiencia y la lógica, de manera tal que sus consecuencias sigan a sus causas, desde la perspectiva de un observador imparcial. Concluye que así fue efectuado los Magistrados de la presente causa, quienes se apegaron a las reglas mencionadas en el CPP, el que, si bien no impone normas generales para la acreditación de hechos delictuosos, ni determina abstractamente el valor de las pruebas, deja al juzgador la libertad para admitir todo medio legalmente incorporado que estime útil para el esclarecimiento de la verdad. Bajo esos estándares de la sana crítica racional, entiende que han tamizado cada uno de los indicios probatorios, de manera conglobada, por lo que han arribado a la certeza de la materialidad y autoría, respecto a los dos hechos enrostrados a J. A.

Indica que también surge del resolutorio atacado que los testigos de la defensa fueron valorados y, con fundamento legal, los magistrados explicaron el valor que le han dado.

Concluye sobre el punto que la sentencia es motivada, lógica, que contiene una valoración de la prueba acordé las máximas de la crítica racional, por lo que solicita se rechace el agravio impetrado por la defensa.

En tercer término, responde la queja respecto a la errónea aplicación de la ley penal y al principio de congruencia. Luego de efectuar sobre el tópico transcripción textual del voto de la Juez Pérez, refiere la que el planteo de la defensa es errado puesto que no existe afectación alguna el principio de congruencia, toda vez, que desde el inicio de las actuaciones en marzo del 2018, el imputado fue intimado por la misma plataforma fáctica, siendo inalterados esos hechos. Explica que, en la instancia de Juicio Oral, y a favor del imputado, se modificó la calificación jurídica de los hechos que damnificaron a M. B. M., los que, finalmente, en el alegato de clausura, se circunscribieron al último domicilio familiar ubicado en la calle Irigoyen, al lado de la estación de servicios YPF de esta ciudad. En referencia a ese encuadre legal, afirma que es unánime en la doctrina jurisprudencial la opinión que la aplicación jurídica de los hechos forma parte de los poderes jurisdiccionales del juzgador, de modo que es el juez es quién determina el derecho aplicable en los hechos probados. Ello, advierte, hace que la acusación no limite los poderes del juez, respecto a este extremo, pudiendo apartarse de la calificación jurídica escogida por el acusador. En tal sentido señala que el Tribunal Europeo Derechos Humanos expresó que, no obstante este derecho a ser informado el imputado de la acusación en los fáctico y jurídico, no implica el desconocimiento de las facultades del órgano jurisdiccional de aplicar el derecho que esté más ajustadas a los hechos, con independencia en las calificaciones esgrimidas por las partes (casos "D. S. T." , "P." y " C.").

Afirma que haciendo tener una idea precisa de la homogeneidad delictiva y, con miras a la protección del derecho de defensa y la contradicción, se debe tener en cuenta no solo el bien jurídico de los delitos, así como la estructura típica de esos. Aclara, al respecto, que se puede modificar la calificación jurídica, pasando de un hecho típico a otro, siempre que se traten de hechos delictivos homogéneos, es decir

con una estructura típica común. Señala que ello se denomina homogeneidad descendente, la que consiste en la modificación de la calificación jurídica por parte del Juez, luego de sustraer elementos fácticos que conformaban un tipo más elevado en la progresión delictiva. Así, razona que en el presente caso es lo que sucedió cuando el tribunal dio una calificación legal a los hechos imputados y la misma fue más favorable al imputado, sin variar la plataforma fáctica.

Finalmente, argumenta sobre la pena, indicando que es correcta y ajustada a las pautas mensurativas impuestas legalmente. Con trascripción de los votos sobre el sobre el tópico, explica que en la presente instancia de impugnación se presuponen los agravios, concretos y reales, no pudiéndose recurrir a una especie de "segundo juicio", como pretende la defensa.

Afirma que el Tribunal de Juicio luego de haber escuchado las partes y analizado lo sucedido en el debate oral y público, valoró de forma correcta la prueba ventilada, arribando al veredicto de culpabilidad y la imposición de pena.

Finalmente concluye que la decisión del tribunal fue el resultado de un análisis lógico, motivado y que diera lugar a la condena, por lo que solicita se rechace la impugnación incoada y se confirme, en todas sus partes, la sentencia atacada.

La plataforma fáctica traída por la acusación es la siguiente: "*Durante los años 1998 hasta el año 2001 las víctimas, M. F. M. y M. B. M. (quienes en ese tiempo eran menores de edad) convivían con su madre, la Sra. A. y la pareja de ésta, J. L. A., en un primer momento en el domicilio sito en calle C. N. X de esta ciudad, luego se mudaron al Pasaje de los N. y luego en calle I., vivienda ubicado aliado de estación servicio X de esta ciudad. En aquel periodo de tiempo, M. F. contaba con 9 años de edad y M. B. con 10 años de edad, y durante esa convivencia el imputado aprovechaba los momentos en que su Pareja G. no estaba en la casa o por las noches y abusaba de las menores. Concretamente, sobre M. F., el imputado iba a su*

habitación o hacia que la niña fuera a la suya, y tocaba su vagina, le introducía sus dedos, tocaba sus pechos, también hacia que la niña le agarrara su pene y lo masturbara. En otras oportunidades se subía sobre la niña, ella con bombacha, él se bajaba los pantalones y simulaba penetrarla, eyaculando sobre la ropa de la niña, a la cual luego se la hacía lavar. Que respecto de M. B., el imputado esperaba por las noches que su pareja no estaba o se durmiera, ingresaba a su habitación, se metía en la cama de la niña, se sacaba su pantalón y hacía que la niña lo tocara al mismo tiempo que él se masturbaba, y en otras oportunidades introducía sus dedos en su vagina. Ambas jóvenes no se animaban a denunciar estos hechos por el trabajo y cargo que ocupaba el imputado, y por los problemas psicológicos causados, denunciando los mismos en fecha 01/12/17." Llevada a cabo la audiencia que prescribe el ceremonial, la Defensa y la Fiscalía expusieron sus argumentaciones en similares lineamientos a los desarrollados en los escritos presentados, los que constan tanto en el vídeo, así como en la trascripción y en el Acta respectiva, como también la declaración formulada ante esta Cámara por el Sr. J. L. A.

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).

La Juez Flavia F. TRINCHERI dijo:

Viene a conocimiento de esta Cámara, la impugnación presentada por el Dr. D. S. defensor del señor J. L. A., contra la sentencia N° 1838/2020 OFIJUPM donde se condena al nombrado por el delito de Abuso deshonesto en la modalidad de delito continuado en concurso real con el delito de Abuso sexual gravemente ultrajante en la modalidad de delito continuado en carácter de autor (Art. 127 Ley 11.179, Art. 119 párrafo primero y segundo del Código Penal Ley 25.087, Arts. 45 y 55 del CP,

a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, Arts. 12, 29 inciso 3, 40 y 41 del Código Penal; por los hechos ocurridos en los años 1998 a 2001 en esta Ciudad, en perjuicio de M.F.M. y M.B.M.-

Intervino por el Ministerio Público Fiscal, Fiscal General Dra. María Alejandra Hernández.

Primer agravio. El Defensor plantea la extinción de la acción penal por prescripción en la comprensión que debe aplicarse lo establecido en el Art. 59 inciso 3 y 62 inciso 2 del CP, que no corresponde la reforma legislativa (Ley 27.206) por ser posterior a la ocurrencia de los hechos denunciados y que la ley anterior era la más benigna, por lo que favorecería a su pupilo, conforme el Art. 2 del CP.

Los hechos imputados, habrían acontecido entre los años 1998 y 2001 en oportunidad que las niñas M. B. M. y M. F. M. contaban con diez y nueve años de edad respectivamente, y convivían con el imputado ya que eran hijas de su concubina la señora G. A.

De acuerdo al relato de lo acontecido y su espacio temporal, la calificación legal escogida para la conducta que damnificara a M. F. M. fue Abuso Deshonesto, Art. 127 del CP Ley 11.179, en la modalidad de delito continuado y los que perjudicaran a M. B. M., se calificaron como Abuso sexual gravemente ultrajante Art. 119 primer y segundo párrafo del CP conf. Ley 25.087 también en la modalidad de delito continuado.

Como viniera reseñando, el Defensor sostiene que no puede aplicarse retroactivamente la Ley 27206 (modificatoria del Art. 67 en noviembre de 2015) considerando que de esta manera se estaría afectando el derecho de defensa de su pupilo.

La mayoría del Tribunal de juicio integrada por la Dra. Marcela Pérez y el Dr. Marcelo Orlando al resolver, no aplicaron retroactivamente tal legislación.

Entendieron que la vigencia al momento de los hechos de la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Interamericana de Derechos Humanos hacían viable la instancia de la acción en la oportunidad que se realizó la denuncia.

Así fue como la Dra. Marcela Pérez, con basamento en una sentencia del ocho de marzo de dos mil dieciocho de la CIDH " V.R.P. y V.P.R. y otros vs. Nicaragua", sostuvo: *"… A fin de contrapesar los derechos y garantías involucrados, no se trata de la aplicación retroactiva de la ley 27206, sino de la operatividad de las normas involucradas vigentes al momento del hecho, a lo que también hizo referencia la Acusadora, por lo que no se encuentra afectada la garantía de irretroactividad de la ley penal. Es decir, es necesario armonizar la legislación interna vigente al momento de los hechos con los preceptos de las convenciones internacionales referidas…"* Vid. fojas 186.

También encontró fundamento en su postura en lo resuelto por el STJER el veintisiete de abril de dos mil quince en autos "I., J. J. Promoción a la corrupción de menores agravada por ser encargado de la educación" citando el voto de la Ministro Dra. Mizawak y en un voto en minoría del Dr. Carlos Mahiques, integrante de la C.F.C.P, Sala II en la causa C.C.C. 14888/2007 s/recurso de Casación e Inconstitucionalidad de fecha cuatro de diciembre de dos mil diecisiete; transcribiendo los párrafos pertinentes, concluyendo: *"Por todo ello, teniendo en cuenta el deber de priorizar el interés superior del niño, su protección especial y a fin de hacer efectivo su acceso a la justicia en razón de su especial vulnerabilidad, la regla de la prescripción general queda desplazada por la normativa de la Convención de los Derechos del Niño en cuanto resultan operativas. Por todo ello, debe rechazarse el planteo de prescripción de la acción (Arts. 2,3 12 y 19 CDN, 19 y 25 CADH, 75 inciso 22 de la CN).* Vid. Fojas 186/vta, del voto de la Dra. Pérez.

Por su parte, el Dr. M. Orlando sobre el tópico, dentro de sus argumentos reseñó citas jurisprudenciales de la CSJN, doctrinarias –Sagües, Bidart Campos- y el voto del Juez Gustavo Hornos miembro de la Sala VI de la Cámara de Casación Penal en la causa 191 /2012 "A,J. s/ Recurso de casación" para dar sustento a su postura y concluir: *" Es así que frente a la prescripción, de acuerdo a lo previsto en el Art. 62 inciso 2 por el transcurso del plazo, siendo que las víctimas eran niñas al momento del hecho, protegidas por la Convención de los derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos, ambas de rango constitucional, corresponde la aplicación de éstas a fin de tutelar adecuadamente el ejercicio de sus derechos, sin que ello verifique a la luz de los principios y doctrina mencionadas, afectación alguna al ordenamiento jurídico ni las garantías que asisten al imputado en el marco del proceso penal*." Del voto del Dr. Orlando fojas 206.

El Defensor, en total consonancia con lo sostenido por el Juez Castro, en su líbelo impugnativo sostiene: *"... el Dr. Castro, bajo un razonamiento ajustado a lo normado, lógico y prolijo, llega a una conclusión totalmente contraria a los otros dos magistrados integrantes del tribunal. Y reza en la sentencia, que al momento de la deliberación manifestó "Que, en aquella oportunidad, al momento de deliberar con mis colegas he opinado que, tal como lo ha sostenido el Sr. Defensor Particular, los delitos imputados al Sr. L. A. se encuentran prescriptos y en ese estado paso a dar los fundamentos".* Vid. fojas 282. El Dr. Castro también citó sentencias de la CIDH, fallos de la CSJN, una Opinión Consultiva de la CIDH y dos fallos de nuestro STJ, los que en su impugnación también reseña el Dr. S.

Para impugnar lo dicho por los Jueces de grado Dra. Pérez y Dr. Orlando, el señor Defensor esgrime argumentos que sucintamente reseño a continuación.

Sostiene que la Convención de los Derechos del Niño se aplica a los casos que involucren a niños, que se tendrá en cuenta su interés superior en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos. Que el Art. 19 establece que los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio, o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Concluye que la Convención se aplica a niños, no es el caso de mujeres de veintinueve y treinta años de edad, al mismo tiempo que no establece la imprescriptibilidad de los delitos sexuales que afecten a niños.

Por otro lado, el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley, también está reconocido en la CADH Art. 7 inciso 2: Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. Sostiene que el instituto de la prescripción integra el concepto de ley penal y transcribe el Art. 18 del la CN y el Art. 2 del CP, para concluir que no resulta aplicable el Art. 27 de la Convención de Viena, no se está invocando el derecho interno contra un derecho consagrado a nivel internacional, sino que se debe compatibilizar derechos reconocidos al imputado y a la víctima por la Convención.

Agrega con citas jurisprudenciales de la CIDH que los casos tratados en las sentencias dictadas por este Tribunal, se refieren a niños víctimas donde el Estado no tomó medidas eficientes a la hora de investigar y se favoreció la impunidad.

En el caso que nos ocupa no hubo falta por parte del Estado, los hechos no se investigaron porque no se conocían, nunca se denunciaron, ni se probó cual fue el grave impedimento para que se realice en tiempo oportuno.

Dice que existe una tensión entre el derecho a la tutela efectiva por parte de las víctimas y el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable que no puede ir más allá del plazo de la prescripción. Que existen factores por los cuales algunas víctimas merecen una tutela judicial efectiva "especial". Esto es, que no ceda ante la prescripción, por la gravedad del delito y el accionar estatal. Que por ser víctimas de la violencia e impunidad estatal tienen derecho a una sentencia justa más allá del paso del tiempo.

Sostiene que de las actuaciones no se desprenden razones que indiquen que estamos frente a episodios que puedan ser subsumidos en la categoría que la CIDH ha denominado "graves violaciones de derechos humanos", particular clase de delitos que no está sujeta a extinción por prescripción.

El señor Defensor, apontoca sus argumentos en el voto del Dr. Castro :*" ....Y por si fuera poco, ante la ya descartada posibilidad de aplicar en forma retroactiva por la vía de la Convención de los Derechos del Niño el art. 67 del Código Penal según Ley 27206, si ello resultara eventualmente posible, nos encontramos con otra valla insalvable; el art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que "ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a algunos de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor o menor medida que la prevista en ella, b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda ser reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otro Convención en se parte de uno de dichos Estados".(t) Que el artículo citado*

consagra el principio pro hómine, siendo uno de los pilares del régimen de protección internacional, de los Derechos Humanos. Y en ese sentido la propia Corte Internacional de Derechos Humanos ha señalado que "si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana" (OC S/85 Párrafo 52.). Y en el caso que nos ocupa, la norma que más favorece a la persona humana es la que consagra el principio de legalidad y retroactividad contenida en el Art. 9 del Pacto San J. de Costa Rica y el Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues como bien sabemos estos principios funcionan frente al Estado Represor, y lo que intenta el Ministerio Público Fiscal, es precisamente hacer renacer una persecución penal que ya ha fenecido". Del voto del Dr. Castro, fojas 226.

El Judicante cita dos fallos de nuestro Superior Tribunal donde toma la misma postura sobre la prescripción, sentencias que también reseña el señor Defensor, Dr. S.; a saber: autos "N.C.A. Denuncia Abuso sexual" Expte 100.294-1ª- 2017 de fecha cinco de setiembre de dos mil diecisiete y "A.A.S. S/Denuncia Abuso sexual 100.286-1ª-2017 de fecha seis de setiembre del mismo año; donde reseña el Defensor lo dicho por nuestro cimero Tribunal: *"Que la Ley 26.705 (B.O. del 05/10/2011) rige para los hechos ocurridos después de su entrada en vigor. Por tanto, respecto al hecho de la causa (1/3/2005) tal reforma es inaplicable. E inaplicable aun retroactivamente: las condiciones suyas (Artículo 1), las que influyen sobre el curso de la prescripción de la acción penal, son más gravosas para el imputado si se comparan con las previstas por la ley vigente al tiempo del delito (Código Penal, Arts. 2 y 63)*. Del escrito del Dr. S., fojas 285/vta.

Argumenta que la ultra actividad de la Ley derogada se impone. La ultra actividad es Ley Nueva. No es la anterior, abrogada, tampoco la vigente, ajena al

caso. Ella en la continuidad específica de su vigor, opera de pleno derecho y deja sin base jurídica al remedio extraordinario.

Dice que la quietud y pasividad de no denunciar por los legitimados, no es una carga que deba soportar el imputado. En atención a la escala penal de los delitos que se le reprochan respecto de M. F. y M. B., respectivamente, si se tiene en cuenta que la denuncia fue radicada el primero de diciembre de dos mil diecisiete, M. F. M., denunció doce años después al plazo máximo de posibilidad de denunciar y M. B., seis años más tarde. En todos los supuestos la acción se encuentra extinguida por prescripción.

El Dr. S., tanto en su escrito de impugnación como en su alocución durante la audiencia a tenor del Art. 385 del CPP efectuó diversas citas jurisprudenciales, de la CIDH y tribunales nacionales, las que no reseño a fin de no sobreabundar, pero con tales alusiones da sustento a su postura.

Adelanto que en relación a esta primera cuestión que nos ocupa, comparto lo resuelto por la mayoría del Tribunal, la Dra. Pérez y el Dr. Orlando. Doy razones.

Tanto el Dr. Castro en su voto y el Dr. S. en su impugnación, ponen especial atención en nuestro derecho interno y al momento de ponderar los Tratados internacionales que tienen supremacía constitucional desde la reforma a la CN en 1994 –conf. *Art. 75 inciso 22 "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes…"*, advierto que no realizan una armonización ajustada de los mismos, en atención a los valores jurídicos puestos en juego.

En primer lugar, con base en los Arts. 59 inciso 3, 62 inciso 2, 63 y cctes del CP, hacen hincapié en el instituto de la prescripción y su finalidad. En tal sentido, la doctrina, tiene dicho: *"…puede definirse positivamente a la prescripción de la acción penal como un límite temporal autoimpuesto por el estado para ejercer su*

poder punitivo. Asimismo, se la puede caracterizar, de manera negativa, como un impedimento u obstáculo a la acción pública por parte de éste, que encuentra su principal razón de ser en el transcurso del tiempo. ... En el campo de nuestro derecho constitucional la limitación temporal a la persecución pública fue reconocida en el año 1994 mediante la incorporación al Texto Fundamental del derecho a obtener justicia dentro de un plazo razonable (art. 75 inc. 22 CN y art. 7.5 CADH).....Se discute si la prescripción de la acción penal posee basamento constitucional. En tal sentido, comparo la posición de M. A. que se opone a dicha tesis efectuando una correcta diferenciación, entre el instituto de la prescripción propiamente dicho y el derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable" Prescripción de la acción en el Código Penal Argentino, Elosu Larumbe, A., Editorial Ediar, pags.18/19.

Con ello advierto que, la Defensa fundándose en la garantía constitucional a obtener justicia dentro de un plazo razonable -la que deriva de la defensa en juicio-; enarbola el instituto de la prescripción como garantía reconocida en los tratados internacionales con igual jerarquía que el resto de los intereses jurídicos que están en colisión y he de decir, que disiento con ello.

Como refiriera más arriba, los Jueces de la mayoría armonizaron temporalmente los lineamientos del principio de legalidad de nuestra Constitución Nacional con los pactos internacionales que, con idéntica jerarquía imponen absoluta garantía de los derechos de todos aquellos que integran un proceso penal.

Sabido es que la prohibición de retroactividad rige respecto de todos los presupuestos de la punibilidad del Derecho material y tampoco cabe una reapertura de los plazos de prescripción ya transcurridos; pero coincido con los Jueces Pérez y Orlando que esta certeza para el imputado cede si tenemos en cuenta que los hechos

acontecieron cuando ya formaba parte del conjunto normativo de nuestro país, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Ley 23054 sancionada el 1 de marzo de 1984 y promulgada el 19 de marzo del mismo año, y la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Ley 23.849 sancionada el 27 de setiembre de 1990 y promulgada el 16 de octubre del mismo año.

Ambas Convenciones expresan el derecho de toda víctima a contar con una tutela judicial efectiva y la segunda impone al Estado el deber de priorizar el interés superior del niño.

Se desprende de los agravios que el Dr. S. no cuestiona la vigencia de tales instrumentos, solo que no lo encuentra de aplicación en el presente, cuando sostiene: *"la Convención se aplica a niños, no es el caso de mujeres de veintinueve y treinta años ... no está establecida la imprescriptibilidad de los delitos sexuales que afecten a niños",* entre otros argumentos.

Basta citar la normativa de la Convención de los Derechos del niño, para dar por tierra esta tesitura. En su artículo 12 establece el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores y en el artículo 19 dispone el deber de proteger a los niños víctimas de abuso sexual, aun cuando se encuentren bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Las víctimas en las presentes actuaciones, comenzaron a serlo cuando contaban con nueve y diez años, sufriendo los acometimientos sexuales dentro del seno familiar. No se puede desconocer que esa sola circunstancia las colocaba en una situación de extrema vulnerabilidad y una manifiesta desigualdad de armas con su agresor.

Las víctimas menores de edad al momento de los hechos, no tienen especial control del elemento *tiempo*, como si pudieran registrarlo frente al caso donde la

víctima es un adulto. Al mismo tiempo, hay evidencias empíricas que demuestran que los niños no pueden hablar de ciertas cosas que les pasan, de hecho, la palabra infancia deriva del latín que indica la etapa de la vida en la que no se habla o se habla mal, y en casos de abusos esta palabra queda suspendida acompañada por el silencio y quizá solo puede ser reconstruida, si es que llega, con su reconocimiento. Eligio Resta, "La infancia Herida" Editorial Ah Hoc, pag.24.

En el caso que nos ocupa, el silencio en el tiempo de las damnificadas no constituye un reproche para el imputado, aquí el responsable es el Estado, quien, pese a las obligaciones internacionales asumidas, ha fallado y eso no le puede limitar a la víctima su acceso a la justicia.

La importancia de otorgar protección a las personas en situación de vulnerabilidad, surge también de las Reglas de Brasilia, donde se sostienen que *"tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial."*

Continuando con lo dispuesto a través de los organismos internacionales a los que nuestro país se somete a través de los tratados que ha suscripto, considero de aplicación al presente, lo sostenido por la CIDH en B. vs. Argentina, donde el gobierno del Estado Argentino reconoce su irrenunciable vocación de cumplir integralmente con las normas de derechos humanos a las que se ha obligado nacional e internacionalmente y asumir la responsabilidad internacional.

Al mismo tiempo, establece que no pueden oponerse disposiciones de derecho interno, como la prescripción, a decisiones de la Corte que entiendan procedente

como forma de reparación, la investigación y castigo de violación de derechos humanos.

En cuanto a los tratados, el Dr. S. alude a los mismos y cita aquellos donde el Estado debe otorgar protección a niños víctimas, que necesitan una tutela efectiva especial y apunta a la comisión de delitos por partes de los representantes del Estado, aunado a que se refiere también a la violación de derechos humanos tales como la tortura o la desaparición forzada de personas, que sí conllevarían la responsabilidad estatal y dista del presente caso. Cita para ello, el Art. 9 del Pacto San J. de Costa Rica, el Art. 15 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en toda esta normativa se sostiene que cuando estos instrumentos se refieren a *persona humana,* lo hacen en contraposición a la normativa que favorezca al Estado.

Aquí estamos frente a dos personas físicas. Con acierto el Dr. Orlando a fojas 205 vta, cita a Bidart Campos al referirse *a un conflicto entre dos o más particulares y que debe buscarse la norma más favorable para el derecho de la parte que en el conflicto guarda relación con un bien o interés jurídico de mayor alcurnia que el de su oponente, todo ello de acuerdo a una opción razonable y objetiva en la escala analógica."*

La solución adoptada por la mayoría de los Jueces de grado, se corresponde con la postura que se viene consolidando tanto en doctrina como en jurisprudencia acerca de la preponderancia del interés superior del niño, frente a la colisión con otras garantías de raigambre constitucional. Así lo sostuvo la Sala IV de la Cámara de Apelaciones y Garantías de La Plata en autos *"CP 30180 Prescripción Abuso sexual con acceso carnal calificado"* en fecha 07 de Marzo de 2019 donde la Juez Doctora Oyhamburu, sostuvo: *"De lo exhibido, entiendo que los principios que se*

incorporan por la nueva regulación y en este caso en particular se ponen en juego, deben conjugarse atravesando –en lo pertinente- la disposición contenida en el Art. 67 del CP del código de fondo, a través de una armónica interpretación que viene a exigir la suscripción de los Tratados reseñados con jerarquía constitucional con anterioridad a las últimas reformas del C.P., en rigor de verdad, no fueron tenidos en cuenta por el ordenamiento interno, sino hasta hace pocos años, lo que me lleva a evaluar que si bien el imputado es parte esencial en el proceso, a la luz de la normativa internacional valorada, también lo es la víctima, produciéndose entonces un enfrentamiento de dos valores jurídicos y estos son la protección del imputado y la protección de la víctima, los que me imponen resolver lo más favorable a ambos, priorizando como en el caso de autos –cuando no quede otra vía de solución- el interés superior del niño."

Por todo lo expuesto, debe rechazarse el planteo de prescripción de la acción penal interpuesto por el señor Defensor.

Segundo agravio. El Dr. S. sostiene que la sentencia en crisis es producto de una indeterminación en cuanto a los hechos para arribar a materialidad y autoría en cabeza del señor A. Sostiene que los Judicantes contaron con testimonios únicos de hechos ocurridos veinte años atrás.

Del cotejo del cuadro cargoso obrante en autos, se desprende con claridad que esto no se ajusta a la verdad. Los testimonios únicos y directos pertenecen a las damnificadas, pero existe un gran número de testigos a quienes fueron sus confidentes en cuanto a los hechos, sumado a los profesionales de la salud que intervinieron por la inestabilidad psíquica de ambas lo que acredita el padecimiento de abuso sexual infantil.

La “indeterminación en cuanto a los hechos” de la que se queja, es inconsistente. Ambas víctimas brindan circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ocurrieron los hechos y de eso se vale el Tribunal de juicio para encuadrar la figura legal y luego, con el cuadro probatorio obrante enrostrarle la autoría al señor A.

En los relatos, se ubicaron en el tiempo, cuando tenían nueve y diez años, a partir de la separación de sus padres y la mudanza y convivencia con el imputado.

La conducta que desarrollaba el nombrado está claramente descripta al igual que los lugares de comisión: ingresaba a la cama de las niñas o las llamaba a la de él y les acariciaba partes del cuerpo, les bajaba la ropa interior y el piyama y les tocaba la vagina, llevaba las manos de las niñas a su pene y allí comenzaba una práctica masturbatoria hasta eyacular.

En otras oportunidades, se colocaba sobre ellas, realizaba movimientos propios de una cópula, sin penetrarlas, hasta que eyaculaba sobre la ropa interior de las niñas. Luego, se subía los pantalones “como si nada hubiera pasado” y las mandaba a lavar la bombacha que las chicas dejaban secando en las canillas de la ducha. El agresor nunca se quitaba los pantalones, solo se los bajaba, igual práctica, desarrolló con las dos menores.

La conducta la relaté en plural porque fue similar con ambas, pero no simultánea, lo hacía con una niña a la vez con total desconocimiento de la otra.

Arguye el Defensor que la Dra. Pérez comienza afirmando que tiene por probada la materialidad y autoría, pero no conoce su razonamiento, busca fundamentos que la sostengan y llega a esa conclusión. Realiza un razonamiento arbitrario, en primer lugar, realiza una afirmación, luego acomoda la prueba producida, siendo sostenido todo ello por su íntima convicción.

Encuentro que la Dra. Pérez recurre a una modalidad de redacción la que consiste en adelantar su postura y seguidamente dar razones, ello no invalida la manera en que concatena los conceptos –basados en la prueba que puntillosamente reseña- que la llevan a la conclusión que adelanta al comienzo de su mérito.

Respecto al Juez Orlando, efectúa una crítica similar, sostiene que se limita a reproducir todo lo dicho por la víctima M. F. en Cámara Gesell. El Defensor encuentra imprecisión en los hechos, que la aludida vulnerabilidad de esta joven era "*traerle un problema a su mamá"*.

El Tribunal de juicio con acierto reseñó cada uno de los testimonios, en su parte pertinente, los que dieron sustento a su postura y motivadamente arribaron a una conclusión, no se trató de una copia de los dichos sin más. Realizaron la práctica que les exige el Art. 25 del CPP: *"Formarán su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida".*

La Defensa señala que los testigos a quien ella le contó lo ocurrido, dicen que "fue abusada", no dicen cómo. En relación a los testimonios de M. F. y M. B. sostiene que ahora se analizan o escuchan los dichos de mujeres adultas que no se comunicaron entre sí, ni hablan de hechos ocurridos cuando eran niñas.

La práctica y la experiencia nos demuestran que las personas, ajenas al conocimiento del derecho o al ambiente judicial, mencionan muchas veces a la palabra "abuso" para referirse a una agresión de tipo sexual, sin entrar en detalles, como ser: tocamientos en las partes pudendas, introducción de dedos en la cavidad vaginal, entre otros supuestos. Si bien es una herramienta de la que se vale la Defensa para agraviarse, resulta un reclamo que no tiene asidero. Esperar que jóvenes que han sufrido delitos de esta índole, cuenten lo acontecido con sumo detalle a sus amigas, novios o parejas, resultaría por demás infrecuente.

Que lo hayan dicho a través del tiempo a diferentes personas, es un indicio que ello ocurrió, que no fabulan ni tienen especial animosidad hacia su agresor, sólo hablaron lo que pudieron para aliviarse del secreto que mantenían desde chicas.

Continuando con el agravio a fojas 289/vta, el Defensor expresa: "*Adviértase que en el presente caso, el análisis que realiza el Magistrado Orlando ha quedado huérfano de apoyo en su análisis. Sin embargo, considero que el magistrado ha omitido dar una respuesta razonable a las diferencias sustanciales que surgen de ambos relatos de las menores, las cuáles* ***nunca ha hablado entre sí,*** *mucho menos que ambas conocieran circunstancias de los hechos que vivió la otra…. Los relatos de las perjudicadas tienen afirmaciones de hechos, sin concretar mayores circunstancias que ilustren a su relato, en el caso que se puedan confrontar entre las dos. Por un lado M. F. da cuenta que los sucesos ocurrieron muchas veces, por su parte M. B., da cuenta que "al menos tres veces". Lo llamativo, y en el análisis de la coherencia interna es que ninguna de las dos al momento de los hechos no dijeron ni hicieron nada, ni en ese momento ni después, a pesar de no existir amenazas. No solo a su madre o docente, sino que tampoco entre ellas, comentaron algo.*

Opino en total disonancia con lo dicho por el Defensor. Que hayan incurrido en algunas imprecisiones de su relato, el que impresionó V. y espontáneo, no me genera suspicacias de porque ocultaron lo ocurrido o no se comunicaron entre sí. Es propio del secreto que se impone en este tipo de delitos y de las situaciones vividas a tan temprana edad.

A criterio del Dr. S., la pericia de la Lic. P. no es concluyente respecto que las denunciantes sufrieran Abuso sexual infantil.

No da razones suficientes el Defensor de porque arriba a esa conclusión. La Lic. P. llegó a la misma conclusión en relación a los dos jóvenes y en la audiencia de debate se explayó acerca del psicodiagnóstico que les realizara. En relación a M. F. sostuvo que efectuó relatos de vivencias de abuso sexual infantil y no observó indicadores de simulación, falta de criterio de realidad y cumple los criterios de credibilidad del relato, consideró que toda su presentación piscopatológica actual es posible que se relacione con estas vivencias traumáticas durante la infancia.

Respecto de M. B. sostuvo que efectuó un relato específico de vivencias sexuales durante la infancia y el impacto que habían tenido en ella y como las reinterpretaba en su adultez.

M. F., le habló también del abuso al Lic. G. G. y a la Lic. M. B., quien sostuvo que le impresionó que la joven vivenciaba lo que decía, coincidiendo con el diagnóstico del médico psiquiatra S. P. en cuanto a la joven.

El Defensor, al ocuparse del testimonio de la madre, Sra. G. A. dice que no da cuenta de circunstancias sobre los hechos o circunstancias externas que puedan dar apoyatura a la versión de lo ocurrido. Así es como critica el Voto del Dr. Castro, sosteniendo:" *En el caso del Dr. Castro realiza un tibio análisis entre la coherencia interna y externa de los relatos de M. F. M. y M. B. M., pero en el caso introduce el relato de la madre, la Sra. A., empero adviértase que la supuesta interrelación que se realiza, no apoya con elementos concretos el relato de las dos denunciantes, no le dijo en que consistían los abusos… Me explico, el relato de la Sra. A. solo aporta sobre el lugar donde han vivido, pero no da cuenta circunstancias sobre los hechos o elementos externos que pueden dar apoyatura a los relatos de M. F. o M. B. En ningún caso da cuenta de circunstancias que puedan ilustrar la escena de los hechos. Es decir que los escases probatorio producto de una deficiente investigación*

y acusación, no alcanza para suplir la prueba necesaria para arribar a un grado de certeza suficiente para que se alcance una condena.- " Vid. fojas 290.

Examinado el testimonio de la señora A., es cierto que no pudo aportar datos acerca de los hechos al momento de cometerse, los desconocía, los ignoraba, no ocurrían en su presencia y ella dio cuenta que dejaba solas a las niñas con su pareja, ya que tenía confianza en él, tenían todos buen trato y describió entre ellos una vida familiar.

Lo que sí dio a conocer A. con su testimonio, fue como tomo conocimiento de los abusos sufridos por M. F. y cómo fue su vida física, social y emocional a partir de ese develamiento. Tiempo más tarde conoció por boca de M. B. que ella también había sido víctima de A., sumado a los síntomas que la joven presentó a lo largo de estos años y ella así pudo encontrarle explicación a sus sucesivas borracheras, a su presión alta.

El Dr. S. hace referencia a que las damnificadas vieran al imputado como una persona de poder, no puede ser adunado a una vivencia específica de coacción o amenaza para instalar el secreto.

Esta crítica no resiste el menor análisis. Que el señor A. al momento del comienzo de la convivencia se desempeñara como Jefe de la U. Regional local y portara un arma de fuego y que la madre de las niñas, era una efectiva policial administrativa y luego él, retirado ya de la fuerza policial, siguió detentando cargos públicos de cierta notoriedad en la comunidad; brindaba *per se* una imagen de poder y autoridad frente a dos niñas de nueve y diez años, que convivieron con él hasta sus doce y trece años de edad, respectivamente.

Ellas impresionaron sinceras en su testimonio, no dijeron que él les exhibiera el arma de manera amenazante o les impusiera secreto. Pero todo ocurrió cuando eran niñas de corta edad que, en su psiquis, estas circunstancias –el arma, su

jerarquía- impactaron de lleno en ellas como un hombre poderoso, al que además respetaban y salvo esos episodios que no alcanzaban a comprender – dónde él les hablaba de jugar al momento de los abusos- lo apreciaban como un padre presente, así lo manifestaron.

Todo esto, constituye un *plus* dentro de la figura que nos ocupa. Los patrones de conducta de ASI comprenden estas situaciones: desigualdad entre víctima y victimario, confusión acerca de lo que ocurre, temor, vergüenza y secreto; aunque este silencio no sea impuesto ni el victimario pertenezca a alguna fuerza de seguridad.

Parte de este desarrollo de los acontecimientos, es propio de este tipo de delitos que se producen en el seno familiar, donde las victimas pequeñas quieren a su agresor quien las trata bien, con cariño y al mismo tiempo las desconcierta y no comprenden su conducta lasciva.

Por ello, también se cuenta con testigos como ser, H. M. y O. A., por ejemplo, quienes dan cuenta del buen trato que veían entre A. y las niñas M., incluso ellas lo visitaban en su lugar de trabajo.

He de decir que el Dr. S. en su esforzada defensa no logra desvirtuar la materialidad y autoría de los hechos enrostrados que pesan sobre su defendido. No consigue en este estado desviar los actuales síntomas de las jóvenes hacia las como consecuencia de las desavenencias conyugales de sus padres o al estado puerperal de M. B.; no lo demuestra científicamente y por el contrario, si está demostrado en la causa a través de diferentes profesionales que las abordaron que han sufrido Abuso Sexual infantil. Por todo lo dicho, este agravio debe sin más, desecharse.

Tercer agravio. *"Se corresponde con el reproche a la sentencia que receptó de la acusación, contradicción en la calificación legal escogida, con los hechos*

descriptos en las instancias de apertura de la investigación y la acusación de juicio y acusación final. Lo que desencadena en una marcada incongruencia." Vid. fojas 292 vta.

Critica que, en la audiencia de apertura prevista por el Art. 274 del CPP de fecha 22 de marzo de 2018, la señora Fiscal circunscribe los hechos "durante los años 1998 hasta 2001" donde ambas menores conviven con su madre y su pareja, el Sr. A. Describe la conducta reprochada al nombrado y le enrostra "Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la situación de convivencia en la modalidad de delito continuado respecto de cada una de las víctimas -Art. 119 párrafo cuarto inciso f, en relación al segundo párrafo del mismo artículo y 45 del CP-.

Al momento de formular la acusación escrita, la Fiscal General Dra. María Alejandra Hernández sostiene la misma acusación e igual postura adopta al iniciarse el debate.

Al alegar sobre el final del debate, conforme se transcribe a fojas 175, la Dra. Hernández expresó que "entendiendo que las conductas lascivas del imputado encuadran en las previsiones de los artículos 119 primero y segundo párrafo del Código Penal, esto es abuso sexual gravemente ultrajante, que esos abusos fueron cometidos en un período de tiempo, por eso la modalidad de continuado y respecto de cada una de las víctimas, circunstancias por la cual, deben concursar en forma real".

El Tribunal, al dictar sentencia resuelve condenar a J. L. A. por el delito de Abuso deshonesto en la modalidad de delito continuado en concurso real con el delito de Abuso sexual gravemente ultrajante en la modalidad de delito continuado en carácter de autor (Art. 127 Ley 11.179, Art. 119 párrafo primero y segundo del Código Penal Ley 25.087, Arts. 45 y 55 del CP) cometidos en los años 1998 a 2001 en esta Ciudad, en perjuicio de M.F.M. y M.B.M, respectivamente.

El Defensor se agravia del cambio de calificación legal, lo que a su juicio constituye la incongruencia que señalara al inicio, sumado a la indeterminación en el lugar de acometimiento de los hechos y su consecuente encuadre jurídico.

A fin de dilucidar con claridad lo planteado, he de hacer una breve reseña.

Se encuentra probado en la causa que la pareja conformada por el señor A. y la señora A. convivieron con las dos hijas de ésta última desde el año 1998 hasta el 2001 en tres domicilios de esta Ciudad, a saber: en primer lugar, el que está sito en calle N., luego en una casa en Pasaje de los N. y, por último, una vivienda en calle I.

La joven M. F. sostiene que los acometimientos se produjeron a lo largo de tres años y se inician en la primera casa situada en calle N. Por su parte, su hermana M. B. recuerda los abusos sexuales cometidos en la vivienda de calle I., la última morada de la pareja durante el último tramo de su relación.

Avocándonos a la ley vigente al momento de los hechos, hasta el mes de Mayo de 1999 el Titulo III de nuestro Código Penal, Ley 11.179 se denominaba "Delitos contra la honestidad" y el supuesto fáctico que le se enrostró a J. L. A. encuadraba en la figura legal de "Abuso deshonesto" previsto por el Art. 127 el que imponía prisión de seis meses a cuatro años al que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del Art. 119 sin que haya acceso carnal.

Así definía la materialidad del abuso deshonesto, el doctrinario Carlos Creus: *"... consiste en conductas de acercamiento o contactos corporales con la víctima, de significación sexual, sin que constituya acceso carnal. Los actos deshonestos pueden ser aproximaciones o contactos del cuerpo del agente con el de la víctima que en sí tengan un significado sexual, como es el tocamiento en partes pudendas*

o los roces que normalmente tienen ese significado (como es el acercamiento de los labios), sea que el mismo agente acceda con sus tocamientos o aproximaciones al cuerpo de la víctima, ya que por su obra logre que sea la víctima la que actúe sobre el cuerpo del agente (por ej. Hacerse tocar partes pudendas por la victima).” Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, 3° edición actualizada, 1° Reimpresión, Editorial Astrea, BsAs, Mayo de 1991. Vale aclarar que cuando hace referencia al Art. 119 en su vieja redacción, se trata de una persona menor de doce años.

Así las cosas, la conducta del señor J. L. A. perpetrada hasta Mayo de 1999 quedó atrapada en esta calificación legal y se ha comprobado que M. F. ha sido la víctima de tales abusos hasta la entrada en vigencia de la Ley 25.087 que reforma el Título III del CP, bajo la denominación “Delitos contra la integridad sexual”.

En atención a lo dispuesto por el Art. 2 primer párrafo del CP, se le ha imputado al señor A., la normativa vigente en la Ley anterior, la que resulta más benigna para el encartado, a la luz de la escala penal que dispone una pena de seis meses a cuatro años - ello entre otras modalidades que el Código nuevo sí contempla y resultarían más gravosas para el imputado-.

El cambio de calificación legal efectuado por los miembros del tribunal de juicio, es acertado y ajustado a derecho. En razón del principio *Iura novit curia* ajustaron los hechos a la ley vigente al momento de comisión de los mismos, corrigiendo el yerro en que incurrió la señora Fiscal, quien había sostenido la misma calificación para ambas víctimas.

Aquí, además de resultar esta adecuación más benigna para el condenado, no encuentro incongruencia alguna tal como señala el señor Defensor, el supuesto fáctico, es decir las circunstancias de tiempo, modo y lugar siempre fueron las mismas y el señor J. A. las conoció desde el primer acto donde se lo sometiera a proceso.

Por todo lo expuesto, este agravio debe desecharse.

Cuarto agravio. Se refiere al monto de pena y realiza una crítica genérica al mérito que efectuaran los Juzgadores. Sostiene el señor Defensor que se produjo una errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del CP. Se explaya sobre la finalidad de la pena, lo dicho en la Ley de Ejecución Penal y Tratados internacionales y que el Tribunal de juicio incurrió en interpretaciones contradictorias, con sustentos erróneos y arbitrarios de los elementos que ha tenido en cuenta la legislación para establecer la forma de cumplimiento de la pena, que tomaron circunstancias in malam parte.

Luego de repasar los votos de los sufragantes, encuentro que han mesurado la pena con justeza y conforme los parámetros que disponen los Arts. 40 y 41 del CP, pese al desacuerdo que muestra el impugnante.

Al mismo tiempo advierto que la señora Fiscal en el alegato final, omitió agravar la figura del Art. 119 "por la convivencia" –tal como venía haciendo- y el Tribunal con acierto y respeto a esa omisión, realizó la ponderación de la pena dentro de la escala penal que permitía la figura simple y así fue la condena impuesta, sólo bajo la modalidad de delito continuado, concursando ambas figuras simples, el antiguo Art. 127 del CP y el Art. 119 segundo párrafo conforme la redacción de la Ley 25.087.

Así las cosas, opino que la pena impuesta por el Tribunal no se ve menospreciada de los principios de ofensividad, proporcionalidad y culpabilidad, ya que tuvieron en consideración como naturaleza de la acción la vulnerabilidad de dos niñas de nueve y diez años cuando comenzaron a sufrir los acometimientos sexuales a manos del concubino de su madre, conductas que acontecían en el

interior de la vivienda en ausencia de la progenitora o cuando esta se hallaba durmiendo, o en otro sector de la casa.

Los hechos por demás invasivos ocurrían en la cama de las niñas o en la cama matrimonial, encontrando que el tribunal con buen tino ponderó la convivencia –que no integró la calificación por la que alegara al final el MPF- circunstancia ésta que le facilitó el accionar al señor A. en cuanto a la forma de practicar los hechos y su multiplicidad.

En cuanto a la extensión del daño causado, quedó a la vista la magnitud del mismo, luego de escuchar a los testigos comunes y los profesionales que depusieron acerca de la salud psíquica de ambas víctimas, quienes en la actualidad aún reciben asistencia farmacológica y terapéutica. También tuvieron en cuenta la formación profesional del señor A., lo que da la pauta de su capacidad para conocer la antijuridicidad de su accionar. Tales consideraciones fueron con buen criterio señaladas como circunstancias agravantes que justificaron el apartamiento del mínimo legal de la pena.

Como circunstancias atenuantes, se tuvieron en cuenta la falta de antecedentes condenatorios.

Por todo lo expuesto, debe confirmarse en un todo la sentencia N° 1838/2020 venida en impugnación. Así lo voto.

En cuanto a la regulación de honorarios profesionales del Sr. Defensor Particular, por su labor en esta etapa, Juzgo acertado fijarlos en Cuarenta (40) JUS con cargo a su defendido (Arts. 5 y 7 de la Ley XIII N° 4, antes N° 2200, y art. 59 de la Ley V N° 90, antes N° 4920, y arts. 239, 240, 241 del CPP). Así lo voto.

El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación deducida por el Dr. S., defensor de confianza del imputado J. L. A., contra la Sentencia en que se lo condena a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas en orden al delito de ABUSO DESHONESTO en la modalidad de delito continuado en concurso real con el delito de ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE en la modalidad de delito continuado en carácter de autor (Art. 127 Ley 11.179; art. 119 párrafo 1 y 2 Código Penal Ley 25.087, arts. 45 y 55 del Código 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

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. –

Los hechos por los cuales se condenará al imputado -conforme lo describe la acusación- son los que habrían ocurrido durante los años 1998 hasta el año 2001. Las víctimas, M. F. M. y M. B. M. (quienes en ese tiempo eran menores de edad) convivían con su madre, la Sra. A. y la pareja de esta, J. L. A., en el domicilio sito en calle C. N. X de esta ciudad, en un primer momento, luego se mudaron al Pasaje de los N. y luego en calle I., vivienda ubicada al lado de la estación de servicio Y. de esta ciudad. En aquel período de tiempo, M. F. contaba con 9 años de edad y M. B. con 10 años de edad, y durante esa convivencia el imputado aprovechaba los momentos en que su pareja G. no estaba en la casa, o por las noches, y abusaba de las menores. Concretamente, sobre M. F., el imputado iba a su habitación o hacía que la niña fuera a la suya, tocaba su vagina, le introducía sus dedos, tocaba sus pechos, también hacía que la niña le agarrara su pene y lo masturbara. En otras

oportunidades se subía sobre la niña, ella con bombacha, él se bajaba los pantalones y simulaba penetrarla eyaculando sobre la ropa de la menor, la que luego le hacía lavar. Respecto de M. B., el imputado esperaba por las noches que su pareja se durmiera e ingresaba a la habitación de la niña, se metía en su cama, se sacaba su pantalón y hacía que la infante lo tocara, al mismo tiempo que él se masturbaba, y en otras oportunidades introducía sus dedos en la vagina. Ambas jóvenes no se animaban a denunciar estos hechos por el trabajo y cargo que ocupaba el imputado, y por los problemas psicológicos causados, denunciando los mismos el primero de diciembre de 2017.-

El primer agravio del recurrente se centra en el pedido de prescripción que hiciera y que los Magistrados Patricia Reyes (en la etapa preparatoria) y la Dra. Pérez y el Dr. Orlando (por mayoría) en el Tribunal de juicio, rechazaron.

En esa senda, relata que en la audiencia de apertura de investigación planteó a la Dra. Reyes la extinción de la acción por prescripción, por entender que debe aplicarse al acaso lo establecido en el art. 56 inc. 3, 62 inc. 2 del Código Penal, dado que a su entender no corresponde la aplicación de la reforma legislativa por ser posterior a la ocurrencia de los hechos denunciados y que la ley anterior era la ley más benigna a favor de su pupilo, la cual fue rechazada por la citada Magistrada.-

El recurrente explica que al inicio del debate -como cuestión previa- reedita el planteo de prescripción el cual fue rechazado por la Dra. Pérez y el Dr. Orlando y acogido favorablemente por el Dr. Castro.

Glosa los sufragios de los Magistrados mencionados señalando que la Convención de los Derechos del Niño sólo se aplica a aquellos que son menores de 18 años, pero las denunciantes son mayores de edad, y por lo tanto, no pueden amparase en esa.

Además, indica que no resulta de aplicación el artículo 27 de la Convención de Viena sobre tratados ya que tanto el artículo 9 de la C.A.D.H. como el artículo 15 del P.I.D.C.yP., establecen -a su entender- el reconocimiento a nivel Convencional de la ley penal más favorable, por ello no se estaría confrontando derechos de diferente jerarquía. Agrega, luego de desarrollar la jurisprudencia citada por los Magistrados Pérez y Orlando, que en este caso no hubo falta por parte del Estado, ya que los hechos no se investigaron porque no se conocían. Afirma el apelante que existiría una tensión entre el derecho a la tutela efectiva de las víctimas y el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable que no puede ir más allá del plazo de prescripción.

Puesto a resolver la cuestión planteada debo decir en primer lugar, que no existe en ninguna parte de la Constitución Nacional un límite a la vigencia temporal de la acción estatal que nace de la comisión de un delito. Los instrumentos internacionales con rango constitucional citados, tampoco lo hacen. Ni siquiera estos últimos, como pretende el recurrente, establecen la vigencia de la ley penal más favorable (artículos 9 C.A.D.H y 15 PIDCyP) y por esa vía, ingresar de manera oblicua el instituto de la prescripción.

Ello no invalida que la prescripción sea de orden público. Ello permite que pueda ser declarado aún de oficio.

La jurisprudencia de nuestra C.S.J.N. ha dicho que: *"el instituto de la prescripción puede o no ser instrumentado por la ley; no existe un imperativo constitucional de eximir a alguien de su responsabilidad por el solo transcurso del tiempo"* ("Guardia", Fallos, 307:1466).-

Con relación al derecho internacional invocado, por el que se pretende darle jerarquía supra legal a la aplicación de la ley penal más favorable y de ese modo considerar a la prescripción dotada de este rango, tenemos que tanto el artículo 9 de

la C.A.D.H como el artículo 15 inc.1 tienen idéntica factura: "*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*". Estos artículos establecen que tanto el precepto penal instituido en el tipo legal y la sanción no puede agravarse por una ley posterior al hecho por el cual se juzga a la persona. Pero en modo alguno, establece -como sí lo hace el artículo 2 del Código Penal- la vigencia de la ley más benigna.

En esa senda, Bidart Campos se pregunta: *"¿qué es benignidad mayor? Habitualmente hemos reputado siempre que la mayor benignidad rodea al tipo penal, o a la sanción penal, o a ambos, que son los dos elementos exigidos como "previos" en el principio de que "no hay delito ni pena sin ley anterior". Cuando se mitiga el tipo a la pena, la ley es más leve que la otra con la que se compara. Y es este mismo enfoque el que aparece en los dos pactos: primero vedan condena por actos u omisiones que no son delictivos al tiempo de cometerse, y aquí hay alusión al tipo penal; después establecen que no se puede imponer pena más grave que la aplicable en ese mismo momento, y aquí hay alusión a la sanción; por fin, dicen que, si después del delito la ley suaviza la pena, el delincuente debe beneficiarse con esa ley, y la alusión vuelve a la sanción. Pero, ¿no puede entenderse que, sin referencia directa al tipo o a la sanción, una ley penal es más benigna si -por ej.- acorta el plazo de prescripción, si da por extinguida la acción, si contempla eximentes, causas de justificación, etc? Es tema para los penalistas. Nosotros, sin serlo, y desde el plano constitucional -que es con referencia al derecho internacional nos movemos- nos animamos a contestar que sí, que es ley penal más benigna la que, fuera del tipo y de la pena, surte algún alivio penal en cualquier otro aspecto también penal. Sin*

embargo, esta opinión que amplía el concepto de ley pena más benigna a aspectos que en sí mismos se alojan fuera del tipo y de la pena no es capaz de funcionar fácilmente dentro del esquema de los arts. 9 de la CADH y 15 inciso 1 del PIDCP, porque ambos omiten hablar de "ley penal" más benigna y, en cambio, se limitan a decir solamente que si después de cometido el delito la ley dispone la imposición de una "pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello. Creemos que de acuerdo a los dos pactos solamente hay obligación de aplicar retroactivamente una ley penal que es más benigna porque y cuando suaviza la pena, pero no una ley que es más benigna en otro campo penal distinto a la sanción". (BIDART CAMPOS -"Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino", Tomo III, EDIAR, abril 2002, págs.485/86. El resaltado me pertenece).-

Sentadas estas pautas, adelantaré que el agravio no tendrá acogida favorable. Fundamento.

No se trata, como lo sostiene afanosamente la Defensa, que la cuestión se resuelve aplicando la ley penal más favorable. Ello así dado que nos encontramos con normativa que tiene diferente jerarquía. La Convención sobre Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos tienen por imperativo constitucional (artículo 75 inc. 22) la misma jerarquía que la Constitución Nacional. Vale decir, lo que estos instrumentos internacionales enuncian tienen prelación a lo que establece el Código Penal. Más aún, las disposiciones del derecho interno (conforme lo establece el artículo 27 de la Convención de Viena sobre tratados) no puede ser opuesto a ellas, siendo las mismas plenamente operativas.

Es bueno recordar que en su sentencia del 20 de enero de 1989 en el caso Godínez Cruz, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que "*la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se*

agota en la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".

Esta garantía se vería herida de muerte, si se permitiera en el caso que el derecho interno (aplicando el instituto de la prescripción) impida el ejercicio de los derechos consagrados en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Siguiendo a Cafferata Nores, creo que *"...las obligaciones estatales de respetar los derechos humanos y asegurar su plena vigencia impuesta por la normativa supranacional, se proyectan bilateralmente en el área de la procuración y administración de la justicia penal, expresándose en salvaguardas que pueden ser, o comunes para las víctimas del delito que reclaman justicia y para aquellos a quienes se les atribuye la comisión o específicas para cada uno de ellos..*" (Cafferata Nores, J. I., Proceso penal y derechos humanos, Cels, 2ª edición actualizada por Santiago Martinez, pág.17).-

Siendo que el Estado, conforme lo tiene dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe N° 34/96 del caso 11.228, debe garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, la Convención le reconoce la atribución a éstas de reclamarla ante los tribunales, a través de la tutela judicial efectiva (Arts. 1.1, 8.1 y 25 de C.A.D.H.). El Estado, como enseña el autor antes mencionado, está obligado a proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción a una debida protección judicial cuando algunos de sus derechos hayan sido violados. Se trata de una expectativa de la víctima y sus familiares que el propio Estado debe satisfacer (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Gómez Palomino vs. Perú", 22/11/2005); caso "Blanco Romero y Otros vs. Venezuela", 28/11/2005 y "De la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", 31/01/2006). Esta protección

corresponderá cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuírsele la vulneración, incluso cuando fuere un particular, ya que en este último caso el Estado habrá incumplido su obligación de evitar que tal vulneración ocurra, y si luego no brinda su protección judicial, en cierto modo la estaría auxiliando (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia "Velásquez Rodríguez" del 29/VII/88), porque nada hay, en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" –porque son esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad, porque como ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ekmekdjian c/Sofocich, del 7/VII/1992) "Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos".

Teniendo en cuenta que las niñas habrían sido abusadas cuando tenían nueve y diez años, los Magistrados Pérez y Orlando, con suma corrección, señalan los derechos que se le habrían conculcado.

Luego de hacer mención a la normativa supra legal violentada, la Jueza Marcela Pérez expresa en su sufragio que: *"...Todas estas consideraciones me permiten arribar a la solución que corresponde dar al planteo. A fin de contrapesar los derechos y garantías involucrados, no se trata de la aplicación retroactiva de la ley 27206, sino de la operatividad de las normas involucradas vigentes al momento del hecho, a lo que también hizo referencia la Acusadora, por lo que no se encuentra afectada la garantía de irretroactividad de la ley penal. .."*

Considero, asimismo, sumamente atinadas la razones que da la Jueza para desplazar el instituto de la prescripción. En ese sentido señala la "*...condición de*

vulnerabilidad de las niñas y las graves consecuencias que dejan en su psiquis el haber vivido hechos contra su integridad sexual como el que nos convoca, y que reclaman que dicha tutela judicial pueda ser efectiva, pues el plazo genérico de doce años habría resultado insuficiente, teniendo en cuenta que parte de ellos transcurrido siendo menores de edad, pero también sufriendo las consecuencias que este tipo de delitos genera en los menores cuya personalidad está en formación. Las normas generales de prescripción dejarán huérfano de tutela efectiva, pues el tiempo establecido suele ser insuficiente..." Por último, con relación a este sufragio, considero plenamente aplicable el precedente "I.", citado por la Magistrada y considerado desajustado por defensa. El Sr. A. fue el jefe de policía de la Provincia durante muchos años -luego de ocurrido los hechos traídos a juicio- mientras la madre de las jóvenes se desempeñaba como personal subalterno de la misma fuerza. Vale decir, la única persona que podría haber interrumpido la prescripción no podía, en modo alguno, haber interpuesto una acción en contra del agresor de sus hijas. Esta situación dejó a las víctimas en un estado total de desamparo. Por lo tanto, esta asimetría en el acceso a la justicia debe ser necesariamente reparada por parte del Estado, de otra manera se convertiría la tutela efectiva de los derechos de las víctimas en letra muerta.

En idéntica senda, el Dr. Orlando concluye su resolución sobre esta cuestión, afirmando que: "...*frente a la prescripción, de acuerdo a lo previsto por el artículo 62 inc. 2 por el transcurso del plazo, siendo que las víctimas eran niñas al momento del hecho, protegidas por la Convención de los derechos del niño, la Convención americana de derechos humanos, ambas de rango constitucional, corresponde la aplicación de éstas a fin de tutelar adecuadamente el ejercicio de sus derechos, sin*

que ello verifique a la luz de los principios mencionados, afectación alguna al ordenamiento jurídico ni las garantías que asisten al imputado en el marco del proceso penal...".

Por todo lo expuesto, considero que este agravio debe ser rechazado. Así lo voto.-

El segundo agravio consiste lo que a juicio del recurrente sería la carencia de motivación suficiente de la sentencia. A su entender la sentencia sería ilógica, arbitraria habiéndose producido una errónea valoración de la prueba.

En ese sentido afirma el apelante que el Tribunal sólo pudo realizar un relato de los testimonios y lejos de la reconstrucción histórica de los hechos solamente la sentencia se limita a utilizar argumentaciones sostenidas en testimonios - sin valorarlos- que no arrojan certeza que pueda ser considerada como una real sentencia jurisdiccional.

Señala que a pesar que la prueba aportada ha sido profusa, no se la valoró de manera integral.

Indica que los Magistrados no habrían sopesado la prueba de acuerdo a la Sana Crítica Racional, contentándose con la sola reproducción de la misma en sus votos. Señala que a su criterio las víctimas dieron una versión pobre en circunstancias. Expresa que, para corroborar las conductas llevadas a cabo, que los testigos deberían describir en qué consistían los abusos.

Luego de haber estudiado los sufragios de los Jueces Pérez, Orlando y Castro, considero que los nombrados han ponderado la prueba conforme los postulados de la Sana Crítica Racional, a fin de llegar a la certeza que habilita la sentencia condenatoria. Doy razones.

Es bueno recordar que el sistema de la Sana Crítica Racional que utilizamos los Magistrados consiste en el empleo de las leyes de la lógica (Principios de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente), las máximas de la experiencia y las leyes de la psicología.

Leibnitz, el gran filósofo racional alemán, consideraba al principio de razón suficiente, como "el gran principio" que permitía partir de las verdades de hecho y llegar - a través de él - a las verdades de razón.

En su Teodisea explicaba que: "*jamás ocurre algo sin que haya una causa o al menos una razón determinante, es decir, algo que pueda servir para dar razón a priori de por qué algo existe y por qué existe de esta manera más bien que de otra manera*". Dicho de otro modo, siempre existe un "porqué" que explica las razones por las que se desarrolla la conducta humana como en definitiva ocurre. Si nos preguntamos por qué M. F. M. y M. B. M., a partir de la develación del abuso que sufrieran, sus relatos, no sufrieron alteraciones; porqué a fines de 2014 o principios de 2015 -casi tres años antes de formular la denuncia- M. F. M. llamó a su amiga M. S. D., llorando, para contarle lo ocurrido; porqué hizo lo mismo con otra amiga que se llama A. Y. G.; porqué N. H. G., pareja de una de las víctimas, afirma que su mujer fue abusada cuando era niña por el Sr. A. y que esa circunstancia trajo aparejado que tuvieran "problemitas con el contacto" y que tienen que dormir en camas separadas; porqué si querían perjudicar a A. no inventaron las denunciantes un hecho más grave o lo extorsionaron para tratar de lograr algún rédito económico; y en definitiva, porqué después de tantos años, sin ningún tipo de animosidad o la búsqueda de ventaja sobre el imputado, las denunciantes se han sometido a un proceso judicial, que conlleva necesariamente revivir los hechos traumáticos pasados. Toda la prueba rendida en juicio y debidamente ponderada por los Magistrados señalan una única respuesta. Necesitaban realizar la denuncia y pasar

por ese proceso para poder sanar. Ya que todo aquello que trataban de callar y no ponían en palabras, las secuelas psicológicas del abuso lo exteriorizaban cada vez más, hasta convertirse en un silencio atronador.

En esa senda considero que existen numerosas pruebas que han sido debidamente apreciadas por los Magistrados del debate y dan cuenta que los hechos ocurrieron conforme se lo denunciara, todas valoradas de acuerdo al método antes indicado.

Así la Dra. Pérez ha señalado en su sufragio que: *"...El relato de M. F. que adulta evocó y resignificó lo padecido de niña ha sido circunstanciado en tiempo, modo y lugar. Fue minuciosa en su relato, describiendo las conductas abusivas y sensaciones. Indicó que los abusos se sucedieron a lo largo de todo el período de convivencia con el imputado, es decir desde fines de 1998 hasta fines de 2001, en los tres domicilios donde habitó la familia. Comenzaron como un acompañamiento en la cama mientras ella miraba televisión y consistía en los que él denominó "juegos" que fueron claramente detallados por F. como tocamientos en distintas partes del cuerpo, masturbación utilizando la mano de la niña, simulaba una penetración y eyaculaba sobre ella. Ha comunicado sus sentimientos y sensaciones que aún persisten como el peso del cuerpo encima suyo, como eran las posiciones en la cama, que siempre estaban vestidos y que luego ella debía ir a lavar sus prendas, que se quedaba dura soportando eso que no entendía que le estaba haciendo. Ha trasmitido sus recuerdos dolorosos, sus sensaciones y emociones. No advierto ni se ha mencionado ninguna circunstancia ajena que provocara alguna animosidad o interés contra el imputado. Por todo ello lo considero sincero y V.* "

Del mismo modo los Magistrados Orlando y Castro han valorado la prueba de cargo y descargo producida en debate, de manera concatenada, dándole a cada

prueba el sentido y valor que las reglas de la Sana Crítica le otorga. He podido apreciar en sus sufragios como vinculan cada prueba expresando el impacto que cada una de ellas les produjo. No encuentro ninguna fisura lógica en el razonamiento que los mismos efectuaran al valorar la prueba.

Por ello, considero que este agravio deberá ser rechazado. Así lo voto.

El tercer agravio consiste en lo que a juicio de la Defensa habría existido una errónea aplicación de la ley penal.

En ese camino, explica la Defensa que existiría incongruencia entre la calificación legal formulada en la acusación y en la que finalmente fuera condenado su pupilo.

Ello debo decir no constituye irregularidad alguna ni constituye afectación al principio de congruencia como afirma el Defensor. El principio Iuria Novit Curia habilita al Juez a darle al hecho imputado el debido encuadre legal salvo que la nueva calificación implique sorpresa en la Defensa que afecte el ejercicio de su derecho. Y esto no ha ocurrido. Lo único que se modificó es la calificación de Abuso sexual gravemente ultrajante a una de las víctimas por el de Abuso Deshonesto. Dicho cambió obedeció a que los Magistrados, amantando los derechos del imputado, aplicaron la ley penal más favorable, la cual -vale recordar- se aplica de pleno derecho.

No existieron indeterminaciones en la acusación que impidieran el correcto ejercicio de la Defensa del Sr. A.

El Defensor, asimismo, afirma que con relación a M. B. que los Magistrados consideran que los hechos que la afectaron se encuadran y constituyen el delito de

abuso sexual gravemente ultrajante en la modalidad del delito continuado, mientras que en realidad se daría un supuesto de concurso real.

En ese sentido, si fuera así, los injustos hubieran sido notablemente más graves. Ello dado que la escala del concurso real haría que el máximo de la pena ascendiera a 45 años.

La indeterminación a la que alude la Defensa, en cuanto a que al menos ocurrió en tres ocasiones no habilita a reducir los actos a un solo hecho. Debemos ponderar la memoria de una persona que refiere hechos que ocurrieron hace mucho tiempo. Por otro lado, el factor final y el factor normativo en común hacen que esa multiplicidad de actos se subsuman en una sola conducta en la modalidad del delito continuado.

Así las cosas, este agravio será desechado. Así lo voto.-

Por último, el Dr. S. se agravia de la pena impuesta considerándola excesiva.-

En ese sentido, luego de examinar los sufragios de los Magistrados considero que han ponderado correctamente los atenuantes y agravante que la ley establece (Arts. 40 y 41 del C.P.).-

Los Magistrados, partiendo del mínimo de la escala, han ponderado como agravante la extensión del daño causado, mensurado a través de las secuelas que presentan las víctimas. También ha sido tenido como agravante la modalidad de los delitos (que fueron continuados) y la convivencia de los involucrados que permitió que el victimario se ganara la confianza de las víctimas y lo aprovechara para reiterar su conducta delictiva.

Como atenuante los Jueces han tenido en cuenta la carencia de antecedentes penal.

Por lo expuesto considero justo que se haya determinado que el condenado deberá cumplir ocho años de prisión. Así lo voto.

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

En cuanto a los honorarios profesionales del Sr. Defensor Particular Dr. D. A. S., juzgo acertados los fijados por la Juez del primer sufragio

El Juez Roberto Adrián BARRIOS dijo:

El Juez de Cámara en lo penal Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Ya que los agravios y antecedentes del caso se encuentran prolijamente descriptos en esta sentencia, pasaré directamente a fundamentar mi decisión.

2. <u>De la prescripción</u>.

2.1Tras el control de los votos en el punto que dio obertura al recurso, la suerte de esta revisión pasará por controlar los fundamentos, en donde los jueces hicieron una valoración de las garantías constitucionales que parecen enfrentarse y compiten en el balanceo para ver cual tiene más peso. Me refiero al derecho a la tutela efectiva a las víctimas menores de edad en delitos sexuales, y el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, directamente vinculado al deber del Estado de ejercer la acción penal ante el injusto.

2.2Luego de deliberar con los distinguidos colegas de este Cuerpo, he de disentir con su posición.

En primer lugar, se impone confirmar que si los hechos delictuosos habrían comenzado en el año 1998 y habrían concluido en el año 2001, y sin haberse invocado ni verificado causales de suspensión, iniciando el cálculo a partir el día 31 de diciembre del año 2001 (por aplicación del artículo 63 del código penal) y

tomando el delito de la condena con penalidad más gravosa[1], la extinción de la acción penal operó de pleno derecho en la medianoche del día 31 de diciembre del año 2013, de acuerdo a la ley vigente en aquellos años que por imperio del artículo 2 del código penal, es la que resulta aplicable.

Ello así, toda vez que se ha radicado la denuncia en diciembre de 2017[2], el plazo de la prescripción había operado holgadamente casi cuatro años antes.

Este tramo de la incidencia constituye un presupuesto indiscutible.

2.3Ahora bien, sobre el punto neurálgico del agravio, recordemos que la recurrente dijo que si bien los magistrados que integraron la mayoría no aplicaron retroactivamente la ley 27.206, con otros argumentos no le hicieron lugar a su pedido y, aplicando directamente las Convenciones de Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, estimaron que el instituto de la prescripción debe ceder, para que estos hechos con grave afectación a los derechos humanos, no queden impunes.

Desde esta perspectiva, estimo que los jueces que integran la mayoría, tras el control de convencionalidad realizado, no han fundamentado la lógica de su decisión.

Es que las garantías a favor de las víctimas, vigentes al momento de los hechos, no anula otras que también se desprenden del derecho positivo de nuestro país[3].

Acaso la protección especial del niño, su no discriminación, y su interés superior y su derecho a la tutela judicial efectiva, podrían haber hecho contrapeso en

[1] Los agravios a la calificación jurídica serán tratados en el punto 3 de este voto.
[2] M. F. M. el primero de diciembre de 2017, y M. B. el 20 del mismo mes y año.
[3] Tanto en su derecho interno como en la letra del bloque constitucional, por caso el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica y 15 de Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, articulo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

un caso en donde una persona, menor de edad y víctima de un delito de índole sexual, se encuentre desatendida por el Estado, violentando así sus compromisos asumidos.

En el presente, no se juzgó un caso en donde el Estado desatendió el interés de las denunciantes cuando eran niñas, las desprotegió o le negó medidas de protección; situaciones todas en donde sí se podría justificar la decisión de la mayoría ante una posible discriminación para con ellas.

Es dable tener presente que ni los progenitores ni ninguna otra persona/institución, tenían conocimiento del delito padecido por las señoras M. B. y M. F. M. cuando eran menores de edad entre 1998 y 2001, por lo que el poder estatal no pudo actuar en el caso en tiempo oportuno.

Aquí estamos hablando de un delito que habría sido cometido muchos años atrás, cuando las víctimas eran menores; víctimas que ya mayores, lo denunciaron, y tras esa denuncia, la Justicia actuó.

Así como el imputado no ha sufrido ningún menoscabo sino hasta la apertura de la investigación, y la demora no es achacable al Estado, tampoco al Estado le es achacable que su llamado a intervenir haya sido requerido mediante denuncia formulada una vez vencido el plazo de la prescripción.

Ni el imputado ni las victimas pueden atribuirle al Estado las consecuencias que le provocaron a su parte el mero paso del tiempo.

2.4 Dejando ello claro, estimo que la mayoría del Tribunal erró al reperfilar el planteo, omitiendo como perspectiva de su análisis considerar la posible aplicación retroactiva de la ley 27.206, y poniendo como centro de atención y suerte de su decisión, la operatividad de las normas involucradas y vigentes al momento del hecho.

Sobre este punto, no se puede dejar de coincidir con la apreciación del voto de la jueza Marcela Perez, en cuanto a que el plazo genérico de doce años en este caso,

habría resultado insuficiente. Incluso, como bien dijo el juez Orlando, la evidencia producida permite dar cuenta del silencio guardado durante años por ambas mujeres, "…con las consecuencias físicas y psíquicas que trajeran aparejadas en ambas las situaciones de abuso que denunciaran."

Y es que fue justamente por esa realidad constatada en la casuística de nuestro país y evidenciada en este caso, la que originó la necesidad de reglamentación del derecho interno, en clave a los preceptos que se incorporaron a la Argentina con las Convenciones y Tratados del bloque constitucional a partir de la reforma constitucional en 1994. El juez Orlando fue claro en este punto, al decir en su voto que "…la sanción de las leyes supra mencionadas[4], son consecuencias directa de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino…".[5]

Fueron las normas generales de prescripción vigentes hasta la sanción de la ley 26.705 y luego la 27.206[6], las que en algunos casos dejaban huérfana de tutela efectiva a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, pues el tiempo establecido en la ley realmente era insuficiente para denunciar y llevar adelante estos procesos.

Fue por ello que surgió la modificación de la Ley que constituye el código penal, dando origen a una nueva, en consonancia con la Norma Suprema, en materia de prescripción marcó nuevos márgenes, ampliando los anteriores para los casos futuros[7]. Sobre este punto, merece hacerse constar que la decisión de la minoría se corresponde con la jurisprudencia de nuestro Superior Tribunal de Justicia[8].

[4] Leyes 26705 y 27206.
[5] Ver página 73 del fallo, sexto párrafo.
[6] 10 de noviembre de 2015.
[7] Cual dijo la fiscalía en su vista sobre este agravio, una ley "…conteste con la idiosincrasia de los delitos de naturaleza sexual en niños/as y adolescentes y el trastorno que estas conductas generan en la psiquis de las víctimas;". [8] "N.C.A Denuncia Abuso Sexual", (100.294 -1ERO -2017), del 5/9/2017, y "A.A.S. S/ Denuncia abuso sexual", (100.286 -1ero, 2017), 6/9/2017.

Ello así, lo que no puede hacerse desde la judicatura, es correr esos márgenes para casos anteriores a esa nueva Ley, violentando principios constitucionales tan básicos como el de legalidad, bajo el ropaje del control de convencionalidad u operatividad de las normas. Se trata de llevar el proceso por los carriles que marca nuestras leyes, a partir de su propia Supremacía.

Los jueces no creamos la Ley, la aplicamos.

La Convención de los Derechos del Niño estaba vigente al momento de los hechos, por lo que, si hubiere habido algún reclamo en aquel entonces ante la vulneración de las garantías que su articulado proclama y exige a los Estados signatarios, debió ser atendida.

Pero ese no fue el caso ponderado tras el juicio, ya que no se cuestionó violaciones de los derechos humanos.

En este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "…el análisis de la razonabilidad de las leyes en cuanto a su validez constitucional no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las previsiones en ella contenidas y de modo alguno sobre la base de los resultados posibles de su aplicación, lo que importaría valorarlas en mérito a factores extraños a sus normas" (CSJN – Fallos 299:45, 234-482).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación[8]. Pues bien, es así como debe procederse con el artículo 2 del código penal.

Creo que el error radicó en pretender una armonización de la legislación interna con los preceptos de las convenciones internacionales, originada en una supuesta interpretación encontrada en sus normas, que en realidad no existe.

---

[8] Cita efectuada por el doctor Orlando en el segundo párrafo de la página 76 de la sentencia.

2.5 Con lo dicho, coincido con los argumentos desarrollados por el juez Gustavo Castro.

El nombrado conceptualizó el instituto en clave normativa y jurisprudencial, aclaró el proceso previo para su análisis, y teniendo en cuenta las variables pertinentes del caso en concreto, adunando a ello la operatividad de la garantía de la ley más favorable, aplicó correctamente las normas que sin dudas acreditan que la acción penal pública en estos obrados, determinan la prescripción del delito.

La idea fuerza en donde se asienta la fortaleza de su decisión, se encuentra en el siguiente tramo de su voto: "…*no* se trata en este caso de una acusación o falta de diligencia estatal, sino que de los hechos alegadamente abusivos se han puesto por primera vez en conocimiento de las autoridades de persecución penal en un tiempo tan distante, que la acción penal se encuentra prescripta al momento de la denuncia[9]."

Si no fuera así, creo la solución de la mayoría al menos omitió en su análisis, la correcta ponderación y confronte con normas con idéntica jerarquía a la que hicieron prevalecer, tales como artículo 9 del Pacto de San J. de Costa Rica y 15 apartado 1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, articulo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sus conclusiones se basaron en apreciaciones valorativas, sin un verdadero sustento normativo.

Es por ello que mi voto es por hacer lugar a este agravio y sobreseer al impugnante por haber prescripto los delitos denunciados en su contra.

3. <u>De la supuesta carente motivación suficiente, y de la ilógica, arbitraria y errónea valoración de la prueba</u>.

[9] Penúltimo párrafo de la página 123 de la sentencia.

Pese a mi criterio desarrollado en el punto anterior respecto a la acción penal, la ley[10] me impone expedirme sobre los siguientes agravios de la defensa. Eso haré a partir de ahora, y los analizaré en su orden.

3.1 La defensa afirmó que el fallo se basó en el relato de los testimonios, sin efectuar una valoración crítica de los mismos, "…a todas luces insuficiente para tener por probada la reconstrucción histórica de los hechos", siendo así la sentencia producto de una indeterminación en cuanto a los hechos, para arribar a la materialidad y autoría. Se quejó que, de la reconstrucción histórica de los hechos, la sentencia solo se limitó a utilizar argumentaciones sostenidas en testimonios, repitiéndolos sin valorarlos, sin arrojar una certeza que pueda ser considerada como una real sentencia jurisdiccional. "El testimonio único –dijo en el recurso- debe ser examinado con exigencia porque los hechos ocurrieron veinte años atrás y a medida que transcurre el tiempo las pruebas son más débiles."

3.2 Como ya he dicho en muchos precedentes, la idea con la prueba es que el litigante acredite las proposiciones fácticas de su caso, en el tramo que, en el caso de declarantes, la persona conozca a través de sus sentidos. Algo así como la parte de la historia que pretende contar, ya sea esa persona haya sido testigo o bien la víctima del ilícito, puesto que esta particularidad no hace diferencia alguna.

Nuestro código procesal establece el sistema de libre valoración de la prueba, lo que equivale a decir que el Tribunal puede creer o no a un testigo en particular, siendo carga de los jueces ponderar lógica y racionalmente el valor de convicción del testimonio, fundando su decisión al momento de redactar el fallo.

---

[10] Art.329, 4to párrafo, ultima oración del Código de Procedimiento Penal de Chubut.

Si todos los testigos valen, "su peso" dependerá de las condiciones de credibilidad específicas de cada caso.

En el análisis de credibilidad de un testimonio, se debe valorar el relato, tanto en la denominada coherencia interna, como también la externa, lo que se traduce en función a las posibles motivaciones que pudiera haber tenido la persona para declarar falsamente, sus contradicciones, o bien por motivación o ganancia secundaria, o incluso la influencia de otras personas para expedirse en tal o cual sentido. Se debe cotejar las afirmaciones con el resto del material probatorio producido, si es que acaso existe, mediante un análisis comparativo lógico y racional.

Con y por ello, un Tribunal revisor como este, podrá controlar la labor de los sentenciantes, y confirmar o no su decisión.

Ese el objeto de nuestra labor.

3.3 Suelo comenzar escuchando detenidamente los testimonios de las víctimas, y este caso no fue la excepción.

M. F. M. y M. B. M., en su momento y bajo distintas modalidades, evocaron en recuerdos, detalles que abarcan los tramos temporales desde que se inició y hasta que terminó el delito que dicen haber padecido. También los detalles de los reiterados abusos, narrados con expresiones traumáticas que por momentos, provocó su quiebre.

Ambas fueron muy claras al individualizar al autor, al mismo autor, y las circunstancias en las cuales los hechos ocurrieron. Hablaron de los momentos de las respectivas develaciones, sus pormenores y hasta el origen de la mismas. Dieron cuenta de las consecuencias de los delitos, de los traumas aún vigentes, de sus sentimientos actuales para con el acusado, de su futuro y sus intenciones.

En ambos testimonios comenzaron la diligencia muy tranquilas, y respondieron seguras. El tono de voz de cada una de ellas ha sido constante, respondiendo a las preguntas que le fueron formulando, en un léxico entendible con sustantivos y adjetivos propios del discurso de personas adultas.

Solo he podido ver en pantalla a la joven M. F. M., que declaró bajo la modalidad de cámara Gessel, ya que el soporte reservado en el caso permitió la video grabación; no así la de M. B. M., que declaró en el juicio y solo pude escucharla.

Como juzgó en su voto el juez Orlando, hay muchas coincidencias ambas mujeres en sus relatos: en "…cómo continuaron sus vidas, luego de los episodios sufridos y las consecuencias que les trajeron aparejadas, como ser inestabilidad emocional, problemas psicológicos y psiquiátricos en el caso de M. F., rebeldías y excesos en el consumo de alcohol en el caso de M. B., dificultades para estudiar, de relación con sus parejas, común a ambas…".

Coincido con estas apreciaciones. No fueron declaraciones *pobres*, como afirmó quien recurrió.

Ha sido la intención de la defensa de desacreditar a las víctimas, y descreer de sus testimonios.

Recordemos que la carga muchas veces relativizada por los litigantes, es la de acreditar o desacreditar debidamente a las personas que han de declarar en un juicio, para lograr el objetivo de persuadir al decisor (sea este un juez técnico o un jurado) de la fiabilidad o no de la persona que ha de testimoniar.

Como enseña G. Rua en su obra "Examen Directo De Testigos" (Ediciones Didot, 1ª edicion, 2015, página 114), "…*la acreditación es siempre flexible y depende de cada testigo y de las proposiciones fácticas que pretendamos incorporar con él. A mayor relevancia del testimonio, mayor será la necesidad de acreditarlo."*

No se reconoce esta labor en la actividad de la defensa, al momento de realizar los contraexamenes a las jóvenes.

3.4 De otra parte, el imputado ha prestado declaración en la instancia de conocimiento, luego de los alegatos, y ante esta Cámara en lo Penal.

En ambas negó la comisión de los hechos acusados, habló con solvencia, se mostró seguro y defraudado. Se quejó del Tribunal del análisis superficial que hizo de algunas cuestiones. Hizo referencia a fotos, en donde las señoritas M. estaban muy cómodas, junto al declarante y su madre, en vacaciones.

Refirió que luego de separado, las jóvenes lo visitaban, pidiendo ayuda para tareas escolares o por ayuda económica, no siendo ello una conducta compatible de personas abusadas para con su abusador. Sugirió que otros traumas en la vida personal de las jóvenes son los que provocaron las consecuencias psicológicas destacadas en los informes periciales.

3.5 Como se colige de los resumidos antecedentes, existen dos versiones que podríamos decir poseen idéntico peso, pese a sus sentidos contrarios sobre los extremos de su ocurrencia: las de las víctimas, que afirmaron haber sido abusadas por quien fuera pareja de su madre, y la de éste, J. L. A., que lo niega.

No puede ser desconocida la inconveniencia que existe en la comprobación de hechos de abuso sexual, lo que exige la máxima de las prudencias al momento de valorar el material producido a su respecto.

En este tipo de delitos se caracteriza particularmente la existencia mínima o casi nula de elementos probatorios que acrediten el injusto.

Para poder confirmar la decisión del Tribunal, es necesario exigir que en cada uno de votos se encuentre el desarrollo de las razones que los han determinado a dar por cierto una versión por sobre la otra, y las razones que los motivaron a superar las

dudas. Maxime como en este caso, en donde los hechos habrían ocurrido hace mucho tiempo atrás.

3.6 No puede soslayarse que los jueces han cotejado las versiones de las mujeres que prestaron declaración, con los de su madre G. R. A., de su padre L. I. M., de su amiga A. Y. G. En el caso de M. F. M., con la declaración de M. S. D.

Incluso se tuvieron en cuenta las aseveraciones de G. J. C., quien mantuvo una relación de pareja con M. F. M. por más de dos años; y de N. H. G., esposo de M. B. M. desde el año 2017.

"Las observaciones referidas por los testigos –dijo el juez Orlando en el último párrafo de la página 94 del fallo-, en particular los progenitores de ambas, como ser el comportamiento de B. en su adolescencia y a posteriori, vinculados a situaciones de rebeldía, consumo excesivo de alcohol, hipertensión arterial, resultan coincidentes con sus propios dichos vertidos en su declaración testimonial".

Con ello encontraron coherencia externa y así credibilidad en sus dichos.

También certificaron los padecimientos psicológicos que M. F. M. dijo haber sufrido, con la declaración de M. E. P.[11], R. A. G., M. E. B. y del psiquiatra M. S. P.[13], y salvo éste último, los profesionales adjudicaron el origen del trauma a abuso sexual sufrido en la infancia.

Tuvieron también en cuenta las conclusiones de la licenciada M. P., que dio cuenta que presentaba indicadores de abuso sexual, refirió vivencias de relatos sexuales infantiles durante la entrevista, y su relato en Cámara Gessel no se observaron indicadores de simulación, falta de criterio de realidad y cumplió con criterio de credibilidad.

[11] Quien diagnosticó cuadro depresivo relacionado con una situación traumática abuso sexual.
[13] Quien atiende a la joven desde hace más de tres años

En cuanto a M. B., dijo que tuvo un relato de situaciones específicas de vivencias sexuales durante la infancia. El impacto que habían tenido en ella y reinterpretadas en su adultez, fue con mucha angustia, asco y sensación de culpa, por no haber visto que esto le estaba pasando también a su hermana, lo que hizo que se sienta responsable.

Se tuvo en cuenta el dictamen de la perito de parte, en la que compartiendo los argumentos dados por el Ministerio Público Fiscal en su alegato, sentadas en la desacreditación de la testigo e incluso la falta de criterios para tener considerar su s conclusiones, fueron desechadas.

A diferencia de lo sostenido en el recurso y el descargo del encartado, creo que el A Quo sí consideró la evidencia ofrecida y producida por la defensa, tales como las fotos y los testimonios de H. A. G., H. C. M., N. O. V. y O. A. A.

Sobre esto, se destaca la valoración que efectuada la jueza Marcela Pérez cuando dijo que la respuesta "…está dada por el fenómeno del abuso sexual infantil y la afectación que produce en las niñas y niños. La relación asimétrica existente donde el adulto tiene el poder y por momentos resulta su agresor sexual, se combina con el lazo afectivo entre ambos construido en el vínculo de convivencia, de quien consideraron como un padre y los buenos momentos compartidos con él como mostró en las fotografías, de lo que resulta su ambivalencia que permitió que la relación abusiva se perpetúe[12]."

3.7 Como vemos, los elementos producidos en el debate, si bien no son prueba directa de los hechos reprochados, se vinculan al elemento que sí lo son (las declaraciones de las victimas), y su contenido contribuye a validarlas.

[12] Segundo párrafo de la página 61 del fallo.

Se criticó que el Tribunal no valoró debidamente las declaraciones, pero debemos tener en cuenta que la subjetividad en el relato de los testigos, es parte de su esencia: todas las personas perciben la realidad y la interpretan desde un punto de vista, lo que los hace únicos. No existen testigos totalmente objetivos. Cada ser humano que pretenda realizar un relato de algo percibido por sus sentidos, tomará una perspectiva, coincidente o no al de otro sujeto.

Pese a la sospecha introducidas por la defensa, para no dar crédito a lo testimoniado por M. F. y M. B. M., tras ubicar sus dichos en el exacto lugar que en el esquema probatorio, al igual que un rompecabezas, las piezas encajan.

Se ha criticado también que no encontraron coincidencias con los dichos de otros testigos solo en cuanto a los abusos, no en sus detalles, mas como vimos, ello no fue así.

Tampoco jaquea la credibilidad de lo declarado por las hermanas, el hecho que ninguna supo del abuso padecido por la otra, sino años después de ocurrido.

Los testimonios resultan francamente concordantes entre sí, y con ello es dable tener a las hermanas M. como víctimas del delito acusado por la fiscalía a A.

3.8 Tampoco se omitió el análisis de la coherencia interna de los testimonios.

Así el juez Gustavo Castro dijo que no hay "…en todo el proceso pautas que permitan inferir un interés vedado en las víctimas, alguna circunstancia que nos permita dudar acerca de la veracidad de sus testimonios, que por otro lado la Lic. P., los ha verificado como creíbles."

"No hay tampoco en ningún punto de sus declaraciones, inflexión alguna que permita sostener, dudas respecto de su veracidad. Más bien lo que se advierte es un relato coherente y no contradictorio, que hace que supere la prueba de cualquier control interno del testimonio (Conf. Cafferata Nores, La Prueba en el Proceso Penal,

pág. 125/127; Pietro Ellero, "De la certidumbre en los juicios criminales ...", pág. 131 Y 144).”

He de destacar que los jueces evaluaron la posible existencia de otras causales diferentes a las que mencionan las propias damnificadas, que pueda justificar sus dolencias. Esto también fue descartado.

Considero que los magistrados han sido prudentes en la ponderación del material producido, y su análisis no ha sido *tibio,* sino conglobado, destacando en cada voto, los puntos que hacen a la verificación de ambas teorías del caso, la de la acusadora y la de la defensa.

3.9 Con la falta de producción de prueba relativa a historias clínicas o informes y testimonios de docentes y profesionales que hubieren tratado a las jóvenes, no se logra imponer la duda que se pretende imponer, ya que la prueba que sí se produjo, analizó y en este fallo se revisó, alcanza para destruir el estado de inocencia del acusado.

Es indispensable que un Tribunal que imponga una condena a una persona luego de un veredicto de culpabilidad, dé plausibles y suficientes fundamentos que justifiquen la certeza. Recordemos que el juicio de culpabilidad debe ser indudable (léase, sin ninguna duda).

El sistema de valoración de las pruebas denominado de la “sana crítica racional”, que sigue el CPP en su artículo 25 del código de procedimientos penal de nuestra provincia, establece que *“…la determinación y eficacia de las pruebas se hace a partir de la utilización de reglas lógicas y de las llamadas máximas de experiencia, conformándose así una compleja trama lógico-experimental que debe ser expuesta como razón motivante de la sentencia. Estas reglas exigen que la apreciación de la prueba se realice sobre la base de la lógica, la psicología y la*

experiencia común, todo lo que conforma la sana crítica racional del entendimiento humano" (CHAIA, Rubén. "La prueba en el proceso penal". Edit. Hammurabi. 2da. Edición. Año 2014, p. 167).

Ello así, tras el necesario cotejo con el material probatorio producido en el juicio, tengo para mí que el A Quo ha dado suficiente contrapeso al planteo de la defensa, por lo que voto por rechazarlo y, en consecuencia, confirmar la sentencia.

4. Errónea aplicación de la ley penal.

4.1 La defensa se agravio de la incongruencia en los hechos y en la calificación legal escogida por la acusadora.

A poco de andar por este reclamo, se advierte que el mismo tampoco puede prosperar.

No se reconocen las indeterminaciones de la que se queja la defensa, ya que los distintos lugares donde se fueron sucediendo los hechos, fueron mencionados por las jóvenes en sus declaraciones, al igual que las particularidades de los abusos, y horarios aproximados en que habrían ocurrido.

Cual se ha detallado en los puntos anteriores, las victimas dijeron lo que pudieron, cuando pudieron, y en consideración a las observaciones que el pretenso reclama, de modo alguno impidieron el ejercicio de su defensa material.

Todo ciudadano debe poder defenderse ante una acusación del Estado en su contra y contar con posibilidad real de contradicción. Para ello, debe conocer la plataforma fáctica.

Los antecedentes del delito que, como exigencia constitucional, debe ser previa y detalladamente comunicada al inculpado, ha sido debidamente cumplida.

Al señor A. se le hizo saber tanto los presupuestos fácticos, como la calificación legal que, en forma provisoria junto a las evidencias del legajo fiscal, conformaron la teoría del caso del Estado. Y de ello, no existe un solo indicio que

oriente a presumir que fue *sorprendido* por la fiscalía, o haya sido perjudicado en su defensa.

Ninguna de las prescripciones legales en garantía del derecho de defensa, han sido violentadas en este caso.

4.2 Con los mismos argumentos se agravió de la calificación legal de la condena, puesto que considera que la misma no se corresponden con los hechos acusados.

Esta perspectiva del mismo agravio tampoco tendrá favorable acogida.

Creo que con decir que los hechos jamás pudieron ser precisados, se pretende confundir.

Es que los presupuestos facticos incluidos en la acusación, que incumbía el delito de abuso sexual gravemente ultrajante por la situación de convivencia en la modalidad de delito continuado (artículo 119 del código penal, cuarto párrafo, inciso f en relación al segundo párrafo), contiene aquellos que importaba la calificación de abuso deshonesto, del artículo 127 del código penal, vigente al momento de comisión de los hechos.

La verificación de los presupuestos de la nueva figura legal superan a la desplazada con la ley 25.087, que comenzó a regir el 14 de mayo de 1999.

La abrogada es sin dudas, la más favorable para el imputado en clave a la penalidad prevista. Y por todo aquello analizado en el punto 2 de este voto, relativo al principio de legalidad y aplicación de la ley penal más benigna, con justo criterio es la que se aplicó en el fallo.

El estado de indefensión que proclama el impugnante, no se advierte en ninguna circunstancia.

Tampoco se advierte la imposibilidad de defenderse de una imputación con un precepto legal más leve al sustanciado en el debate, que es el requisito que exige el artículo 332 del CPP y reclama quien recurrió. Ello así, la nulidad parcial pretendida no puede declararse.

Voto así por no hacer lugar a este tercer agravio y confirmar la calificación legal impuesta a los hechos ventilados en el debate.

5. De la pena.

Por último, la defensa denunció la violación y errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del Código Penal, y que los jueces no mencionaron por qué escogieron el monto impuesto.

He referido en causas anteriores, que los criterios orientadores para la individualización de la pena son justamente eso, orientadores, dan una ayuda a la tarea de asegurar la mejor decisión respecto al objetivo de obtener una pena justa.

La previsión de las pautas del artículo 41 del código penal sirven de orientación al juez para la determinación judicial de la pena, que no es otra cosa que "…*la cantidad* y *calidad de poder punitivo que* se *ejerce sobre una persona criminalizada…" (*ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *"Derecho General. Parte Genera/"*, Ed. Ediar, 2a edición, Buenos Aires, 2002, página 993).

En dicha normativa no se otorga una valoración prefijada a cada presupuesto, ni siquiera se los identifica cuales son las circunstancias agravantes o atenuantes. Es por ello que en la decisión judicial de esta etapa del proceso, se le exige a los magistrados más que nunca, el deber de fundamentación explícita, que permita dar a cada elemento enumerado en la ley su lugar, y posibilitar con ello el control crítico racional de su decisión.

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

Los artículos 40 y 41 formulan pautas generales de individualización o determinación que delimitan la discrecionalidad del magistrado. Son pautas ejemplificativas y no taxativas, que consagran la libertad de decisión jurisdiccional con cargo de darles contenido.

Dicho lo dicho, advierto cordura en la labor de los jueces en este peldaño de su intervención.

La jueza Marcela Pérez, el juez M. Orlando y el juez Gustavo Castro coincidieron en considerar como agravante la naturaleza de la acción, desprendiendo de ello la confianza depositada en quien era la pareja de la madre de la víctimas.

También la extensión del daño causado, acaso la de mayor relevancia en la mensura, atento la afectación psicológica de trascendencia contemporánea, constatada en el debate.

Sobre esto, no podemos soslayar que el monto de culpabilidad es la que debe determinar la proporcionabilidad de la pena, y esto se encuentra ligado al daño inferido a la/s víctima/s en forma directa, y a la sociedad en forma indirecta.

En el caso, los jueces se han encargado de explicitar el perjuicio acreditado en el debate por cada una de las víctimas y, seguidamente vinculado, tuvieron

parcialmente en cuenta las condiciones personales del imputado, lo que parece acertado.

El sometimiento al proceso fue rechazado como atenuante, mas no la carencia de antecedentes condenatorios, que obró como pauta disminutiva en la operatoria.

El juez Castro observó al alegato de la fiscalía, porque obvió los principios vinculados a la justificación y objetivos de la pena, catalogando como *lamentables* las afirmaciones de la fiscal al fundamentar su pedido.

Pese a la escala resultante del tipo penal, y de la pretensión fiscal y de la defensa, los decisores han justificado con solvencia y sencillez, cuanto es el tiempo de encierro que merece un tratamiento de recuperación como es el que se prevé para el condenado.

Si se analiza desde esas pretensiones, se colige que la resultante arribada por unanimidad, constituye el doble del mínimo para el delito más gravoso, y cuatro años menos que el pretendido por la fiscalía. En los votos de los jueces está la justificación de aquellos baremos que en más y en menos, ajustaron la dosis del reproche.

No olvidemos que la pena "… *no puede tener otra finalidad que la de cumplimentar la función del derecho penal, es decir, proveer a la seguridad jurídica, a la seguridad de la coexistencia, previniendo la comisión de nuevas conductas afectantes de bienes jurídicos con una acción resocializadora sobre el autor…." (Tratado de Derecho Penal, parte general, Raul E. Zaffaroni, Ediar, 1998, página 63).*

Por todo ello, creo que el fallo pone en evidencia la mesura y la prudencia de los magistrados que aplicaron la fórmula de los ajustes, por lo que voy a votar por confirmar la pena impuesta al condenado.

6. Costas y honorarios.

En este punto, adhiero a la propuesta formulada por el primer sufragante. Así voto.

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

FALLO:

I) **RECHAZAR** el planteo de prescripción de la acción solicitado por la Defensa, en base a las consideraciones ut supra efectuadas.

II) **RECHAZAR** la impugnación de la defensa, glosada a fs. 280 a 297 de la presente carpeta.

III) **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia Nro. 1838/2020 OFIJUD, de fecha 15 de septiembre de 2020, obrante a fs. 167/241.

IV) **REGULAR** los honorarios profesionales del Sr. Defensor Particular, Dr. D. A. S., en cuarenta (40) JUS, a cargo del imputado, (Art. 59 de Ley V N° 90 antes 4920 y 2200, arts. 6 y 7 dela Ley XIII N°4 y arts. 239, 240, 241 del CPP).

V) **TENER PRESENTE** la reserva del Caso Federal, efectuado por la Defensa.

VI) **REGISTRESE**, protocolícese, notifíquese mediante sistema informático a las Partes (conforme el Acuerdo Plenario 8464/2020, PEN N° 297/2020).

La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior del Sr. Presidente de Cámara Dr. Roberto Adrián BARRIOS.

Flavia Fabiana TRINCHERI Rafael LUCCHELLI

Juez de Cámara Juez de Cámara

Ante mí:

Corina F.

Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº 16/20 CPPM DEL AÑO 2020. CONSTE.-

Corina F.

Secretaría de Cámara