En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintiún días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno los jueces de esta Cámara en lo Penal, Dres. Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Martín Montenovo, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"R., R. s/denuncia en rep. hija menor – Trelew" (Carpeta 8456 Ofiju Tw -Legajo 78.319 OUMPF Tw),** con motivo de la impugnación interpuesta por el Defensor Público, Dr. C. G., en representación de B. J. C., contra la sentencia nro. 838/21, dictada el día 13 de abril del corriente año, mediante la cual el Tribunal integrado por los Dres. Gustavo Castro, Marcelo Nieto Di Biase y Mirta del Valle Moreno, condenara al nombrado a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, por haber sido declarado autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, cometido contra una menor de 18 años, aprovechando la relación de convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado (arts. 29, inc. 3ro. 45, 55 y 119, 1ro. 3ro. y 4to., párrafo inc. "f" del Código Penal), en orden a los hechos ocurridos entre el año 2015 y el 12 de junio de 2018, en perjuicio de la menor Y.L.R.

En la audiencia de impugnación (art. 385 del C.P.P.) celebrada en la sede de este Tribunal el día 07/09/21, intervino, el imputado B. J. C. junto al Defensor Público Dr. C. G. y en forma virtual (Sistema Webex), el Dr. Arnaldo Maza, en su carácter de Fiscal General. Se deja constancia que no concurrió en modalidad alguna a dicha audiencia, la denunciante y representante legal de la menor víctima, Sra. R. D. R., perjuicio de encontrarse debidamente notificada.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro

Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Martín Montenovo.

El juez de Cámara Penal, Dr. Roberto Adrián Barrios dijo:

Tras sustanciar la impugnación presentada contra la sentencia de condena, ahora corresponde la revisión de la decisión registrada bajo el registro digital 838/2021.

Llevaré el análisis de los agravios en el orden dado por el pretenso.

1.De la arbitrariedad de la sentencia por una valoración sesgada de la prueba y la omisión de tratar prueba dirimente.

1.1 La defensa técnica de B. J. C., afirmó que no existe prueba que acredite el acceso carnal endilgado a su cliente.

Dijo que la madre de la niña en reiteradas oportunidades, solo dijo que su hija expresó lo que le había sucedido, incluso, después que el encartado se hubiera retirado de la convivencia familiar, y que en todos los casos manifestó únicamente tocamientos. En igual sentido, tía y tío maternos de la niña, afirmaron que la niña refirió tocamientos en su cuerpo, y ninguna otra expresión que hiciera presumir que hubiera sido violada.

Cuestionó que la madre de la niña, no notara cambios cuando la violaron por primera vez, ni las posteriores, y sí luego del develamiento, lo que consideró *poco creíble.* Cuestionó también que la madre no haya observado que la nena en algún momento tuviera dificultades para caminar, orinar o defecar, o haya encontrado sangre en la bombacha o en alguna otra ropa personal, ni en toallas o toallones o ropa de cama como sábanas o colchas, ni en el baño ni en ningún otro lugar.

Por otro lado, observó el testimonio de la menor, puesto que de las entrevistas y aplicación de los test técnicos, lo que surgió fueron tocamientos y besos en la cola y los pechos de la niña, mas no que fuera violada

analmente; confesando la parte que se vieron sorprendidos por el develamiento en la Cámara Gesell.

También dirigió sus críticas a la psicóloga que actuara en la diligencia, por formular preguntas indicativas, vedadas por nuestro ordenamiento adjetivo; y cuestionó también a los jueces que tuvieron acreditado el presunto acceso carnal, a partir de una frase que la niña NO dijo, sino que en realidad la dijo la psicóloga. Insistió en que los dichos de la niña no son asertivos, que se puso en su boca cosas que no dijo.

De otra parte, arremetió contra el fallo por no hacerse cargo de las opiniones encontradas de los galenos intervinientes, en cuanto a que el médico forense dejó abierta la posibilidad que el desgarro constatado en la victima, pueda haberse producido por constipación.

1.2 Puesto a resolver el caso, advierto que los magistrados han hecho un puntilloso análisis de cada evidencia devenida en prueba en el debate, haciendo posteriormente un cotejo del conjunto, con lo cual tuvieron por acreditado el presupuesto fáctico de la agravante de la calificación penal básica endilgada al acusado.

1.2.1 En delitos de índole sexual, el testimonio de las víctimas suele constituir la única prueba directa de los hechos, por lo que el Tribunal de condena debe ponderar dicha versión, someterla a un completo examen tendiente a valorar agudamente el relato, y sobre todo cotejarlos con el resto del material probatorio producido, si es que acaso existe, mediante un análisis comparativo lógico y racional.

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

Y. M. L. R., al momento de prestar declaración en el contexto de la Cámara Gesell el 29 de marzo de 2019,

ha dado detalles específicos de los hechos sufridos, dentro del que su corta edad le permitió expresar.

En la imagen se observa a una niña con apariencia de tal, tranquila, prolija y de hablar sereno. Su tono de voz ha sido constante, respondiendo en un léxico entendible, con sustantivos y adjetivos propios del discurso de una persona de corta edad, y pocos espacios de silencio entre la pregunta formulada y su respuesta. Impresionó ser una persona atenta e inteligente, por el modo de escuchar las preguntas, y la forma de contestarlas, correcta y concretamente.

Al inicio del relato, ubicado al minuto 4.37 del registro que contiene la declaración, la victima comenzó diciendo que el imputado la había llevado a la pieza para tocarle la cola, aclarando que eso le había pasado muchas veces.

Luego, a pregunta de la licenciada Lidia Carrizo tendiente a que describa como la tocaba, Y. respondió que el acusado le decía que se baje los pantalones y le tocaba la cola, circunstancia que luego de 4 minutos aproximadamente, volvió a confirmar (minuto 8.43 del soporte), aclarando que la tocaba con las manos y también con la boca.

En procura de obtener mejores detalles, nuevamente la licenciada preguntó a la niña si en algún momento le dolió algo, a lo que respondió afirmativamente, diciendo que le dolía adelante y atrás, agregando que su atacante también la tocaba con el *pitito*.

Seguidamente hizo referencia a las amenazas que recibía en caso de intentar decir algo de lo que le pasaba, reiterando nuevamente que le hacía doler, y que fue así como se daba cuenta que le ponía el pitito atrás (escuchar a partir del minuto 10.33).

En cuanto al elemento legal relativo al acceso, cuestionado por la defensa, creo que el nudo de este punto es dilucidar si esta criatura, aportó suficiente evidencia para sostener los presupuestos fácticos de la teoría del caso, tal cual fue presentada por la fiscalía.

Para ello, no olvidemos 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 la de otro sujeto. Esta característica debe agudizar el análisis cuando se trata de testimonios de niños/niñas, víctimas de abusos sexuales.

Considero que la niña contó lo que pudo, como pudo, cuando pudo, con vergüenza porque se refiere a su sexualidad, y de seguro con dolor, porque se refiere a quien fuera pareja de su madre.

Ello así, coincido con los jueces que la declaración de la víctima impresiona como un relato creíble, y que aportó las referencias concretas a las situaciones abusivas padecidas, incluida la agravante del tipo básico.

Dijo que fue tocada con las manos del imputado, con la boca, y con el "*pitito*". Si a ello agregamos que también dijo que le hacía doler, la penetración es un presupuesto factico que puede extraerse con esta evidencia, máxime si a lo que hasta aquí con sentido común se concluye, se le aduna las certificaciones médicas producidas a este respecto.

Ello nos lleva al siguiente agravio.

2.2.2 Pese a la contradicción que la impugnante pretende sugerir entre las conclusiones del médico forense D. R. J. y las de la perito ginecóloga F. K., cierto es que ha sido constatada la dolencia en el cuerpo de la niña: una lesión perianal en hora 11 y 12 cicatrizal de larga data, que dejó marcas en los tejidos, y que se corresponde a la categoría 3 de la clasificación de Murams y Adams.

Sobre este punto, debemos decir que la carga muchas veces relativizada por los litigantes, constituye la de acreditar debidamente a las personas que han de declarar en un juicio. Esta carga no posee un protocolo para lograr el objetivo de persuadir al decisor (sea este un juez técnico o un jurado) de la fiabilidad de la persona que ha de testimoniar.

Como enseña Gonzalo Rúa en su obra "Examen Directo De Testigos" (Ediciones Didot, 1ª edición, 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.*"

El juez Nieto (ver página 11 del fallo), concretamente consideró esta circunstancia, al decir que en su análisis de la coherencia externa, se correlaciona especialmente con el hallazgo físico detectado en el cuerpo de la víctima; para, más adelante (página 13), agregar que de acuerdo a la especialista K., existió una lesión profunda que es específica de abuso sexual, que no produce una constipación.

La diferencia entre uno y otro dictamen, con acierto, lo resolvió de acuerdo a la acreditación de uno y otro profesional.

Del mismo modo resolvió el planteo la jueza Moreno (página 28), y el doctor Castro (página 37 y siguientes), quien coincidió en que la calidad de especialista en ginecología infanto-juvenil, con más de 25 años de experiencia, que en definitiva fue lo que hizo la diferencia en la valoración de los testimonios de los expertos que pasaron por la sala de audiencias.

Merece completarse este punto con la siguiente transcripción del voto del mencionado juez penal: "…No obstante la reconocida capacidad del Dr. R. J., sobre esta específica cuestión comparto plenamente la afirmación dada por la Dra. K. En efecto, considero que la experta nos brinda una información más que razonable apoyándose en los estudios de la comunidad científica,

en este caso de la Sociedad Americana de Pediatría, que descarta de plano, ante la existencia de una lesión cicatrizal, que la misma se haya producido por una posible constipación, por lo que compartiendo sus argumentos, rechazo cualquier posibilidad en tal sentido."

Como vemos hasta aquí, ninguno de los agravios invocados por la defensa se han constatado en el fallo, ni en la prueba que fuera producida y valoradas por los jueces, que desarrollaron sendos fundamentos de sus conclusiones.

Que la madre de Y. no haya advertido la lesión, ni rastros que pudieran haber quedado en sabanas, toallones, ropa interior, no desvirtúa en modo alguno que la lesión exista; dando más fortaleza el dictamen pericial que lo vinculó directamente a la comisión de un abuso con acceso, cual fuera acusado C.

Recordemos que cuando el Estado pretende llevar una causa a la instancia del juicio, debe conformar lo que técnicamente se denomina teoría del caso que se compone de tres elementos: presupuestos fácticos, evidencia y una teoría normativa; algo así como hechos que sean reprochados como delitos, posibles de ser probados.

Cada uno de estos elementos es indispensable, por lo que si falta alguno de ellos, el Estado no tendrá una teoría que amerite la realización de un debate.

La teoría del caso de la fiscalía fue correctamente acreditada ante los jueces, y junto con ellos, no advierto inexactitudes en el testimonio de la niña o en la pericia medica que impongan duda.

Así las cosas, la calificación jurídica que fuera atacada en el recurso, fue sostenida por el tribunal en base a la evidencia producida que se ha revisado y sin dudas los jueces han fundado acabadamente.

Con todo ello, creo que el fallo ha logrado generar la imposición procesal de adquisición de certeza.

Así, su ponderación desde la experiencia, la lógica y la psicología, cada magistrado desarrolló fundamentos concretos para justificar su voto, la agravante del tipo básico atacada, correspondiendo en consecuencia, desechar el primer agravio del recurso.

Pasemos al siguiente.

3. Del Quantum de la Pena.

3.1 La defensa tachó de arbitraria la valoración de las pautas establecidas en los Arts. 40 y 41 del CP, que condujo al Tribunal interviniente a imponer por unanimidad la pena de doce años de prisión a su cliente.

3.2 Es dable destacar que la potestad de los jueces de poder mensurar el reproche, se circunscribe a cada caso y a cada imputado en concreto.

No debemos olvidar que la coerción penal, cuyo instrumento es 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, Raúl E. Zaffaroni, Ediar, 1998, página 63)*.

En la decisión judicial de esta etapa del proceso, se le debe exigir al magistrado la fundamentación explícita que permita dar su lugar a cada elemento enumerado en la Ley, y posibilitar con ello el control 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*)*

Si el tribunal estima que una variable impacta en mayor culpabilidad, en su fallo deben estar las razones que justifiquen dicha estimación.

Vayamos al fallo.

3.3 Del voto del doctor Nieto Di Biase, se colige que valoró como agravante que la calificación incumba la de un delito continuado, y vale afirmar que falta razón al recurrente que niega que esto se encuentre probado, puesto que como ya he dicho, la menor así lo denunció.

Más lo que no se puede soslayar al comparar este voto con los votos de sus colegas, es la falta de coincidencia de las agravantes detalladas en el proceso de mensura, no habiendo unanimidad ni mayorías que se puedan identificar sobre esta instancia del juicio.

La jueza Moreno, dijo compartir con el acusador público las circunstancias agravantes de la naturaleza de la acción que amen de ser una variable distinta a la del juez que lo precedió, tampoco le dio contenido preciso ni explicó su impacto en la regulación del reproche.

Por su parte el juez Castro, rechazó al igual que sus colegas preopinantes, el resto de agravantes postuladas por la Fiscalía, circunscribiendo el aumento de la dosis en una sola, "la multiplicidad de hechos respecto de una persona menor de 13 años…".

Tampoco existe en ninguno de los votos, una mínima referencia a como influyó las atenuantes consideradas, para justificar la pena en un cincuenta por ciento por encima del mínimo de la escala penal prevista en el tipo.

Surge evidente que la mensuración de la pena no ha sido bien definida o al menos justificada de acuerdo a la petición de las partes en la instancia de cesura.

Con lo revisado hasta aquí, estimo que corresponde revocar la resolución referida a la pena impuesta, por

lo que se deberá reenviar el presente a la instancia de conocimiento para lograr una sentencia que imponga la sanción concreta que corresponda.

Ello así, por cuanto la asunción de competencia positiva de este Cuerpo atentaría contra la sustanciación de los presupuestos legales que juegan en el caso. Además asegura al condenado la garantía de que la pena que en definitiva le sea impuesta, pueda ser revisada por un órgano de instancia superior, como prevé nuestro derecho positivo.

5. Es por todo lo dicho que voto por confirmar parcialmente la sentencia de responsabilidad, autoría y calificación jurídica dictada contra B. J. C., reenviando el caso a la instancia de conocimiento para que se renueve la discusión sobre la pena a imponer, mediante una pronunciamiento que atienda a todos los requerimientos de las partes y sus debidos fundamentos.

6. En punto a las costas y honorarios de la Defensa Pública, voto por imponerlas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), regulando los honorarios de la misma en la cantidad de TREINTA (30) JUS (arts. 5, 6 *bis*, 7, 9, 44, 45 y cctes. de la ley XIII-N°4, antes decreto ley 2.200 y art. 59, Ley V-N°90), modificada por ley XIII-N° 15).

Así voto.

El Juez de Cámara Penal, Dr. Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- En fecha 13 de abril de 2021, por sentencia registrada bajo el número 838/2021, fue condenado B. J. C. a la pena de doce años de prisión, por habérselo encontrado autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal, cometido con una menor de dieciocho años, en la modalidad del delito continuado, aprovechando la situación de convivencia preexistente (arts. 45, 55 y 119, incisos primero, tercero y cuarto letra “f”, del C.P., por los hechos ocurridos entre el año 2015 y el 12 de junio de 2018, en perjuicio de la niña Y.L.R.

2.- Su letrado patrocinante, el Defensor Público C. G., impugna la resolución de marras, haciendo girar sus agravios alrededor de dos ejes principales: la valoración sesgada de la prueba y la arbitrariedad en la fijación de la pena, todo lo que ha sido trascripto por el colega Roberto Adrián Barrios, por lo que evitaré reiteraciones innecesarias.

3.- Escrutada la resolución venida en crisis, debo principiar advirtiendo que nos encontramos ante una sentencia, en lo que hace a la acreditación del hecho materia de debate y la atribución de responsabilidad, digna de ser confirmada toda vez que es el resultado del correcto análisis de toda la prueba rendida, a la luz de las reglas de la sana crítica racional.

Los jueces, para aquella tarea, han dotado de credibilidad a la niña víctima, todo lo que deviene razonable de la mera audición del registro que contiene su declaración en Cámara de Gesell.

En efecto, tal como indicaron los magistrados del caso, es posible apreciar a una joven que se manifiesta con lenguaje acorde a su edad, atenta a las preguntas que se le formularon, contestando en forma concreta; dio cuenta en forma segura que el imputado le tocó la cola en numerosas oportunidades en el interior de la pieza; más adelante precisó que aquél le pedía que se baje los pantalones para tocarle la cola con las manos y la boca; cuándo fue preguntada si en alguna oportunidad le hizo doler, contestó con precisión que le dolió adelante y atrás, concretamente, le dolía cuando le ponía el pitito atrás.

Con esta referencia, a pesar de la queja del apelante, es dable tener por acreditado el elemento típico previsto en el dispositivo legal seleccionado por la acusadora, esto es, la penetración anal por parte del imputado con su pene, no siendo necesario, como pretende

el quejoso en su escrito de impugnación, exigir que la niña hubiera dicho que “le ponía el pito”.

En definitiva, a partir de la declaración de la niña, que impresiona como un relato veraz, es posible tener por acreditado que existieron accesos carnales, habiendo dado referencias suficientes para así estimarlo, todo ello a pesar de la falta de aquiescencia del impugnante, no siendo suficiente para determinar la presunta mendacidad de Y. el hecho de que su madre no hubiera notado las secuelas y tampoco surgiendo del escrutinio de la filmación pregunta indicativa alguna por parte de la licenciada en psicología interviniente.

4.- Por otra parte, el apelante pretende la desacreditación de la sentencia a partir de las presuntas disímiles opiniones expertas de los profesionales intervinientes acerca de la posibilidad de que la cicatriz que presentaba la niña en su ano pudiera ser producto de constipación.

No existe duda, ni ha sido cuestionado, que en el cuerpo de la niña se constató una lesión perianal, en hora 11 y 12, cicatrizal de larga data, que dejó marcas en los tejidos.

También corresponde sostener, tal como lo hicieron los jueces del caso, que la constatación de aquella lesión viene a dar pábulo a los dichos de la niña en cuanto el imputado le hizo doler cuando la tocaba con el pitito por atrás.

El punto central del agravio, es que los jueces “tampoco se hacen cargo de las opiniones encontradas de los galenos” (sic de la hoja 5).

Nada menos cierto que lo que se puede leer de la sentencia; por el contrario, los tres magistrados expresamente se avocan a la cuestión y la resuelven de manera acertada, validando la opinión de la doctora K. acudiendo a su formación académica, su especialización y su larga experiencia en la materia.

El juez Nieto Di Biase así lo manifestó a partir de la hoja 13 de la sentencia, la jueza Moreno hizo lo

propio en la página veintiocho y el doctor Castro coincidió en asignar mayor valor a la opinión experta de la especialista en la página 37 del fallo, doctora que, concretamente dijo en su declaración en el debate que los efectos de la constipación jamás producen un desgarro como sí la causa la introducción de objetos.

Explicó concretamente, *"…para encontrar una cicatriz tiene que haber habido un desgarro; otro tipo de lesiones anales, más superficiales como las fisuras, cicatrizan sin dejar marca. Si yo veo una cicatriz quiere decir que en algún momento tuvo una lesión más profunda que una fisura que sería un desgarro…"*, para luego agregar, de manera terminante que *"…siempre preguntan si constipación algo así, pero eso produciría fisura, pero no un desgarro. Un desgarro implica una lesión como una penetración, si?"*, todo lo que permite resolver la cuestión sin lugar a dudas acerca del modo de producción de las improntas que exhibía el cuerpo de la niña.

5.- De todo lo expuesto, entiendo que los agravios invocados por el apelante no han sido verificados y que, por el contrario, los jueces del caso han motivado en forma acertada las circunstancias fácticas necesarias para acreditar las teorías jurídicas pretendidas por la fiscalía, arribando a la certeza necesaria para destruir el estado de inocencia de que gozaba el incuso, por lo que se impone hasta aquí desechar el recurso y confirmar el fallo en este aspecto.

6.- Empero, en lo que hace a la determinación de la pena, más allá de la queja puntual de abogado público, lo cierto es que de la lectura del fallo se advierte con evidencia que ha faltado la necesaria deliberación entre los jueces para arribar al monto de doce años de prisión.

Concretamente, se advierte que, si bien han coincidido los magistrados en el *quantum* punitivo, han arribado a él valorando diferentes circunstancias, lo

que se traduce en la falta de motivación necesaria que invalida aquella determinación.

En efecto, el juez Nieto valoró como agravante el hecho de tratarse de un delito continuado; la jueza Moreno, motivó la pena a imponer en la naturaleza de la acción y, por último, el juez Castro, entendió como motivo para aumentar la pena la multiplicidad de hechos.

Ello así, corresponde revocar el fallo en lo que hace a la determinación de la pena, estando vedado asumir competencia positiva a este órgano revisor pues, en caso de imponer una sanción, se atentaría contra la posibilidad de su revisión por un Tribunal superior, por lo que deviene necesario reenviar estos folios a la instancia de origen para la correcta imposición de la pena.

7.- Por todo lo expuesto, voto por no hacer lugar al recurso y confirmar la sentencia en lo que hace a la determinación de los hechos, asignación de responsabilidad y calificación jurídica, revocando la pena impuesta, reenviando estos folios a la instancia de origen para que se determine la pena concreta que corresponde.

8.- En materia de imposición de costas y regulación de honorarios, hago propia la propuesta del vocal que me precede en el orden de votación.

Así lo voto.

El Juez de Cámara en lo Penal, Dr. Martín Montenovo dijo:

I.- No he de reiterar el detalle de los términos de la Sentencia en crisis, los agravios del impugnante, los argumentos de su contraparte, ni la descripción del hecho motivo de autos, tampoco de las piezas del plexo involucradas en las críticas del recurrente, más allá de lo estrictamente necesario a los fines de esta exposición, remitiendo a tal efecto, en honor a la brevedad, a la completa reseña que principia el primer sufragio de este acto, tanto como a lo señalado en tal sentido por el segundo de los colegas preopinantes.

II.- Un apunte preliminar que aquí procede realizar, consiste en que el A-quo consagró una de las hipótesis propuestas, la del Ministerio Fiscal, respecto de la forma en que se desarrolló el evento endilgado a C.

El término hipótesis nos deriva al concepto de verdad, y allí apuntó el esforzado Defensor el núcleo de sus críticas, aduciendo que solo por medio de arbitrariedad en la valoración de la prueba fue posible para los Sentenciadores adoptar el temperamento condenatorio en análisis, específicamente en orden al acceso carnal, contraponiendo otra alternativa, otra hipótesis, derivada de la interpretación de la evidencia médica, que consistió en los rastros en el cuerpo de la niña Y. de una lesión perianal, derivada, a juicio del impugnante, de una constipación y no de la introducción de un miembro viril.

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

No significa que lo realmente ocurrido carezca de trascendencia, sino que ante la imposibilidad de reproducirlo tal cual sucedió, exactamente, lo que resulta inalcanzable aún en los términos de la ciencia de la que hoy disponemos, debemos conformarnos, partiendo de un evento de la realidad, con explicaciones racionales del mismo, las que quedan a cargo de las partes, y deben cumplir con determinados estándares probatorios, los que varían conforme a cada tipo penal y sus particularidades.

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

III.- Entonces, lo que aquí se aprecia es que el Acusador Público presentó un caso en el que una menor que sufrió un ultraje duradero en el tiempo, tres años aproximadamente, hasta que a mediados de 2018 se develó lo que estaba sucediendo al sorprender R. R. madre de la niña, al acusado en la cama con ella, en el domicilio que compartían los tres.

Vale aclarar que en los supuestos de Abuso sexual intrafamiliar donde el sujeto activo resulta ser conviviente, y el pasivo una menor, es bastante usual que el rol de la madre y pareja del primero, adopte un carácter ambivalente, producto justamente de la tensión afectiva señalada, ignorando lo evidente en la vida diaria, en muchos casos presenciando la revelación de los sucesos tardíamente, formulando las denuncias también de forma diferida, lo cual en sí mismo bajo ningún concepto habilita a sostener ausencia de veracidad o contradicción.

Si bien en un primer momento de las manifestaciones de la niña reproducidas por terceros no existió una alusión expresa a introducción por parte del imputado de su pene en la zona anal de la víctima, en Cámara Gesel Y. sí lo dijo claramente, en un vocabulario acorde a su edad y por ende, su nula experiencia sexual. Aquí procede detenerse para resaltar que precisamente el cometido de la etapa preparatoria es el de acumular información, que debe ser válidamente adquirida, con la excepción en esta clase de reproches de evitar la re victimización, convocando reiteradamente a la damnificada a reproducir aquello que sin dudas le representa un trauma.

Por ende, no procede hablar de contradicciones en su versión, sino de profundización de la misma, que no

debe surgir de una co-construcción por parte de quienes la reciben, o pueden influir en ella, tesis que aquí no se ha planteado, y tampoco parece haberse verificado.

Dicha versión de Y., tal como fue recibida de sus propios labios, fue validada psicológicamente, sobre lo cual tampoco hubo críticas.

Expresamos habitualmente que el tipo de conductas como la que aquí se analiza, se desarrollan en un contexto de intimidad que impide generalmente contar con testigos presenciales, circunstancia que obliga, por imperio del método de valoración de la prueba vigente, la sana crítica racional (art. 25 3er. párrafo del CPPCh.), a extremar los recaudos de interpretación en torno a la versión, de la víctima, la cual debe ser analizada necesariamente como incluida dentro de un todo compuesto a su vez, y especialmente, por la prueba pericial psicológica, la que permite otorgar a los Sentenciadores herramientas para decidir sobre la veracidad de la versión de los damnificados, que en los casos de ASI resultan ser niños o adolescentes.

Así, sostenemos que el esquema de abordaje de los supuestos de ASI, parte de considerar que "los infantes no poseen conocimientos sobre sexo, por lo cual lo que expresen al respecto debe concitar la atención, más si lo refieren como experiencias propias, lo que constituye un fuerte indicio de veracidad en sus expresiones (conf. Clínica de Abuso sexual en la infancia y la adolescencia, Dra. Susana Toporosi, Archivos Argentinos de Pediatría 2003, 101 (6); Carlos Alberto Rozanski "Abuso Sexual Infantil, Denunciar o Silenciar" pags 189 y ssgts.)."

Tal esquema admite excepciones, consistentes en que los niños, por ejemplo, fabulen, mientan, exageren, posibilidades que aumentan en la medida que los menores van creciendo y convirtiéndose en adolescentes, etapa de la vida caracterizada, precisamente, por el despertar sexual; o parcialmente en la co-construcción aludida.

La Defensa ha pretendido ampararse en una aparente discordancia entre el médico forense R. J., quién adujo sobre la chance que la lesión anal de la víctima haya sido producto de una constipación, y la opinión de la perito ginecóloga K., quién la ubicó como consecuencia de un acceso carnal, debido a sus características.

Más allá de la diferencia de especialización existente en su favor, K. declaró en consonancia con el relato de la menor, cuestionado solo al nivel de presencia de contradicciones que ya hemos catalogado como aparentes, eso decidió el Tribunal sin dudas en un ejercicio correcto de valoración probatoria, lejano a la arbitrariedad aducida, inclinándose por la hipótesis acusatoria.

Por ende, y en cuanto al punto, la crítica debe ser descartada, y la materialidad atribuida debe quedar fijada de la manera en que la definió el A-quo, tal como lo solicitó el Ministerio Fiscal.

IV.-Las restantes quejas del impugnante remiten, en última instancia, a cuestiones atinentes a la dosis de pena.

Previo a ello, debo señalar que conforme lo he sostenido en una buena cantidad de fallos de la Cámara Penal que naturalmente integro, la de Comodoro Rivadavia (Sentencias nro. 4/2012,6/2014,7/2019,17/2021 entre otras), no comparto el enfoque de considerar a los ultrajes sexuales duraderos en el tiempo como Delito continuado, pues la figura remite a una unidad final de conducta si bien expresada en eventos parciales, precisamente lo que no se aprecia cuando cada ultraje sexual significa una finalidad en sí misma para el sujeto activo, que a lo sumo se renueva cuando vuelve a ocurrir.

Por ende, corresponde hablar de reiteración, y si lo que no se puede precisar, y con ello cumplir con la manda de certeza que debe ostentar todo pronunciamiento condenatorio, es la cantidad de hechos y/o su ubicación temporo-espacial debido al contexto de intimidad en que ocurren, ya aludido pero se encuentra acreditada la

fenomenología, procede recurrir a la fórmula consistente en que, al menos, la acción se desplegó en dos ocasiones (conforme Julio Maier -Derecho Procesal Penal T. 1 b pag. 346- "Debe descartarse la aplicación de la figura del delito continuado pues conforme lo ha sostenido autorizada doctrina y jurisprudencia, en cada reiteración aparece un nuevo sufrimiento para la víctima, sobre todo si se trata de menores (Julio César Castro "Abusos sexuales continuados, un verdadero tema de concurso de delitos" LL Marzo del año 2004, Suplemento de Jurisprudencia Penal pags 35 y ssgts)").-

La inconveniencia de acudir al Delito continuado en esta clase de injustos reiterados se aprecia cuando se intenta definir cuál sería la finalidad última de todos ellos, pues si se la coloca en generar determinado hábito sexual en la víctima, se podría estar hablando de otro ilícito (art. 125 CP.), más allá de las dificultades de definición que este tipo presenta.

Pero debido a la prohibición de la reforma en perjuicio del recurrente (art. 269 CPPCh.), debemos manejarnos con la escala propia del delito continuado, es decir la derivada de la comisión de un único hecho.

Desde allí, a tenor del art. 41 del CP, en calidad de agravantes surgidas del aspecto objetivo a considerar, el suceso en sí, solo cabía incrementar la dosis de sanción desde el mínimo de la escala, ocho años, punto de partida impuesto por el principio "pro homine", receptado claramente por normas convencionales situadas en el vértice de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 CN.), cuya derivación resulta la limitación de la respuesta contingente, en la duración de los ultrajes, más no en el carácter de continuado del ilícito, lo cual ya haya sido definido en el ítem Tipicidad, no debiendo generar otra consecuencia desfavorable para el acusado, pues ello menoscaba la prohibición de la persecución penal múltiple.

Además, invocar la naturaleza de la acción como motivo para apartarse del mínimo no representa un factor definido, y hacerlo basándose en la "reiteración" delictiva, contradice lo fijado en orden a la Calificación legal.

Fueron los argumentos utilizados por los Sentenciadores, que analizados en conjunto derivan en la ausencia de mayoría, y con ello, obligan a dejar sin efecto lo decidido en cuanto al punto.

No soy de la idea de generar reenvíos si es que resulta posible no hacerlo, pero aquí corresponde en salvaguarda del derecho de argumentar del Acusador público, en el supuesto de pretender que se mantenga la dosis de pena asignada.

Por lo tanto se impone dejar sin efecto la dosificación realizada, reenviando a la Oficina judicial el caso para que por otro Tribunal, se la defina nuevamente (art. 304 CPPCh.).

En cuanto a costas y honorarios, coincido con el criterio del votante en primer término.

Así voto.-

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

S E N T E N C I A:

1) Confirmar parcialmente la sentencia nro. 838/21 de fecha 13/04/21, en orden a la declaración autoría en cabeza B. J. C. del delito de abuso sexual con acceso carnal, cometido contra una menor de 18 años, aprovechando la relación de convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado (arts. 45, 55 y 119, 1ro. 3ro. y 4to., párrafo inc. "f" del Código Penal), en orden a los hechos ocurridos entre el año 2015 y el 12 de junio de 2018, en perjuicio de la menor Y.L.R;

2) Reenviar el caso para que, el tribunal que corresponda, previa sustanciación (art. 304 CPP) decida

la pena a aplicar de conformidad con lo dispuesto en la presente;

3) Imponer las costas al acusado (art. 241 CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la cantidad de TREINTA (30) JUS (arts. 5, 6 *bis*, 7, 9, 44, 45 y cctes. de la ley XIII-N°4, antes decreto ley 2.200 y art. 59, Ley V-N°90), modificada por ley XIII-N° 15; y

4) Téngase presente la reserva del caso Federal;

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrián Barrios
Presidente

Se deja constancia que el Dr. Alejandro Gustavo Defranco no suscribe materialmente la presente por ausentarse con posterioridad al acuerdo (art. 331 "in fine del C.P.P.), y el Dr. Martín Montenovo envió su voto a esta sede mediante correo electrónico. Registrada con el Nro. 57/21 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Carlos Enrique Pedelaborde
Secretario de Cámara