

FALLO N.º [xxx] - P.A. - SALA A: En la ciudad de Santa Rosa, capital de la Provincia de La Pampa, a los veintisiete días del mes de abril de dos mil veinte, se reúne la Sala "A" del Tribunal de Impugnación, integrada por los señores Jueces Mauricio Federico Piombi y Filinto Benigno Rebechi, a los efectos de resolver el recurso de impugnación interpuesto por el defensor particular G.G. en favor de R. J. M. en legajo Nº [xxx], caratulado: "M., R. J. s/ Recurso de Impugnación" contra la sentencia dictada con fecha [xxx] del que:

RESULTA:

Que el Sr. Juez de Audiencia de la Primera Circunscripción Judicial Dr. Carlos Besi resolvió en legajo Nº [xxx], mediante sentencia [xxx], lo siguiente: "... PRIMERO: *Condenando a R. J. M., DNI N.º ....., nacido el día [xxx], en la ciudad de [xxx], de apellido materno P., y demás condiciones personales obrante en la presente, como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual Simple y Abuso Sexual con Acceso Carnal, agravado por resultar la víctima menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente del autor con la misma, todo ello mediante el uso de amenazas, como delito continuado (arts. 119 1º párrafo, 2do supuesto; 3º párrafo en relación con el inc. "f" del 4º párrafo -conforme texto anterior a la Ley 27.352- y 54 "contrario sensu" todo del C.Penal), en calidad de autor art. 45 -primer supuesto- del C.Penal, en el marco de protección de la ley 26485, a la pena de DOCE AÑOS de prisión, con más la accesoria del art. 12 del C.Penal; con costas (arts. 355, 474, 475 y cc. del C.P.P., art. 29 inc. 3) del C.Penal).* SEGUNDO: *Mantener la restricción absoluta de acercamiento y de cualquier tipo de contacto para con la víctima y su hermano, por cualquier medio y forma (teléfono, redes sociales, mensajes de voz, mensajes de texto, etc.), hasta la finalización de proceso. (Art. 26 Ley 26.485).* TERCERO: *Atento a lo dispuesto en el punto primero y Firme que se encuentre la presente, procédase a la inmediata detención de R. J. M. a los fines del cumplimiento de la pena impuesta...".-*

Contra esta resolución, el Defensor particular G. G., interpuso recurso de impugnación, motivado en errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 400 inc. 1º del C.P.P.) y errónea valoración de la prueba (art. 400 inc. 3 del C.P.P.)

Realizado el trámite previsto en el art. 407 ss. y cc., y habiéndose celebrado la audiencia prevista en el art. 410 todos del C.P.P. (Ley 2287), integrada la Sala en su conformación, en consecuencia, el recurso ha quedado ahora en

condiciones de ser resuelto, habiéndose establecido el orden de votación correspondiente, correspondiéndole el primero al señor Juez Mauricio Piombi y en segundo lugar al señor Juez Filinto Rebechi.

CONSIDERANDO:

*El Sr. Juez Mauricio Piombi, dijo:*

El recurso de impugnación deducido por la defensa de R. J. M., resulta formalmente admisible en los términos de los arts. 8.2. h de la C.A.D.H., 14.5 del P.I.D.C. y P., 18 y 75 inc. 22 de la C.N., arts. 400 inc. 1º y 3º, 402 y 405 inc.1º del C.P.P. (Ley 2287).-

Se encuentra debidamente motivado, brindando el marco de tratamiento que este Tribunal revisor debe efectuar, a los efectos de garantizar a quién resultó condenado mediante sentencia aún no firme, el derecho que tiene a que la imputación concreta en su contra, sea analizada una vez más en forma integral. -

Ello a los fines de legitimar plenamente el poder punitivo estatal, conforme lo dispuesto por la Convención Americana de los Derechos Humanos (art.8:2) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art.14.5), incorporados a nuestra Carta Magna, como ordenamiento legal positivo. -

En tal sentido, el examen de la sentencia debe abordarse conforme los parámetros establecidos por la C.S.J.N. en el fallo "Casal, Matías y otro" (del 20/09/05), al referirse sobre los alcances de esta segunda instancia o doble conforme, expresó que: "(...) debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, toda lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, solo inevitables por la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas." y de conformidad con los estándares establecidos por la CIDH en el caso Mohamed vs República de Argentina" Sentencia del 23 de noviembre de 2012.-

Teniendo en cuenta lo expresado precedentemente, habré de ingresar al examen de las cuestiones planteadas, con la amplitud de conocimiento y revisión expuesta. -

La Audiencia de Juicio ha fijado los hechos según fuera la teoría del caso presentado por la Fiscalía, los cuales afirman "...que sin poder precisar fecha cierta, pero sí entre los meses de febrero y julio del año 2016, R. J. M., en

reiteradas oportunidades, abusó sexualmente de la menor S. I. P. -hija de su pareja-, por entonces de 14 años de edad, mediante tocamientos en las partes íntimas de la menor para luego accederla carnalmente, vía vaginal; hechos éstos ocurridos en distintos lugares de las localidades de [xxx]y [xxx], y cometidos bajo amenazas. El imputado M. era pareja de la madre de la menor, y convivía con la familia por lo menos tres o cuatro días a la semana.”

Contra la resolución, el Defensor Particular interpone recurso de impugnación ante esta Alzada, cuyos agravios paso a resumir.

El recurso centra su agravio en que es errónea la conclusión del sentenciante en afirmar que los hechos acontecieron tal como surge de la denuncia y que el relato tanto de la víctima y su hermano en debate sea inducido y que su retractación que estos realizan al atestiguar sea uno de los indicadores de existencia de abuso. Ello consecuencia de una deficiente valoración de la prueba.

Esa errónea valoración de la prueba, lleva a una conclusión incorrecta que no se ajusta a la verdad y con ello a una errónea aplicación de la ley sustantiva, siendo que no se dan los presupuestos que requiere la figura penal escogida para encuadrar el accionar desplegado por su asistido, en las previsiones de los arts. 119 1º párrafo, 2do supuesto; 3º párrafo en relación con el inc. "f" del 4º párrafo -conforme texto anterior a la Ley 27.352- del Código Penal.

Afirma el recurrente que el hecho aquí ventilado, no reproduce el escenario típico de los delitos de abuso sexual, donde el testimonio de la víctima se ve completado por el de su familia, amigos y pericias. En este caso en particular ha surgido en el propio debate y del propio relato tanto de la víctima como su hermano que fuera quien dio a conocer el hecho, la existencia de un conflicto familiar de posibles maltratos de la figura paterna hacia los hijos de su pareja, lo que determinó que los menores pergeñaran una mentira para librarse de la persona que le imponía los límites que como a todo niño no les gustaba. Y serán los propios niños quienes relatan en primera persona la situación de maltratos de M. hacia ellos que motivó la elucubración de la mentira que desatara la intervención del Estado y culminara con la desintegración del hogar familiar, entrevistas con oficinas y profesionales que para ellos eran extraños y un sin número de situaciones que los niños jamás pensaron que se iban a dar, ya que sólo buscaban que M. se fuera de la casa, pero nunca un final como este.

Que la sentencia se basa en informes y relatos de profesionales que han intervenido en el proceso pero que no tienen la suficiente fuerza probatorio para rebatir el relato en primera persona que efectúan la víctima y su hermano en el debate, quienes claramente expresan que su motivación radicaba en que M., dejara a su madre y por ello pergeñaron una mentira en la que los docentes serán las primeras víctimas. Acerca de este relato inventado, también da cuenta su hermana pequeña (C. N., hija del imputado) en Cámara Gesell expreso que sabía que todo lo manifestado era mentira, que sus hermanos estaban en la pieza y que ella justo fue al baño, cuando escuchó que iban armar todo esto, porque no querían ver a su mamá y a su papá juntos”.

En cuanto a las pruebas objetivas, relacionadas con el informe médico, es la propia víctima, quien da cuenta de las relaciones sexuales que tenía a muy corta edad con su novio en la escuela de xxx, la que también resulta ser corroborada por sus familiares y por los docentes de forma indirecta, al dar cuenta que el novio también concurría al establecimiento y la modalidad de la estadía, lo que hacía que la aventura que tenía sea perfectamente realizable.

No se ha producido una sola prueba de cargo que desacredite el relato claro, preciso y libre de S. ante el juez, que da cuenta con detalles la verdad de la situación. Y no obstante que el eje central de la cuestión gira en torno a su relato, en este caso la desoye -cuando ella voluntariamente asiste al debate a “contar la verdad”- y el Juez construye la sentencia en una versión de los hechos en base a los dichos de terceras personas.

Agrega que para el caso la sentencia no da debida explicación del porque descalifica la declaración de la menor y su hermano resultando, quien libremente concurren al debate y en esas condiciones fundadamente dieron las razones de porque mintieron. Si bien la retractación es un proceso en el comportamiento de niños, niñas o adolescentes que habiendo denunciado un acto abusivo o de maltrato en cualquiera de sus formas, cambian dicho relato al momento del levantamiento de un testimonio formal, la sentencia no se explica de que forma la menor transitó ese proceso y no se brinda a los menores el trato de un testigo capaz y su testimonio se presume creíble y valido subestimando así su opinión. -

Concluyendo, que la acción que se le imputa a R. J. M. no se ha acreditado y, en consecuencia, entiende esa defensa, debió dictarse la absolución del Sr. R. J. M..

De manera subsidiaria plantea, que el encuadre escogido por el Tribunal fue el de Abuso Sexual Simple y Abuso Sexual con Acceso Carnal, agravado por resultar la víctima menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente del autor con la misma, todo ello mediante el uso de amenazas, como delito continuado (arts. 119 1º párrafo, 2do supuesto; 3º párrafo en relación con el inc. "f" del 4º párrafo -conforme texto anterior a la Ley 27.352- y 54 "contrario sensu" todo del C. Penal), mientras que la parte acusadora solicitó la condena de su defendido en orden al delito de Abuso sexual con acceso carnal, agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años, figura esta que debe ser subsumida dentro de las disposiciones de los art. 119 1er. párrafo 2do. supuesto y 3er. párrafo en relación con el inc. f del cuarto párrafo del mencionado artículo, figuras estas que a su vez se le atribuyen en forma continuada en virtud de las disposiciones del art. 54 contrario sensu todo del Código Penal.

Mas allá del principio *iuria novit curia*, no pueden los jueces modificar la acusación del Fiscal, agregando figuras delictivas no solicitadas como es el caso del abuso sexual simple, por el que el acusador público no acusó ni solicito condena. Lo que vulnera el derecho de defensa y el debido proceso legal, toda vez que no se está respetando el plano de igualdad que deben tener la acusación y la defensa, y los jueces -imparciales- no pueden rellenar los espacios vacíos que deja el Fiscal.

El juez se extralimitó en sus funciones y por ello solicitó, como planteo subsidiario, a la absolución solicitada en los agravios referidos al fondo la cuestión, se modifique la calificación legal impuesta y se adecue la cuantificación de la pena.

Por último, se agravia de la pena impuesta, entendiendo que no se ha respetado el principio rector de la materia, cual es el principio de proporcionalidad de la sanción penal respecto a la afectación del bien jurídico protegido, haciendo mención la defensa la ausencia de racionalidad de los Tribunales al momento de cuantificar la pena a imponer, teniendo en consideración otras penas impuestas en delitos como homicidio o robo calificado en los que a esa defensa ha tocado intervenir en Tribunales de esta misma provincia, por lo que solicita se readeque la pena en orden a la calificación real y verdadera que corresponda de acuerdo a lo expuesto en el agravio correspondiente, o subsidiariamente, se readeque el monto de la pena.

Ingresando al análisis de los agravios, el recurrente se centra en que el Tribunal incurre en una errónea valoración de la prueba, pues parte de la premisa incorrecta de que la retractación de los menores se encuentran influenciados o inducidos y da por ciertos los hechos sustentados sobre aquel primer testimonio, entendiendo esa parte que tanto la víctima como su hermano, fueron claros en el debate en afirmar que la denuncia se trató de una mentira para librarse de la persona que le imponía límites y el a-quo ha subestimado su opinión, no brindando sólidos argumentos que explique por qué, no se les dio a los menores el trato de un testigo capaz, donde sus dichos se presuman creíbles y válidos cuando estos han expuesto en la audiencia lo que los motivo a formular la denuncia.-

Al respecto, nuestro ordenamiento procesal, rige el principio de la sana crítica para la valoración de las prueba lo que naturalmente implica el análisis del material probatorio, conforme reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y ello obliga a analizar la retractación a la luz del mismo principio y verificar en ese contexto probatorio si el relato verídico es el vertido en el debate donde la víctima se retractó o bien su declaración anterior, donde había denunciado la agresión sexual.

No es posible omitir que la mayoría de los casos como el que aquí se analiza, se comete en el ámbito intrafamiliar, privado o íntimo donde excepcionalmente hay testigos presenciales que aportan su testimonio al esclarecimiento de los hechos que son denunciados, razón por la cual en la mayoría de los casos no se cuenta con prueba directa del abuso sexual, dificultando con ello la investigación penal y donde el secreto funciona como un elemento más en el abuso, sostenido en el temor o las consecuencias de develar la verdad; de allí que este abrupto cambio en el testimonio de la víctima debe ser analizado en su contexto específico y en conjunto a toda la prueba.

Por otra parte, este Tribunal en causa N° A-31/12, exp. 14315/1 ha señalado *"...el interés superior del niño que las Convenciones Internacionales mandan proteger, nos obligan a extremar los recaudos en las investigaciones de este tipo, a los fines de no dejar desprotegido a los menores víctimas de esta clase de delitos..."* y acerca de la dificultad probatoria, recordábamos que *"... en este tipo de delitos, en virtud de sus características, es que nos enfrentamos a una dificultad probatoria palpable producto de la clandestinidad en que se consuman los mismos, debiéndose recurrir a indicios y presunciones a la hora de acreditar los extremos fácticos de la imputación, pero siempre guiados por*

los principios rectores de la sana crítica racional. Esa dificultad fue resaltada en numerosos precedentes: "SOSA, Ramón s/ recurso de impugnación" (N 62/09); "GALLEGO, Cristian Gastón s/ recurso de impugnación" (N 96/09); "LOPEZ, Juan Carlos s/ recurso de impugnación" (N 28/10); "MARTINEZ, José Clementino s/ recurso de impugnación" (N 3/10), entre muchos otros, a los cuales "brevitatis causae" me remito.

Tras el examen de la prueba, el relato de las víctimas tanto en Cámara Gesell, como en la audiencia de juicio y el testimonio de los profesionales actuantes como las personas cercanas a la menor y su hermano, adelanto que no obstante el voluntarioso esfuerzo de la defensa en desmerecer el relato de ambos y restarle credibilidad a la denuncia y sus dichos en Cámara Gesell, he de compartir los argumentos del Juez en la sentencia atacada, en la que ha tenido por probada la existencia de actos de contenido sexual realizada por M., en contra de la voluntad de la menor, bajo amenaza o intimidación. Pues la convicción de certeza de responsabilidad, surge no solo del contenido de las declaraciones de la menor, sino del restante material de prueba incorporado y que no ha sido desvirtuado, por los argumentos de la defensa sostenidos sobre la posterior retractación.

Ello por cuanto, que, a la luz de los elementos de prueba incorporados, es difícil concebir la existencia de un acuerdo previo entre la víctima y su hermano para contar una historia de abuso sexual con la sola intención de perjudicar a M., por los maltratos que este les profería, toda vez que la prueba en su conjunto brinda certeza sobre la responsabilidad del mismo que la abrupta retractación no logra conmovier.

Se puede aseverar que el develamiento se produce por el relato del hermano de la víctima, quien le expresa en el establecimiento escolar sus profesoras -C. P. y a M. T.- situaciones de maltrato en el ámbito familiar por la pareja de su madre -M.- y que este había abusado de su hermana, respecto de quien en febrero de 2016, este señor le había pedido permiso a la mamá, para llevarse a su hermana S. hacer un trabajo el cual no recuerda que trabajo era, si era de fumigación, jardinería o algo así, cuando volvió S. volvió con los ojos llorosos, con los pantalones rotos, que el señor la bajo y se retiró, que la mamá le preguntó a S. que había pasado y ella le contestó que este hombre la violó y la había amenazado.

Sustancialmente las testigos relataron cuanto tomaron conocimiento por parte del menor y que institucionalmente formularon la denuncia, por su parte P. relatara que la menor en un primer término decía que todo era mentira de C., pero cuando la niña se atrevió a contar lo sucedido en terapia, se observó un cambio en su personalidad y desde ese momento pasó a ser otra, tenía más relación con otras nenas, dejó de ser la nena tímida introvertida, salía. Un día la testigo se la encontró y ella le dijo que se animó a contar el hecho de la violación.

Ambas, fueron contestes en cuanto que observaron cambios en su conducta, cuando no estaban más en la casa familiar, con intervención de los organismos y nuevamente cuando volvieron con su madre, en el 2018, hubo un giro al 100%. S. volvió a lo mismo, no hablaba, estaba callada, todo lo que podía hablarse con la testigo la mamá se enteraba. Por su parte T. también expuso que después de la denuncia pudo hablar con S., unos meses más adelante cuando estaba en la casa institucionalizada le refirió que en un principio ella no lo quería decir y después había dicho la verdad.

M. L. F., de la Dirección de Prevención y Asistencia de la Violencia Familiar, psicóloga que realizó las entrevistas de la madre de los menores, manifestó que al principio mantuvo dos o tres entrevistas en ese momento, con la señora por un lado y otros integrantes del equipo con cada uno de los niños por otro, y a partir del material que ellos tenían, solicitaron que se tomara una medida de protección excepcional a la Dirección de Niñez y Adolescencia porque consideraron en la intervención integral que el hecho de estar con su mamá perjudicaba u obstaculizaba, de alguna manera, que los chicos pudiesen hablar más libre o espontáneamente. Medida de protección excepcional aprobada por el Juzgado de Niños, Niñas y Adolescentes, por 90 días. Tiempo en el que los niños se alojaron en los diferentes dispositivos de la Dirección de Niñez y trabajaron en los espacios terapéuticos individuales y ella siguió trabajando con la madre.

Respecto de la intervención con la progenitora en el espacio de terapia, la misma asumió distinta posición antes y después de la medida de excepción, al principio se mostró reticente a asistir a la terapia y posterior a la medida, asistió. Descreía claramente del relato que habían hecho los chicos, decía que

era algo que no podía ser, decía que S. era mentirosa, que no podía ser de ninguna manera, que ella siempre estaba con sus hijos, que se dedicaba a cuidarlos. Eso fue en un primer momento, fueron dos entrevistas puntualmente, antes de que en el mes de agosto se tomara la medida excepcional; que ahí ella empezó a asistir con mayor regularidad, durante el tiempo que se ejecutó la medida, pero cambió un poco en el sentido de que decía que no estaba del lado de nadie, que una vez que la justicia determine ella vería cómo hacía.

La testigo expresó que no fue posible trabajar sobre la cuestión de la denuncia porque ella siempre remitía a su propia historia, tiene una historia muy compleja. también la comunicación verbal se hizo difícil porque no se sabe si tiene algún problema fonoaudiológico, pero costó comprenderla, y aparte no se refirió al hecho, lo esquivó todo lo que podía y no quiso remitirse a la denuncia. Presentó a M. como su salvador, de alguna forma, como que gracias a él estaban todos mucho mejor, que ella podía estar en su casa cuidando a los hijos, si había algún problema lo llamaban y aparecía, los ayudaba con la comida, con la cuestión de los estudios, la ropa; económicamente era como un sostén o una gran ayuda del grupo familiar. que de una relación ocasional lo conoció y nacieron las dos hijas menores que son mellizas, que él las reconoció con el tiempo, que no tenían una relación de convivencia, que él iba cada tanto, que él todavía tenía una familia anterior de la cual se iba a separar

En relación a los motivos por los que los niños no se encontraron en condiciones de participar de la diligencia de Gesell, en primera instancia y si tras tomar la medida de excepción, la testigo manifestó que ellos como equipo interpretaron que fue acertada la medida porque percibían que había una obstaculización o influencia por parte de la madre de qué decir y qué no decir en los espacios psicológicos; cuando se separaron de la mamá pudieron tomar otro camino, hablaron con mayor libertad, expresaron sus preocupaciones, sus miedos, relataron de otra forma cómo habían sido los hechos, por eso durante el trascurso de la medida y en el trascurso que continuaron los espacios psicológicos individuales, las profesionales que intervinieron consideraron que sí era el momento indicado y que estaban en condiciones de poder prestar la declaración, no había obstaculizaciones ni influencias de las que se supiera. Una vez que se interrumpió el vínculo con esa madre, los niños mejoraron, que

tenían mucho miedo, manifestaron que su mamá podría enfermarse o tener algún tipo de complicación por lo sucedido, que esas preocupaciones eran un ejemplo de la obstaculización referida; en relación a la denuncia puntual pudieron referirse a ella en el momento que estuvieron separados.

Manifestó la existencia de preocupación por la salud de la madre, como forma de obstaculización, ello surgió de un informe en conjunto a partir de las entrevistas de C.. Que se está hablando de hijos con una madre que de por sí durante toda la intervención tuvo complicaciones de salud, cuestiones ginecológicas, de neumonía, siempre hubo presente alguna cuestión de síntoma físico importante y hubo alusión de que había intentado quitarse la vida en alguna otra oportunidad y como lo relató la adolescente le dijo que si ellos contaban algunas cuestiones amenazó con que se iba a matar como la otra vez que tomo una pastillas, según el relató el hijo, pero se los decía a los dos.

A. P., psicóloga del equipo de Dirección de Violencia Familiar, fue quien de manera interdisciplinaria realizo el abordaje de la menor S., la condición de la misma de prestar declaración en Cámara Gesell, en un principio fue muy difícil, S. se mostrara de manera espontánea, tranquila para hablar libremente. Tras disponer la medida de excepción fue muy significativo, el cambio porque si bien S. se encontraba angustiada por no poder ver a su mamá, fue muy productivo para la niña porque pudo empezar a expresar realmente lo que tanto la angustiaba.

Que en esas condiciones pudo referirse a los hechos, pudo expresar que estos hechos ocurrieron con anterioridad, pudo decir que lo contó en la escuela también al momento de la Cámara Gesell, pudo expresarse y contar que se sintió mucho más aliviada. En cuanto al hecho que se denunció pudo decir que no podía expresarlo, no podía contarlo porque estaba amenazada, sentía mucho temor por la vida de su mama y que el sospechoso pudiera llevarse a sus hermanas, hacía referencia a maltratos físicos sufridos por sus hermanos, maltrato emocional durante larga data. Para S., M. era como un padre, mencionaba que gracias a él iban a la escuela. La mamá de la nena, G., tenía otro discurso decía que económicamente estaban mejor gracias a él, según el relato de la madre este hombre los había rescatado de toda esta situación, debido a que la madre de la niña también tenía una historia complicada.

En relación a la agresión sexual que sufrió, refirió que S. le contó cómo eran, habló de penetración e hizo referencia a que esto se dio justamente luego de tomarse la medida, después de 3 o 4 entrevistas ella contó lo que le pasaba, se pudo abrir, estaba muy angustiada con la situación y también aparte con su hermano porque era el quien expresaba lo que sucedía. A preguntas vinculadas con presencia de indicadores de abuso sexual infantil, la testigo expuso que observó muchísima angustia, tenía temor de relacionarse con varones, tenía imágenes intrusivas, baja autoestima, indicadores inespecíficos, pero, contextualizados en relato, son indicadores específicos.

Expreso que S. continuó tratamiento aproximadamente hasta junio de 2018. Después de la Cámara Gesell se sintió mejor, empezó a relacionarse con sus pares, en el verano fue a la colonia de vacaciones, tenía salidas con la gente de la institución, fue mejorando mucho el vínculo con su hermano C., no así con las otras hermanas más pequeñas, que son hijas del Sr. M. y su madre G. por el tema del reconocimiento, de su identidad, entonces había mucho conflicto entre las hermanas menores con ella. Que ella vivía muy preocupada por la salud de la mamá, la cuidaban, la atendían. S. siempre esperó que su mamá le creyera. S. no vivió en un contexto fácil, necesitaba aferrarse a un referente.

Por su parte, N. R. S., ginecóloga, conoció a S. I. P. cuando se la llevaron en una guardia y luego la vio en dos oportunidades más en consultorio externo de ginecología. Ante la primera consulta en el hospital, no pudo hacer el examen porque la niña estaba muy asustada y ese día no se quiso hacer el examen, la citó a su consultorio, charlaron como para establecer un vínculo y en la tercera vez que la vio le permitió hacer el examen. Pudo constatar, que tenía un himen desflorado como el de una persona mayor que ya ha tenido relaciones, con una conducta sexual habitual. Que, si bien no le refirió con quién había tenido relaciones sexuales, ella le contó que no estaba viviendo en su casa, que la habían separado porque había sufrido abuso en la casa, le dijo que no tenía novio y que no había iniciado relaciones consentidas. Era una chica muy retraída, le costaba poder soltarse, contar, poder hablar o contestar, era una niña en realidad. Observando la historia clínica manifestó que 10/10/2017 sería

la segunda consulta. Las otras consultas fueron el 17/10/2017 y el 7/11/2017, la lesión fue constatada en la tercera de ellas.

M. L. C., licenciada en psicología, intervino en el procedimiento de Cámara Gesell y expuso que la niña reconoció al Sr. M. por su nombre completo y apellido, relató que convivían desde más o menos de sus cinco años, al momento de la realización de la Cámara Gesell ella tenía 16 años recién cumplidos y dejó en claro que durante ese tiempo estuvo en convivencia con el señor antes nombrado y también hizo referencia al tipo de vínculo que tenían o al menos lo ubicaba en un lugar de autoridad en la familia.

Que la menor comenzó relatando situaciones de supuesto abuso con dicha persona, claramente dijo "me penetró", dijo que hubo un sangrado, que hubo dolor y además hizo referencia a la convivencia, en ese momento ella contó que le pidió que no dijera nada cuando volviera a su casa, relatando que ella no contó nada en ese momento. Habló de que esto se inició en febrero del año cuando ella tenía 14 años y que más o menos transcurrieron estos episodios que fueron más de uno, según relató, hasta julio de ese mismo año. Sandra declaró tener miedo, se angustió y tuvo desbordes de llantos cuando terminó de contar justamente un episodio de la penetración del dolor y del sangrado. Él le pedía que no dijera nada y ella no lo hacía, esto del aplastamiento sugestivo, es cuando alguien decide por uno, lo que uno debe hacer por ejemplo, el sujeto queda arrasado en ese sentido y actuó en función de lo que otros le dicen que diga o haga, esta característica se da en niños que han tenido malos tratos de tipo crónicos que crecieron con esta modalidad, es difícil para estos niños que siempre se les dijo lo que tenían que decir o lo que tienen que hacer decidir por sí mismos tomar una decisión por sí mismos.

La Cámara Gesell se realizó en un momento que estaba separada de su grupo familiar viviendo en una Fundación, se la veía bien y cómoda viviendo en esta fundación, pero extrañaba a su madre y le gustaría verla, que extrañaba su figura, y que por suerte tenía a su hermano con quien se llevaba muy bien y lo veía en la escuela, también compartía con sus hermanas, se la veía al parecer contenida. El relato de S. estuvo estructurado lógicamente, fue coherente, tuvo muchos detalles, reprodujo conversaciones, habló de la interacción. Fue un relato creíble según su informe.

En relación a la declaración en Cámara Gesell de C. expuso que el menor relato al momento de la Cámara el chico estaba viviendo en un hogar de varones separado de su familia y lo primero que manifestó fue su temor a las consecuencias que podría traer sus dichos, sabía el motivo por el que vino y relató cómo él se enteró de este supuesto abuso, manifestó casi lo mismo que su hermana, pero lo realizó antes que su hermana, dijo que un día su padrastro buscó a su hermana S., y se fueron a fumigar, que eran como las 5 de la tarde, que volvieron alrededor de las 8 de la noche, que su madre estaba preocupada porque no volvían, que cuando llegaron su hermana llegó con una expresión como con la cabeza a gachas, que le preguntaron qué le pasaba, que no dijo nada y en el momento que insistieron para saber que le pasaba, ella relató que el padrastro la violó, según dichos de su hermano, estos fueron los términos que utilizó. Observó C. que su hermana tenía el pantalón roto y el situó esta situación con una fecha exacta, fue el 14 de febrero. Manifestó que después de eso hubo otras circunstancias donde el padrastro se llevó a su hermana y que ella le volvió a contar de estas situaciones, no hizo demasiado relato de las otras situaciones, pero dijo que fueron varias, al menos 5 más y contó que desde febrero hasta julio, relatara que cansado del maltrato y en virtud de un hecho puntual se cansó y el 24 de julio le contó el episodio a la directora. Dio otros indicadores de cómo era la convivencia familiar que coincidieron con los relatos de su hermana, detallando que le pegaba, que nunca se llevó bien con él, a sus hermanas también, pero a él lo encerraba y lo dejaba sin comer, sin dejar que nadie fuera a su casa, de sus amigos y cuando podían ir sus amigos se burlaba diciéndole todo el tiempo que era "gay". Recordó la licenciada que cuando C. relató haber realizado la denuncia en la escuela, su hermana y su madre lo ignoraron y lo insultaron y lo feo que fue esa situación que estaba pasando, él lo relató cuando se encontraba en el hogar y detalló que se sentía un poco mejor porque su mamá podía haber reflexionado de lo que pasó.

La licenciada manifestó que ambos testimonios fueron creíbles.

El informe de Cámara Gesell -12 de Octubre de 2017- da cuenta que la menor víctima expuso en ese momento "...él me abusaba, me toqueteaba y hasta me amenazaba y era muy feo para mí vivir esa situación, pero gracias a Dios tengo un hermano que me quiere y él fue el que hizo la denuncia en la escuela, fue el

24, cuando terminaron las vacaciones de invierno,...”; “...hace como un año ya que pasó todo esto, fue muy feo para mí y yo no quería hablar del tema, (...) lo dejaba como un mentiroso a mi hermano, (...) pero él y la Directora me ayudaron a que reaccionara y hablara todo lo que sentía por dentro y el dolor que sentía.”; “...yo tenía 14 años, (...) fuimos a fumigar una casa que él tenía un amigo y supuestamente el amigo no estaba y él me tocó y le digo: -“no sos nadie para tocarme”- y me pegó y me tiró al piso y como que empezó a manosearme toda, a bajarme los pantalones e hizo cosas que no tenía que hacer,(...) me penetró,...”. Continúa: “...era como un baldío, (...) me decía que me quedara callada y que no dijera nada cuando llegara a mi casa, (...) era como a la tardecita, ya bajaba el sol,...”; “...fuimos a mi casa, no le dije nada a mi mamá, (...) tenía miedo de que le pasara algo a mi mamá o a mis hermanos,...”; “...me preguntaron cómo me fue porque yo me bajé mal, con la cabeza agachada y me fui a mi cuarto y cuando él se fue, llamé a mi mamá la abracé y me largué a llorar,...”; “...después siguió haciendo lo mismo, un montón de veces, (...) a veces en el mismo lugar y a veces en otro, porque también me llevaba a un campo, (...) en el auto me tapaba la boca y todo eso,...”; “...un día me cansé y dije basta y me largué a llorar y mi hermano golpeó la puerta de mi habitación y le conté todo a él y mi mamá escuchó detrás de la puerta, (...) ella quiso hacer la denuncia pero él le quitaba el celular,...”; “...me penetró y me sangró, porque yo nunca había tenido relaciones, (...) sentí miedo y dolor,...”.-

Los episodios investigados habrían ocurrido cuando ella tenía 14 años durante el período que va de febrero a julio de dicho año, dice: “...fue en febrero, (...)cuando yo tenía 14 años, (...) estábamos en vacaciones de verano, después empezaron las clases y después empezaron las vacaciones de invierno y desde ahí no pasó más, (...) no me tocó más, pero me hablaba feo...”.

Respecto al vínculo con el imputado, respondió: “...bien, pero a veces yo me enojaba porque él no quería que yo llevara juntas a mi casa, no quería que me juntara con nadie, si yo tenía que hacer un trabajo práctico, me decía que lo haga sola, tampoco me dejaba salir sola, no me dejaba pintarme las uñas,...”;“...él era muy incisivo, quería un 9 o un 10 en el boletín y si no nos

retaba,...”; “... si yo necesitaba cosas para la escuela, le tenía que pedir a él, (...) a veces me mandaba a dormir sin comer,...”

En cuanto a la relación su mamá, la adolescente dice: “...con ella re bien, era muy buena conmigo, me apoyaba en todo y con lo que me pasó estaba cuidándome, hablándome, mi mamá es todo para mí...”.

El informe de Cámara Gesell de fecha 27 de septiembre de 2017 de C., da cuenta que en relación al hecho expuso “...*mi mamá hace 9 años se juntó con una pareja que vive en Toay, que se llama R. J. M. y todos esos años nunca me llevé bien con él, siempre me trataba mal y el año pasado cuando yo terminé la primaria que iba a empezar primer año, él se llevó a mi hermana a fumigar con él, (...) se fueron como a las 5 de la tarde y volvieron como a las 8:30 de la noche y mi mamá estaba preocupada porque no contestaban el teléfono, nada, y él había abusado de mi hermana y él la amenazó a mi con que la iba a matar si le decía a mi mamá, (...) pero después cuando él llegó y se estaba yendo para Toay, mi mamá se dio cuenta que a mi hermana le pasaba algo porque tenía el pantalón roto y mi mamá le dijo que le había pasado y mi hermana le dijo que él la había violado,...*”; “...*fue el año pasado en febrero, el 14, (...) al día siguiente fuimos a la casa de una hermana mayor que tengo,(...) mi hermana se bajó y tenía todo el pantalón roto, todo acá, (señala la parte de bajo de la pierna izquierda),...*” “...*mi hermana le dijo: -“mamá, papá me violó”-*“ le contó que llegaron y como no había nadie y estaba todo oscuro, no había luz ni nada, la violó,...” “...*tenían que ir a una quinta y como no estaban los dueños, (...) él se metió en un campito con el coche, ahí aprovechó,...*”; “...*le dijo: -“sacate el pantalón”-* y como mi hermana no quiso, la manoteó y le rompió el pantalón y la empezó a manosear y después la violó,(...) la penetró pero usó preservativos, él había pasado por una farmacia (...) tenía trapos en el coche y los puso en el asiento para que no se manche y mi hermana me dijo que le sangró,...”; “...*él se siguió llevando a mi hermana( ) la violó como 5 veces más, ella siempre nos contaba, a mi mamá también le decía, ”.*

En ambas declaraciones brindadas en gabinete de Cámara Gesell, la psicóloga interviniente, expuso en sus conclusiones que, en orden a lo evaluado, los relatos presentan una cualidad estructural lógica. La producción discursiva es circular e inestructurada y guarda coherencia interna. Advirtiendo similitudes en

sus dichos en cuanto a los elementos centrales de lo investigado como lo son el contenido, las descripciones contextuales y las personas involucradas. Tienen coherencia interna y se observa signos de afectación psicológica, sentimientos de miedo, culpa y angustia, compatibles con características comportamentales de minusvalía, aplastamiento subjetivo y una actitud de pasividad propias de una situación de vulnerabilidad de tipo crónica, que los ubica a la vez en situación de víctimas de maltrato.-

Ahora bien, conforme la prueba indicada, surgen varios elementos que permiten aseverar la existencia de maltratos físicos y emocional de larga data dentro del grupo familiar, donde la figura de M., era quien económicamente sostiene al grupo familiar y también se desprende una real preocupación de los menores por la salud de su madre. Estos son datos que surgen en todos los testimonios de los profesionales que individual y conjuntamente analizaron la situación; también surge que el develamiento es a consecuencia de no soportar más C. la constante agresión de M. y da a conocer en el establecimiento escolar lo que en su familia acontecía. Igual situación se evidencia en la niña víctima, pues la inicial reticencia que tenía -conforme lo indican los especialistas- era la situación de su madre, habiendo logrado expresarse tras disponerse una medida de excepción y haber cortado el vínculo con su progenitora, logrando poder empezar a expresar realmente lo que tanto la angustiaba y así relatar los hechos de abuso sexual. En cuanto a su madre, los profesionales que han intervenido describen que desde el inicio de la intervención se presentó como un obstáculo o influencia de lo que debían o no decir en los espacios psicológicos. Esa misma descripción en relación a la obstaculización realizó la profesora P. del establecimiento escolar quien hizo hincapié en estas circunstancias que impedían desarrollar un trabajo para con S..

De la prueba relevada, en cuanto a la personalidad de la niña víctima, sus profesores, la describen como tímida introvertida, no hablaba, callada; la licenciada C. expondrá que tiene baja autoestima, con temor de relacionarse con varones y por su parte la Doctora N. R. S. ginecóloga, se halló con una persona asustada a quien debió entrevistar sucesivas veces hasta que pudo

examinarla, lo que no se condice con la adolescente que se describe en su retractación.

Ahora bien, en la audiencia de debate como señala la defensa, tanto la víctima como su hermano sostuvieron que todo se trató de una mentira ideada por los dos, porque no querían a M. esté con su mamá y por lo estricto que este era para con ellos. S. expuso que estando en la escuela de [xxx], más precisamente en 4to grado, conoció a E. C. un compañero, con el cual tuvo varias relaciones sexuales, escapándose a una escuelita vieja en el campo; que decidió decir la verdad cuando regreso con su mamá. Que le mintió a las maestras y a las psicólogas. No recordó que edad tenía en cuarto grado. No recordó a que edad dejó de ir a la escuela de [xxx] Fue hasta 4º grado, en el [xxx] dejó 4º grado. Nació en el 2001. Su hermano ratificara esta información, en relación a C., con quien su hermana se escapa por la noche para mantener relaciones sexuales. Que planearon todo porque M. no los dejaba salir, o tener amistades, pero por más de que él sea estricto y a veces tengan problemas, era buena persona y fue el papá que nunca tuvo.

También y mediante procedimiento en Cámara Gesell, presto declaración N. M., hija del imputado, quien manifestó que sabía que todo era mentira, pues los observó en la habitación de la casa cuando planearon la denuncia, porque circunstancialmente pasaba por allí, relatando la situación y que el motivo porque no querían ver a sus padres juntos, que no lo dijo, porque sabía que no le iba a creer. Que sabía que su hermana había estado de novio en la escuela hogar de Chapalcó y ahí tuvo relaciones sexuales, que su hermano C. sabía porque era un compañero de él.

Estas declaraciones efectuadas durante el debate, más allá de la retractación de la víctima y su hermano, tendrán datos en común que se reiteran, desligando a M. del hecho, pero a mi entender no logran desvirtuar aquel primer testimonio de la víctima y para el caso la tardía retractación viene a dar mayor fuerza y certeza a su primer testimonio.

Ello por cuanto esta relación de noviazgo relatada habría acontecido cuando la víctima tenía aproximadamente 11 o 12 años, teniendo en cuenta que la misma nació en el año 2001 y se encontraba cursando el cuarto grado en la escuela [xxx], lo que no se condice por un lado con el informe ginecológico realizado

por la Dra. N.R. S. que expresa de haber constatado -2017- que tenía himen desflorado como el de una persona mayor que ya ha tenido relaciones, con una conducta sexual habitual, lo que conduce a concluir lógicamente que tiene relación con un hecho más cercano en el tiempo. Por otra parte, teniendo en cuenta la descripción que los profesionales de la psicología y docentes han efectuado de la víctima -en la actualidad, lejos permite asociar ello con una niña que se escape tras la cena a una escuela en el campo para mantener relaciones sexuales.

Conforme se indica en los párrafos que preceden, también existen demasiados elementos que permiten afirmar que para el caso, la retractación de la víctima aparece infundada, pues se observó que la mientras esta convivía con su madre no pudo llevarse a cabo su declaración en Cámara Gesell, la que si se logra después de la medida de excepción y brinda esta nueva versión de los hechos tras regresar a convivir con la misma. Es claro el amor de la víctima por su madre, la clara preocupación tanto de ella como su hermano por la situación de la misma, sin lugar a dudas cabe considerar que ello sea un factor de enorme presión que pesa sobre la menor en esas circunstancias; lo mismo que para su hermano.

Todos los testimonios e informes ya señalados que corresponden a quienes los asistieron de manera inmediata, confirman la existencia de los hechos y surge principalmente de los profesionales en la psicología que intervinieron no observaron que ese primer relato se encontrara inducido o influenciado o bien fuera mendaz, caracterizando el relato como coherente y sin incongruencias, marcando siempre la situación existente para con su madre como un obstáculo o influencia si, para poder desarrollar la debida intervención por parte de las profesionales.

Ello me permite concluir en ese sentido, que las apreciaciones realizadas por el a-quo, son correctas y acertadas en relación a que los hechos existieron y fue el acusado el autor respecto de los abusos que la menor padeció entre los meses de febrero y julio del año 2016 y que para el caso la retractación aparece claramente en este caso como una de las diferentes etapas por la que transita el niño víctima de abuso infantil, que el a-quo ha sabido a través de la doctrina y jurisprudencia imperante describir

Además, la presión ejercida sobre la víctima puede abrumarla y obligarla a retractarse. Y ello, señala literatura especializada, no indica que esta haya mentido sino que es generalmente una consecuencia lógica de la inmensa presión ejercida sobre ella que se encuentra amenazada, presionada o violentada por su medio familiar o allegado, por el vínculo de la víctima con el agresor, o por su dependencia económica, circunstancias por demás conflictivas que no la ayudan a manifestar correctamente el hecho abusivo al que ha sido sometida, ni a la investigación, y por ende al descubrimiento de la verdad real.

Así, en ese sentido, Juan Pablo Gallego en su obra: "Niñez maltratada y violencia de género", pág. 103 establece con referencia a la retractación de la víctima de abuso sexual infantil y que considero también de plena aplicación al caso de autos: *"... Esta retractación (en rigor inducida) suele fortalecer la posición de quienes sostuvieron que se trataba de un invento, cuando en rigor, analizada en una adecuada contextualización por parte de los jueces, puede concluirse que se trata de un episodio confirmatorio de la ocurrencia de la situación abusiva. En la República Argentina el juez Carlos Rozanski ha interpretado la retractación como una muestra de la dificultad para sobrellevar las consecuencias de la denuncia, su vulnerabilidad a extorsiones o amenazas, ...", " ...La inducción a la retractación se inscribe entonces en una forma más de maltrato, pues se sostiene en el claro ejercicio del poder ...", " En el ámbito procesal penal argentino rige el principio de la sana crítica para la valoración de las prueba. Esto obliga a analizar las retractaciones en el contexto de la causa y a la luz de los principios de la lógica, la psicología y la praxis. Así, si de la prueba colectada desde el comienzo del proceso (pericias, declaraciones testimoniales, indicadores psicológicos y/o físicos) surge que el relato verídico es el anterior, no existe duda, sino certeza. Más aún: una retractación fuera de todo contexto e inducida por la propia dinámica de un proceso signado por presiones perversamente ejercidas sobre la víctima ... deben ser así valorados en el momento de dictarse sentencias.".* (Sentencia Nº 37/13, reg. de este Tribunal - Expte. 13432).-

El caso aquí tratado, con toda la información que al respecto nos traen las profesionales intervinientes bien podría enmarcarse en lo descripto por la

psicología por Roland Summit en su obra "La teoría de la adaptación o teoría de la acomodación" que "postula con absoluta claridad cinco reacciones típicas de jóvenes abusadas sexualmente. Estas son: a) el secreto, que se sostiene mediante el temor a posibles consecuencias si llega a ser desvelada la verdad. En la mayoría de los casos los abusadores coaccionen al menor mediante amenazas, las cuales se traducen en consecuencias futuras que pueden llegar a sucederles en caso de contar la verdad; b) la desprotección: cuando existe una relación de parentesco o de acercamiento entre el menor víctima y el abusador, el joven sin llegar a entender si el hecho es malo en si mismo, siente que sus progenitores o su madre -en el caso que el abusador sea el padrastro o nueva pareja de esta- no lo protege, generando en este consecuencias que operan como indicadores del abuso, tales como depresión, conducta irritable, regresión en alguna fase del desarrollo, miedos excesivos, fuga del hogar, escapismo, relaciones promiscuas, dependencia excesiva hacia determinados adultos, entre otros. Se suele determinar también en esta etapa como "impotencia" puesto que el adulto no tiene autoridad y control sobre la víctima y esta siente que no tiene forma de evitar dicha situación; c) la tercera etapa es "la acomodación o adaptación": la menor víctima no puede impedir el abuso y termina aceptándolo, frecuentemente asumiendo la culpa por su consentimiento; d) la cuarta es la revelación tardía, conflictiva y a veces poco convincente. El descubrimiento del abuso sexual muchas veces llega cuando el niño llega a la adolescencia y luego de haber sufrido una fuerte situación violenta, lo que a veces lo torna menos creíble en atención al tiempo transcurrido entre los hechos acaecidos y su revelación. Finalmente, señala como quinta etapa e) la retractación: junto a la rabia y el desprecio que motivó la confesión subyacen sentimientos de culpa por denunciar a una persona cercana o allegada a la familia y por no cumplir el mandato de mantener unido el vínculo familiar con alguno de sus progenitores, y la presión ejecutada sobre la víctima por la familia o por el abusador puede abrumar al menor abusado y obligarlo a retractarse. Eso no significa que la víctima mintió acerca del hecho, sino que es una consecuencia lógica de la intensa presión ejercida sobre ella." Fallo 12/13, Sala "B" Legajo N° 2308/4 "RAU, Daniel Gustavo s/ Recurso de Impugnación".

En el presente caso, la convicción de certeza de responsabilidad de los abusos sufridos por S. I. P. es el resultado no sólo del contenido de sus declaraciones, sino además del resto del material probatorio incorporado y que no ha sido desvirtuado con los argumentos esgrimidos por la defensa en su escrito recursivo

Ahora bien, ingresando al segundo de los agravios, entiendo que procede en primer término determinar si ha existido una afectación constitucional al debido proceso penal y la garantía de la defensa en juicio, mediante la vulneración del principio de congruencia, que la defensa plantea de manera subsidiaria en este caso.

Este Tribunal en ese aspecto ha expresado “Conforme el principio de congruencia el imputado debe conocer, desde el principio al final del proceso, cual es el hecho concreto que se pone a su cargo, de modo que sepa, sin ningún tipo de incertidumbre de lo que debe defenderse. Concreta, al decir de Vélez Mariconde, en cuanto debe conocer "cual es el hecho o acontecimiento histórico que el acusador le atribuye, con todas las circunstancias jurídicamente relevantes... y expresa, con indicaciones de lugar, tiempo y modo" (Derecho Procesal Penal, editora Córdoba, T. II, pág. 222/223), debiendo además ser congruente, es decir, que debe siempre existir identidad en lo que constituye la esencia del comportamiento adjudicado, sin mutaciones de ninguna naturaleza” del Fallo N° 34/14 -SALA "B"- Legajo N 6725/3.-

Cuando nos referimos al respeto del principio de congruencia “La base de la interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado. Y esta pauta hermenéutica decide en los casos concretos, cada vez que uno de ellos, por su riqueza infinita de elementos que, por definición, posee, ofrece dudas en relación a la garantía, al punto de que algunos han creído que la variedad de los casos concretos no permite sino esta generalización de la regla” -Maier Julio B. J. año 1999. Derecho Procesal Penal Tomo I

Fundamentos. (2ª Edición), Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., pág.568)-  
“. Fallo 28/19 Sala “A” legajo 42986/4.-

En este caso, atendiendo a los audios del debate y conforme surge de la sentencia el Ministerio Público al momento de efectuar sus alegatos, imputo a M., “Entre los meses de febrero y julio del año 2016, M. aprovechándose de la convivencia preexistente con la niña S. I. P. de 14 años de edad en ese momento, efectuó manoseos en sus partes pudendas y la accedió carnalmente, vía vaginal, en múltiples oportunidades en momentos en que la niña lo acompañaba al imputado en su vehículo a efectuar tareas de fumigación a lugares descampados de la ciudad tanto de [xxx], como de la localidad [xxx]de esta provincia de La Pampa...”

Se observa que la descripción fáctica o imputación que el órgano acusador formulaba, comprendía también los delitos de abuso sexual simple, los que se hallan contenidos y definidos en la acusación al describir los hechos; de allí que no observo que exista una sorpresa ante el desconocimiento del hecho que se le imputaba -tocamientos de contenido sexual- que impidieran ejercer de manera debida la defensa o bien que no haya podido presentar prueba. Teniendo en cuenta por otra parte que la teoría desarrollada por la defensa, se centró en que los hechos no acontecieron y son producto de una mentira de los menores para librarse de la persona que le imponía límites estrictos. De allí que tampoco observo afectación alguna, considerando que ha podido esa parte confrontar los hechos que se le imputaban jurídica y materialmente.

Así la resolución atacada, en orden a lo indicado, no resulta inválida, pues no existe afectación al derecho de defensa y tampoco una violación al principio de congruencia -acusación y sentencia- pues precisamente la información que surge del hecho imputado -abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal, que concursan conforme las reglas del artículo 54 del Código Penal- permiten concluir que la sentencia es reflejo de la prueba producida y analizada en el debate que tienen correspondencia con la acusación y mediante la que el a-quo en definitiva entendió probado.

Es labor del sentenciante, no solo resolver las cuestiones relativas a la existencia del hecho, sino la participación y calificación legal atribuible, como

también la sanción aplicable. En ese sentido, encontrándose la conducta reprochada presente en la descripción fáctica de los hechos, es el Tribunal dentro de ese marco que debe resolver e indicar el encuadre jurídico, mientras que ello no sea una sorpresa que vulnere el ejercicio del derecho de defensa.-

El Tribunal, indicó los fundamentos de su decisión en los que expreso “En cuanto a la reiteración de los distintos hechos atribuidos, corresponde se los encuadre como delito continuado (art. 54 "contrario sensu" del C.Penal), dado que tal como surge de la prueba colectada, si bien hubo pluralidad de acciones, las mismas han sido homogéneas, habituales, apreciando su continuidad como unidad de resolución, determinación, identidad de lesión jurídica y de sujeto pasivo, tal como ya lo he dicho integrando este Tribunal con distintas conformaciones, en idénticos casos. Análisis doctrinario y Jurisprudencial de David Baigún, Eugenio R. Zaffaroni y Marcos A. Terragni -Parte Gral. T.2, págs. 424/430 H.editor José Luis Depalma).-

Teniendo en consideración que el Juez en este caso ponderó los elementos de convicción presentados en el debate, mediante los que logró certeza en la comisión de los hechos, los que guardan estricta relación con la imputación, objeto de acusación y que ha sido en definitiva considerada en la sentencia, entiendo es deber del sentenciante justamente precisar la calificación legal que corresponde atribuir a los hechos, encontrando su límite en lo que ha sido materia del juicio.

En relación a la calificación legal escogida la doctrina refiere “... habrá conducta continuada cuando con dolo que abarque la realización de todos los actos parciales, existente con anterioridad al agotamiento del primero de ellos, el autor reitere similarmente la ejecución de su conducta en forma típicamente idéntica o similar, aumentando así la afectación del mismo bien jurídico, que deberá pertenecer al mismo titular sólo en el caso que implique una injerencia en la persona de éste”. Zaffaroni, Aliaga y Slokar, en la obra Derecho Penal, Parte General, pág. 829.

De allí que en definitiva la calificación jurídica que se realiza en la sentencia no importa una violación al principio de congruencia, y que invalide la sentencia, en los términos que plantea la defensa, por lo que debe rechazarse el planteo.

Por último, en relación al agravio del recurrente en relación a la pena impuesta, la defensa considera que no se ha respetado el principio rector de la materia, cual es el principio de proporcionalidad de la sanción penal respecto a la afectación del bien jurídico protegido; desprendiéndose de su planteo en definitiva que considera elevada la pena impuesta para el caso.

Sin lugar a dudas la pena a imponer en relación al ilícito que justifica la sanción penal es uno de los puntos más delicados, a la luz de los principios no solo de proporcionalidad sino también de culpabilidad entre otros, pues es labor del Juez en ese marco evaluar la naturaleza del bien jurídico afectado y el grado de la pena a imponer a la vez de la natural consecuencia producida y la respuesta que debe concretarse respecto de quien ha sido afectado.

Para el caso, es de hacer notar que tal surge de la sentencia atacada el Magistrado ha efectuado un profuso análisis del bien jurídico tutelado, la naturaleza del hecho, las circunstancias propias del mismo, el daño causado y la extensión del mismo, como también el mínimo y máximo de la pena prevista para el delito atribuido y las distintas modalidades y resultados que pueden configurar los tipos penales del art. 119 del Código Penal.

Mas allá de valorar el bien jurídico tutelado ha hecho hincapié en la situación en que se encontraba la víctima, padecimientos por el sometimiento físico y psíquico sufrido por la menor, reiteración de los hechos abusivos, situación de vulnerabilidad que se prolonga a la actualidad conforme surge del informe de intervención presentados tanto por las profesiones integrantes de la OAVyT, como de la Dirección Provincial de Prevención y Asistencia de la Violencia Familiar; las circunstancias relacionadas con la modalidad y ocasión en que se ejecutaron los hechos, donde M. aprovechó de la confianza y de la relación existente con la familia de la menor, la situación de integrar la familia, dar órdenes, las cuales eran cumplidas y obedecidas, es decir cumplía el rol de padre, le facilitó su accionar, sus actitudes violentas, la imposición de ciertas reglas de convivencia y la clandestinidad de los ataques se llevaban a cabo, fuera de la vivienda familiar y en zonas alejadas de la posibilidad de observación de terceras personas.

Habiendo tenido en cuenta a favor del acusado, sus condiciones personales, sin antecedentes penales, ha mantenido y mantiene actividad laboral.

De allí que surge que el juicio de reproche y su intensidad mas allá de la disconformidad de la defensa ha sido analizada por el Juez sentenciante teniendo en cuenta no solo el injusto y la culpabilidad, sino también de modo particular la intensidad de agresión al bien jurídico de manera motivada.

Así he de concluir que más allá del denodado esfuerzo de la defensa, el recurso interpuesto no puede tener receptación favorable y la sentencia debe ser confirmada, no haciendo lugar al recurso de impugnación interpuesto. -

*El Sr. Juez Filinto Rebechi, dijo:*

Que compartiendo lo expuesto por mi colega preopinante en el voto que antecede, expido el mío en idéntico sentido.

Por todo ello, la Sala A de este Tribunal de Impugnación Penal,

**RESUELVE:**

PRIMERO: No hacer lugar al recurso de impugnación interpuesto por el Defensor Particular, G. G., en favor de R. J. M., y en consecuencia confirmar la sentencia N° [xxx] dictada por el Sr. Juez de Audiencia, Dr. Carlos Alberto Besi, en legajo [xxx], de [xxx] de 2019.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE. PROTOCOLÍCESE. ARCHIVESE el presente.  
CÚMPLASE.