

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de febrero del año dos mil dieciseis, se reunió en Acuerdo en la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Alejandro Panizzi, Rebagliati Russell y Jorge Pfleger y, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en la causa caratulada "L., H. R. s/ impugnación extraordinaria- (Expte. N° 11/2014 CCPM- Carpeta N° 5178- Ofiju)-Puerto Madryn" (Expte. 100.030 - F° 1 - Año 2015 - Letra LL).

Para la emisión de los votos resultó el siguiente orden: Pfleger, Panizzi y Rebagliati Russell.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Antecedentes del caso

1. La sentencia que emitió la Cámara Penal ratificando la condena aplicada a H. R. L., fue recurrida por la Defensa Pública por medio de la vía extraordinaria.

Aquella, dada el 11 de Diciembre de 2014, decidió validar la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas, con la que el

///

Tribunal de Juicio sancionó al imputado a quien se tuvo como autor material y criminalmente responsable del delito de "Abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por la convivencia" (arts. 119, cuarto párrafo inciso f) y 45 del C.P.) por el hecho ocurrido en la ciudad de Puerto Madryn el 28 de Octubre de 2013, cuya víctima fue la niña X. T. V. (Ver la decisión 15/14 C.P.P.M- hojas 155/170- y la resolución 2112/ 2014. Ofiju PM- hojas 56/104).

El recurso lo dedujo el doctor Lucio Hernán Brondes, Defensor Público Penal, mediante el escrito que está añadido entre las hojas 172 a 188, brindando argumentos en la ocasión prevista por el art. 385 del C.P.P, ante la sede.

El Ministerio Fiscal contestó la impugnación mediante el alegato que está agregado entre las hojas 193 / 204, pero no asistió a la audiencia sucedida en los estrados del Tribunal.

2. La base fáctica del caso atribuido al causante fue expuesta en la sentencia de la Cámara Penal, particularmente en el voto de la doctora Flavia Trinchieri (hoja 157) y es la que sigue: "...El día 28 de Octubre de 2013 entre

///

las 17:00 y las 18:00 horas aproximadamente en circunstancia de encontrarse la niña X. T. V. en su domicilio sito en calle L. N° \*\*\* de Barrio Güemes, en forma violenta abusó sexualmente de la niña sometiéndola mediante acceso carnal vía anal. A resultas de ello, a la revisión médica, la menor presentaba área erimatososa de 7 x 4 cm. en región sub-escapular derecha del dorso, lesión semejante a la anterior de 2 cm. de diámetro en línea media del raquis, en el vértice de la curva dorsal y claros signos de abuso con penetración anal...".

3. La defensa articuló su proposición a través del discurso que dividió, para cumplir con sus propósitos, en V ítems.

El primero, denominado "Objeto", lo dedicó a una sucinta presentación. El siguiente "Competencia" lo ocupó en establecer las razones justificantes de la intervención de la Sala. El tercero- "Acusación, Defensa y Sentencia"- en evocar las posiciones de las partes y la decisión de primera instancia, mientras que en el cuarto- "Fundamentación: El fallo de la Cámara en lo Penal. Agravios" desarrolló los puntos de censura y la crítica. El V y VI fueron

///

de forma (apunto a que existe un insignificante error al imponer IV a dos capítulos).

El ítem IV, nodal, fue subdividido en varias partes.

3. a. La primera refirió a que la sentencia había infringido el principio de congruencia, el derecho de defensa y la imparcialidad.

Al respecto el recurrente repasó, en las dos páginas iniciales dedicadas (ver hojas 173/174) los votos de los miembros de la Cámara Penal y la conclusión del Cuerpo vinculada a la proposición fiscal.

Trascribió los artículos 291, 3° párrafo y 322 del rito, para significar que ni el Acusador Público ni la Cámara omitió advertir a la defensa sobre el posible cambio de calificación que, según sostuvo, contiene elementos objetivos y subjetivos distintos, además de variarse oficiosamente la plataforma fáctica del caso porque- añadió- no se trató de una simple mutación en la calificación si no de una variación del objeto procesal.

///

Al respecto citó la opinión de Maier, para ratificar su idea respecto de que está vedado a los Jueces penetrar en otros hechos y calificaciones que aquellas sostenidas por las partes, clave del sistema acusatorio.

El impugnante aludió, más adelante (hoja 176 en su reverso), a los caracteres del delito de "abuso sexual con acceso carnal" en sus aspectos objetivos y subjetivos, y los diferenció de los que nutren la conducta punida por el art. 119 2do. párrafo del C.P. Este tema lo apuntaló con citas de doctrina.

Luego (ver la hoja 177) explicó que la violación de la plataforma fáctica había vulnerado garantías constitucionales, impidiendo a su parte discutir aspectos atinentes a la calificante; citó el fallo "Sircovich" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y transcribió, en ese tren, la opinión del Procurador General que el Alto Tribunal había hecho suya.

Denunció que la sentencia criticada había violado groseramente los estándares aludidos y, para demostrarlo, mencionó la opinión del Fiscal y de los sentenciantes de la instancia primaria.

///

Retornó a las citas, después, acudiendo a las opiniones de Julio B. Maier, de Alberto Bovino y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez c/ Guatemala".

A partir del reverso de la hoja 179, el impugnante retornó a los votos de los Camaristas Penales.

Criticó la opinión de la doctora Trinchero y sus citas, insistiendo en que "...el acceso carnal y el abuso sexual gravemente ultrajante son hechos diametralmente distintos, en cuanto a sus elementos objetivos y subjetivos..."

Del mismo modo escribió en relación con el sufragio del Juez Luchelli, de quien predicó haber tergiversado los dichos de la defensa; para concluir en que el Magistrado Pitcovsky omitió considerar que en el caso no había ocurrido acusación alternativa.

3. b. Durante el correr del mismo capítulo, pero bajo el título "La construcción de autoría por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante. Errónea aplicación de la ley sustantiva. Falta de fundamentación", el

///

recurrente puso una pica en el tema de la calificación legal seleccionada por la Cámara.

Al respecto transcribió parte de las ponencias de los Magistrados y les criticó.

Objetó de Trinchero y Pitcovsky la exclusión sin más del elemento temporal, en la calificante aplicada; brindado su opinión al respecto.

De igual manera insistió en que Trinchero había equivocado al tomar al abuso sexual gravemente ultrajante como una figura residual al no haberse probado el acceso carnal, sin que se hubiera expedido sobre el cuestionamiento constitucional a la figura a pesar de no compartirlo.

Acerca del comportamiento de los tres Jueces señaló que a pesar de las profusas citas doctrinarias no ajustaron el concepto "circunstancias de su realización" que implica la agravante.

Acto seguido explicó porque sostuvo que la sentencia de la Cámara poseía el defecto de la motivación aparente, falla que se hacía evidente "...cuando se analiza la correspondencia

///

extrínseca entre la prueba debatida y las conclusiones arribadas...”

En ese tren de ideas - y de nuevo- citó doctrina para exponer los perfiles de la calificante, y señaló que los Jueces de la Cámara “...nada adujeron al respecto; se limitaron tan solo a mutar bruscamente la calificación jurídico penal del hecho enrostrado, sin adentrarse en absoluto a explicitar los motivos de la “duración” o “circunstancias de realización”, como especifica la norma penal sustantiva...”; solamente, insistió, habían transcrito precedentes y opiniones para fundamentar el extremo.

En otras líneas, el señor Defensor Público puso sobre el tapete las exigencias de la circunstancia agravante y fustigó a la Cámara por haber condenado a su asistido “...por un abuso ultrajante “per se” que es justamente lo que la ley no contempla, y por ello la sentencia no guarda relación con la opinión doctrinal...”

Las hojas 182, en su reverso, y la 183, fueron dedicadas a la figura penal aplicada y a la posición que los Jueces debían asumir frente a ella, más aún cuando no quedó probado en el

///

debate - por vía pericial- que "...la acción de mi defendido haya incapacitado o dificultado la vida sexual normal en el futuro de la niña X., situación que, si se quiere, bien podría razonablemente encajar en lo gravemente ultrajante para la víctima...".

Volvió a insistir en la "sorpresa" que le provocó el abrupto cambio de calificación, trasgresor del principio de congruencia, que le impidió alegar sus reparos constitucionales y, en párrafos siguientes, discurreó acerca de que la prueba sólo podía rematar en el encuadre de la conducta reprochada, en el tipo del primer párrafo del art. 119 con la agravante prevista en el inciso a). del cuarto párrafo. Reconoció que esa plataforma fáctica es la jurídicamente aceptable pues en nada vulneraba sus derechos.

3.c. Bajo el título "Arbitrariedad en la determinación fáctica de la agravante- Errónea aplicación de la ley penal sustantiva. Nulidad de la sentencia", el apelante envolvió otros reparos.

Allí destacó la disidencia entre los Magistrados respecto de la situación de

///

convivencia pre-existente. (inc. f, cuarto párrafo del art. 119 C.P.).

En principio aludió a los votos de Trinchero y Luchelli, destacando algunos párrafos al respecto.

Afirmó que el acusador no había realizado el mínimo esfuerzo para confirmar el extremo, resultando así defectuosa la argumentación de los Camaristas quienes solamente adujeron que víctima y victimario vivían juntos.

Censuró la opinión de la Jueza Trinchero bajo el argumento de que había confundido los elementos típicos requeridos por la agravante, parcelando - además- las exigencias del tipo pues- a su decir- no basta la mera convivencia sino el aprovechamiento de esas condiciones.

Respecto del Juez Luchelli, señaló que los precedentes citados nada tenían que ver con el caso, y que el Magistrado había cometido el mismo error de su colega: soslayar el aprovechamiento de la situación de convivencia.

En torno de esta cuestión vertió opinión y citó doctrina, particularmente la opinión de Eugenio Zaffaroni.

///

Ponderó el voto del doctor Pitcovsky, que transcribió, para finalizar en que la prueba confirmaba esa posición. (Ver el tercer párrafo de la hoja 186).

3.d. Un último sub- punto lo constituyó el tema de la sanción penal. En este, bajo el rótulo "Arbitrariedad en la determinación de la pena. Errónea aplicación de la Ley sustantiva. Nulidad de la sentencia", señaló que se había incurrido en doble valoración jurídicamente vedada y que los miembros de la Cámara habían caído en una fundamentación "...meramente aparente, sin hacerse cargo de las críticas vertidas...". (Ver hoja 186, en su reverso).

Hizo alusión a cada una de las circunstancias agravantes erguidas en la sentencia y pretendió poner en evidencia la razón de su predicado. Así lo hizo respecto de la edad, el vínculo familiar, la cualidad de la acción (que a su juicio hacen al tipo penal)

Para culminar, y en el supuesto de desecharse los cuestionamientos que procuran un fallo absolutorio, indicó que "...no existen fundamentos para imponer la pena más allá del mínimo legal, excesivo por naturaleza con sólo

///

verificarlo (8 años de prisión)..." y resaltó la historia de vida del atribuido.

Mantuvo la reserva del caso federal

4. Entre las hojas 193 a 201 se encuentra adosado el responde que el Ministerio Público Fiscal

5. La audiencia del art. 385 del C.P.P. en la instancia está documentada en el acta de la hoja 210, momento en el que el señor Defensor General de la Provincia ratificó la impugnación que está entre las hojas 172/88.

El Magistrado - entre otras cosas- consideró que con la calificante aplicada "...extraviaron su imparcialidad con daño a la garantía constitucional de la defensa en juicio del imputado..." pues "...con relación a la circunstancia de gravemente ultrajante declarada por los judicantes para incrementar la escala penal atinente al caso, el sometido a proceso y su defensor no tuvieron oportunidad de responder en juicio a dicho tipo legal..."

Asimismo refirió a que "...la punición decidida contra H. R. L. no pondera el estado de vulnerabilidad que padece el acusado..."

///

## II. La solución del asunto.

1. Mucho se ha dicho por esta Sala acerca de la naturaleza, sentido y alcance del recurso extraordinario, derecho reconocido a la defensa ante la emisión de una sentencia condenatoria (arts. 372, 375, 376 y ccss. del C.P.P.); no se cree- francamente- que esa cuestión merezca repetirse en el caso que ocupa.

Sin embargo, lo que expresaré en párrafos que vienen impone memorar que no es ésta una tercera instancia sino un escalón recursivo excepcional; que superado el doble conforme, la articulación que lo pone en picota ha de contener una descripción clara, precisa, y, por ende- fácilmente aprehensible intelectualmente de los motivos que se arguyen; que como es propio de los recursos en general (y con mayor rigor en el que se trata) el impugnante debe asumir el fallo atacado y, repito, puntualizar los defectos que denuncia en clave de la normas procesales habilitantes. O en otras palabras debe refutar todos y cada uno de los argumentos independientes que den sustento a la decisión apelada y que se vinculen con la materia que habilita la instancia.

///

2. No es mi estilo ser desdeñoso de la labor ajena; menos de aquella que desarrollan los abogados de la defensa pública, personas con alta capacitación, encomiable probidad y profundo compromiso con la tarea que le es encomendada.

Sin embargo me veo en la obligación de formular una crítica que para nada empaña el alto concepto que, en particular, merece quien ha movilizado a la instancia.

3. En efecto, la carga argumentativa que nutre el escrito que está entre las hojas 172/188 está constituida en su proporción mayor por la repetición textual de la alegación formulada ante la Cámara Penal, al tiempo de la apelación ordinaria.

En efecto, la lectura comparativa de ambos documentos me conduce a afirmar lo que sigue:

a. el discurso que va desde el reverso de la hoja 174 hasta el cuarto párrafo del reverso de la hoja 179, es idéntico al que se desarrolló entre las hojas 108 a 114.

b. lo escrito entre el reverso de la hoja 181 a 184 es copia de lo que está entre el

///

párrafo tercero (adaptado ligeramente) de la hoja 114 en su cara posterior hasta el segundo párrafo de la hoja 118, continuando, luego de una intermisión, en el último párrafo de ésta hasta la vuelta de la 119.

c. el texto que está entre el cuarto párrafo de la hoja 185 hasta la transcripción del voto del doctor Pitcovsky, miembro de la Cámara Penal (a la vuelta de 185) es una reproducción de lo que ocupan los renglones desde el párrafo tercero de la hoja 121 y su vuelta.

d. lo que se lee a partir del segundo párrafo de la hoja 187 hasta la hoja 188, es copia de lo que está a partir de tercer párrafo (cuarto si se toma aquél incompleto que lo inicia) de la hoja 123 hasta 124.

4. No desconozco, empero, que existen tramos en que se ha aludido a los votos de los Jueces de la Cámara y crítica de ello.

Tampoco soslayo la persistencia de un alegato que el proponente cree válido.

Pero sí ratifico la idea de que la exigencia de la vía que se transita -de excepción- importa un esfuerzo adicional que no

///

se satisface cuando se acude a este modo de hacer las cosas, pues el sistema no está concebido para que se reediten hasta el paroxismo las discusiones tal si el proceso, especialmente después de una sentencia nacida del juicio oral y público, no envolviera un constante progresar encaminado hacia su culminación definitiva.

5. Refiere Hitters, respecto de la casación, que "...toda la mole (de ella) no puede estar desvinculada de la equidad pues un Tribunal que no haga justicia no tiene razón de existir, y deja de cumplir los fines institucionales para que fue creado, todo ello- obviamente- sin desvirtuar a la casación y sin convertirla en un mero recurso ordinario..."; y es bajo esa idea que atenderé los pruritos que al defensor le ha causado el fallo de la Cámara Penal, aunque -por tramos- camine el recurso por la cornisa de la inadmisibilidad (Véase "Técnica de los recursos extraordinarios y de casación" de Juan Carlos Hitters, páginas 184 a 185, Librería Editorial Platense, Edición 2012).

6. Estimo que la parte que recurre no ha considerado en su protesta el persistente criterio sentado por la Sala en lo que atañe al principio de congruencia.

///

El tema fue tratado con pretensiones de exhaustividad en el caso "M., R. M. s/abuso sexual impugnación" (Leg. N° 21.123, F° 53 T II-Año 2008, letra "M"), ratificatorio de la opinión sostenida en el precedente "L., S. s/Hurto de ganado menor" (Expediente 20.356-L-2006), sin que desde entonces hubieran sucedido variaciones significativas al respecto.

Así puede verse, por citar algunos emitidos ha tiempo, los asuntos identificados con los rótulos "M., M. H. p.s.a. Estafa" (Expte. 21.086 - F° 32 - T° II - M - 2007), "M. V., A. s/denuncia s/impugnación" (Expte. 21.287 - F° 68 - T° II - Letra "M" - Año 2008), "I., J. A.-V., M. D.- L., H. D. J., H. E. s/ apremios ilegales reiterados..." (Expte. 21.552-F° 114-Letra I-Año 2008) o "S. S., P. M. s/abuso sexual" (Expte. 21.309Folio 72-T.II-2008).

7. Evoco que, por ejemplo, en "I." señalé:"... el principio de congruencia importa que el fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación que han sido debidamente intimadas y sobre las que -básicamente- tuvo ocasión de ser oído el atribuido, lo que implica vedar que aquél se

///

extienda a hechos no contenidos en el proceso que garantiza el derecho a audiencia, sintetizado en la regla de correlación entre la acusación y la sentencia (claramente, al respecto, Julio B. Maier en su "Derecho Procesal Penal" T I. Pág. 568)..."

Y continué con remisión a "L." acudiendo a Maier cuando consignaba la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y exponía: "...La Corte Suprema Nacional, en sus sentencias, parece requerir, como condición para casar el fallo, no solo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino también las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esa circunstancia..."

También puse de resalto la intención de "...mantener una opinión consecuente sobre el tema. De allí que, pertinazmente, aluda a la relación inescindible que debe existir entre los aspectos fácticos de la acusación (en este caso la requisitoria de elevación a juicio), el objeto del debate y la sentencia, atadas por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que aquella, la primera, establece....".

///

8. Sobre esto último marqué en "M. V." - siempre con la vista puesta en "L." - que "...no había disvalor procesal en que se hubiera constreñido la base de hechos de la imputación, lo que resultaba posible si así sobrevenia del debate y de la deliberación ulterior, sencillamente porque no causaba gravamen alguno. Empero, advertí, que lo grave- y sancionable- habría sido expandir el aspecto atinente a los hechos sin que se dieran las previsiones del Código Procesal, porque ello vulneraba, sin dudas, el derecho a defenderse que posee el imputado..."

9. Pero como al principio señalaba, creo que en "Montoya" se consideró la cuestión con mayor detalle, convidado por la agudeza de quien planteó el tema, la doctora Del Balzo, de la Defensa Pública.

Recuérdese el repaso sobre los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el abordaje de "Ramírez vs. Guatemala" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, amén de las citas doctrinarias cuya pertinencia prosigo reivindicando.

///

No incurriré en el defecto de repetir lo que ha sido escrito más allá de lo que he considerado necesario, sólo señalo que si se atiende a la solución dada en el legajo del que se hace memoria, podrá derivarse sin dificultad la justeza de la decisión de la Cámara Penal.

Aquél y éste guardan semejanza notable en lo que al objeto procesal hace y, por cierto, al tema que toca y la solución dada.

Esa singularidad se proyecta sobre otra cuestión, lo anticipo, materia de disquisición en líneas por venir.

10. No me parece que con la posición asumida, que ata la validez de los pronunciamientos a la correlación fáctica apuntada, con las variables inocuas a los derechos, la alusión al caso "Sircovich, Jorge Oscar y otros s/defraudación por desbaratamiento de derechos acordados." CSJ 31/10/2006 T. 329, P. 4634

La opinión de la Procuración General que la Corte aceptó por mayoría dejó en claro que: "...Si bien en orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la

///

defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que juzguen con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio...".

Me fue enseñado, por mis antiguos maestros Jueces ellos, que jamás debía resaltar un texto; por eso procuro contener esa tentación. No obstante, se me permitirá recalcar la línea: "...encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen materia del juicio..." puesto que allí está condensada la línea de pensamiento que ha nutrido la posición de esta Sala, y, naturalmente, la mía en particular.

No veo agravio en la decisión de la Cámara Penal.

11. Trataré el tema atinente al encuadramiento jurídico del caso.

Juzgo que no hay error en la verificación homologatoria del fallo de la instancia primera, por obra del doble conforme.

///

Iré por partes.

12. En lo que toca a la condición gravemente ultrajante del abuso sexual, juzgo-otra vez- que la jurisprudencia de la Sala sobre el tema no puede conmoverse.

Traigo a colación de nuevo el antecedente "M.", citado con propiedad por el doctor Pitcovsky, cuya tesis fue ratificada.

Allí subrayé que: "...El significado lingüístico del vocablo ultrajar, acorde el Diccionario de la Real Academia Española, es ajar, injuriar, despreciar o tratar con desvío a alguien..." e insistí en que "...el idioma castellano revela a través de ese verbo toda acción que objetivamente menosprecia o menoscaba la personalidad de otro. Es verdad que todo acto de connotación sexual forzado implica, de por sí, humillación. Si las personas son libres de elegir su pareja sexual o no están en condiciones de tomar esa decisión (por su edad, situación, condición) cualquier atentado lúbrico importa menosprecio por la condición humana. De este modo visto, se me ocurre que al añadir la condición de gravemente ultrajante como una mayor ofensa dentro de los tipos de la figura,

///

se ha querido sancionar más severamente lo que implica una humillación de mayor grado, un destrato más desviado que el básico, un sometimiento mayúsculo...".

Y cité la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba que ha considerado como gravemente ultrajantes "...aquellos actos sexuales que, objetivamente considerados, tienen una desproporción con el propio tipo básico y que producen en la víctima, una humillación más de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí..." y en particular "...La introducción de dedos en el ano de la víctima...pues traspone los límites del simple abuso, por cuanto importa una penetración en el cuerpo del sujeto pasivo que únicamente por no ser una introducción peneana no se eleva hacia la punición más severa del tercer párrafo del art. 119 del C.P..." (STJCBA, S Penal c. S 49, Moya, 09/04/.M. en JPBA t. 138.2)..."

Recordé que, en el mismo sentido, ese Cuerpo había decidido que "...A excepción de la lengua ("fellatio in ore"), la introducción anal o vaginal de otras partes del cuerpo- vgr. dedos- u otros objetos como sucedáneos

///

del pene, esto es, con connotación sexual, desplazan el encuadre legal hacia el abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante, previsto en el segundo párrafo del art. 119 del C.P...." (TSJCBA. Penal c.S. 269, Medrano, J.D. 05/10/2007)..."

También aduje que la doctrina caminaba por igual sendero, y traje la opinión de Carlos Creus y Jorge Eduardo Bompadre, quienes en su "Derecho Penal" Parte Especial 1, Editorial Astrea, página 206, aclaran que "...La novedosa disposición contempla un tipo de abuso sexual que se caracteriza por el particular sometimiento que se impone a la víctima por la acción del autor, importando un comportamiento dotado de significación sexual...". Y agregan: "...No se trata de una forma común de abuso de contenido sexual (aun cuando dure en el tiempo), conducta que podría quedar abarcada por la figura del párrafo 1º, sino que su particularidad reside no sólo en la entidad del ultraje (que debe ser grave), sino en el hecho del tiempo de su duración o en las circunstancias singulares de su realización..."

///

Destaqué la opinión que sin desconocer la imprecisión del vocablo ultrajante, sostiene que "...el legislador ha introducido un valor añadido de antijuridicidad al ultraje que implica el abuso sexual en sí mismo: debe tratarse de una conducta de contenido sexual que importe para el sujeto pasivo una humillación particularmente degradante o vejatoria, que además de violentar su identidad sexual implique un menoscabo a su dignidad como persona..." y que "...No es la víctima quien debe evaluar la gravedad del sometimiento sexual de que fue objeto, sino el Juez, a través de parámetros objetivos...".

13. Ya desde mis propias ideas consideré que quien penetra el ano de un bebé (criatura inerte si la hay en el orden biológico) con un objeto que no es el pene, ejecuta actos de ultraje mayor...". Lo exprese en clave del abuso sexual sin acceso carnal, aunque no fui explícito, pues la introducción del miembro sexual masculino llevaba las cosas a un campo más grave. (Dí por sentado que el lector lo entendería de esta manera).

Y así lo expuse pues consideré, y considero, que en esa conducta existe un plus

///

que, por mucho, excede el tocamiento o frotamiento sexual, propio del tipo básico.

El pensamiento con el que rematé la idea se actualiza frente al litigio, pues resalté entonces que: "... Una persona sin voluntad, incapaz de expresarse, es degradada hasta el límite en su dignidad por esta ofensa que lo transforma en un mero objeto de desfogue del apetito sexual desmedido y sin límite. Es difícil encontrar palabras en situaciones como esta para describir la magnitud del ultraje, pero por el contrario fácil es razonar en sentido de lo exorbitante del proceder, desproporción en términos de la jurisprudencia citada, con la descripción de abuso deshonesto, en términos de la nomenclatura antigua..."

Advierto que no veo ninguna diferencia entre la ejecución de esos actos en un bebé como sucedió en el precedente y en el que hoy ocupa: sobre una niña de corta edad (tres años). Para las categorías que manejamos en la sociedad podemos ubicar a la víctima en los límites que envuelve el concepto arriba expuesto, caracterizado por un alto grado de indefensión frente a las contingencias de la vida.

///

14. No he reeditado la opinión dada otrora por pereza intelectual; no.

Así he procedido porque deseo machacar en las posiciones que se han sostenido para que, salvo opciones novedosas que esmerilen u horaden los conceptos dados, las partes y los Tribunales de instancias diferentes se atengan no por obediencia, que de ello no se trata, sino por la predictibilidad del resultado.

15. Cabe atender, de continuo, a lo que hace a la situación de convivencia, levantada por la mayoría también como calificadora del abuso sexual gravemente ultrajante.

16. Según puede leerse en "Delitos contra la integridad sexual- Análisis de la Ley n° 25.087" escrito por Enrique A. Gavier, la razón de la agravante, según palabras del diputado Cafferata Nores, se encuentra en la voluntad de proteger "...al menor de una situación de cercanía..." (Ver libro y autor, Ed. Marcos Lerner- Editora Córdoba, página 57)

No obstante, no es posible abarcar o incluir en ella cualquier supuesto de proximidad física entre los actores, sino que debe analizarse con rigor si es que se trata

///

del lugar en que ambos conviven, vale decir si la conducta reprochada ha sucedido dentro de un ámbito de privacidad en que, normalmente, se desarrollan las relaciones de los que moran en un lugar (domicilio) que les es común.

En ese sentido, las particularidades de un inmueble constituyen una fuerte indicación al respecto, mas debe verificarse- a la par- el modo de interacción del grupo y la libertad y confianza con la que el agente podía vincularse con quien a la postre fue su víctima, facilitándose -de ese modo- la acción desarrollada.

17. Bajo estas premisas, comparto la opinión mayoritaria de la Cámara Penal que ha evaluado las circunstancias declaradas por los Jueces penales.

La circunstancia de que la coexistencia del grupo no se remontara a mucho tiempo atrás (un mes, aproximadamente) no cambia las cosas, pues no es el tiempo el mayor factor de la ecuación típica, sino que lo relevante es tiempo del vivir en compañía, un ingrediente que se intensifica cuando a "un mismo techo" (simbólico en este caso) se le añade el lazo familiar que

///

facilita el obrar cuya infracción pune la norma bajo comentario.

18. La prueba de la subjetividad, de esa ultra-intención que denota abusar aprovechando la convivencia preexistente, se traduce en el propio contexto de la acción.

Resulta difícil pensar lo que está en el interior de las personas si, acaso, no se capta la relación dialéctica entre aquello y la exterioridad.

Por eso, si el desfogue del imputado eligió como objetivo a la nena que vivía en el mismo ámbito (cual fuese la disposición del inmueble) y lo consideraba familia (la prueba del vínculo no es relevante); y la situación se disparó en un momento de intimidad, cuando otros estaban en sus tareas (clasificando ropas en un galpón o reunidos en la cocina, según la sentencia primaria citada por el disidente, ver hoja 166 vta. /167), no puede menos que aceptarse que en el interior del protagonista está la idea de tomar esa ventaja al atacar sexualmente a la niña, conducta que en este litigio

///

asumió las características fijadas por los sentenciadores.

19. No me parece censurable la pena aplicada.

Sobre la materia de queja tomo la que resulta digna de escrutinio: la denuncia de doble valoración.

Si bien es cierto que la minoridad es parte integrativa del tipo penal, no menos cierto es que la figura contiene una escala sobre la que operan los Jueces, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho que aumentan o atenúan el nivel de reproche. De allí que tomar en consideración la edad de la víctima como un factor de intensidad, cuando el juicio estimatorio es racionalmente aceptable, importa el ejercicio de la competencia dada por los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Por lo demás, los Magistrados del doble conforme han analizado la sentencia de primer grado y concluido dando razones aceptables en el marco de ponderación que importa el recurso extraordinario, pues la

///

solución a la que arribaron no es excéntrica, grosera o grotesca, en relación con las acreditaciones en la causa. Voto pues por rechazar la impugnación del señor Defensor Público y confirmar la decisión venida.

Así me expido.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El Defensor Público del condenado H. R. L., dedujo impugnación extraordinaria en desmedro de la sentencia N° 15 del año 2014 de la Cámara en lo Penal de la ciudad de Puerto Madryn. No me detendré en los antecedentes del caso, ni en los motivos de agravio enarbolados ya que éstos fueron prolijamente reseñados en el voto que encabeza esta sentencia.

II. Efectuaré la misma observación que el ministro Pfleger en punto a la circunstancia de que el impugnante replica en esta instancia los planteos esbozados ante la Alzada.

III. Sin perjuicio de lo expresado, con relación al primer motivo de agravio, no vislumbro violación alguna al principio de congruencia.

///

Por medio del informe del médico forense L. N. y de su declaración prestada en juicio, se estableció que los estigmas hallados en la menor X. T. V., configuraban claros signos de abuso con penetración vía anal, realizados por un elemento romo, regular, redondeado. Sin embargo, no pudo confirmarse, con el grado de certeza que exige una sentencia de condena, que la introducción sufrida por la niña haya sido provocada efectivamente por el pene del imputado.

Esta circunstancia llevó a los jueces a modificar la calificación oportunamente escogida por el órgano acusador -abuso sexual con acceso carnal-, morigerando su conducta a la de un abuso sexual gravemente ultrajante.

Ahora bien, esta variación de ninguna manera afectó el derecho de defensa, máxime cuando lo que hizo el tribunal fue avalar la posición de la defensa y así disminuir la calificación jurídica que le había otorgado la Fiscalía.

La plataforma fáctica se mantuvo incólume. La falta de certeza acerca del mecanismo productor del estigma, esto es, una cuestión estrictamente normativa, es lo que se alteró.

///

Pero, el objeto procesal siempre ha sido la lesión causada por el imputado en el ano de la niña, cualquiera fuera el objeto de penetración.

De manera tal que este motivo de agravio deberá desestimarse.

IV. La situación de convivencia preexistente que, la mayoría de la Cámara en lo Penal, ratificó como calificante del abuso sexual gravemente ultrajante, recibirá mi convalidación.

La circunstancia de que hiciera poco menos de un mes desde que la pequeña, su madre y la pareja de ella, convivieran en la misma vivienda que el condenado, no exime de la agravante regulada por el artículo 119, cuarto párrafo, inciso f) del Código Penal.

L. satisfizo su lascivia sin necesidad de salir de su vivienda, aprovechando la cercanía de su pequeña sobrina, con quien residía.

De modo tal que, es correcta la aplicación de la agravante de mención.

V. De continuo, trataré el último tópico de agravio, esto es, la censura del monto de pena

///

impuesto por la doble valoración de la edad de la víctima.

Este motivo de queja correrá la misma suerte que los anteriores. Los jueces consideraron la corta edad de la víctima -tres años- para denotar su mayor vulnerabilidad y absoluta indefensión frente al ultraje de su tío. Esta circunstancia, naturalmente, incrementa el reproche del accionar de L. y vuelve más grave el suceso.

Por lo demás, considero que los magistrados han administrado correctamente las agravantes y atenuantes de los artículos 40 y 41 del digesto sustantivo, por lo que, no hay motivos para variar la sanción impuesta.

VI. En definitiva, corresponde rechazar la impugnación extraordinaria articulada por la Defensa Pública y confirmar el pronunciamiento N° 15/14 de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn.

Así voto.

El juez **Daniel Alejandro Rebagliati Russell** dijo:

///

I) En el voto elaborado pro el doctor Pfleger fueron expuestos los antecedentes del caso y los agravios vertidos por la defensa, de modo que, en honor a la brevedad, me abstendré de hacer una ociosa repetición.

II) En cuanto a la solución del caso habré de coincidir con mis colegas preopinantes.

III) En primer término diré que la impugnación extraordinaria interpuesta no cumple con los requisitos de admisibilidad, ya que no sólo no expresa en forma clara y concreta cuál es el agravio que merece la habilitación de esta instancia, sino que repite los puntos indicados en el recurso ordinario.

Una cosa más en este punto, y se relaciona con el cotejo que realizó el doctor Pfleger entre las impugnaciones de las distintas instancias. Adhiero a la observación efectuada, y aprovecho para recordar la doctrina sentada en "Comisaría Primera s/ Investigación homicidio r/v F. G. s/ impugnación" (Expediente nro. 21.847-F°163 T°II-Año 2009) cuando sostuve que la vía extraordinaria procede únicamente ante los supuestos previstos en el artículo 375 del ordenamiento procesal, toda vez que otro

///

Tribunal garantizó al imputado el derecho a recurrir la sentencia condenatoria.

IV. No obstante la inadmisibilidad del recurso, no advierto la violación del principio de congruencia.

El hecho siempre fue el mismo, desde el inicio de la investigación hasta la sentencia.

No voy a repetir aquí el criterio sentado por esta Sala en lo atinente al principio de congruencia. El doctor Pfleger reflejó prolijamente la línea jurisprudencial al respecto.

Sólo repasaré lo expresado en autos "M., R. M. s/abuso sexual impugnación" (Leg. N° 21.123, F° 53 T II- Año 2008, letra "M"), ya que se planteó una situación similar a la presente, y dije:

... Así, el a-quo no modificó la plataforma fáctica, sino que al hecho llevado a juicio por el Ministerio Público Fiscal, lo tamizó con la prueba rendida en el debate y, así, aplicando los principios del debido proceso, entendió que no tenía la certeza para mantener la acusación

///

por abuso sexual con acceso carnal y disminuyó la misma a abuso sexual gravemente ultrajante.

Vale aclarar que esto ha sido una modificación en la calificación legal, y no afectó la plataforma fáctica, de manera que hubiera sorprendido a la defensa. El hecho se mantuvo intacto: el reproche radicó en la penetración anal a Jonathan Axel Montoya, pero al no conseguirse en el debate la certeza del acceso carnal (3° supuesto del art. 119), se aplicó el beneficio de la duda a favor del imputado, y se seleccionó una calificación que le convenía cuantitativamente -2° supuesto del mismo artículo).

En síntesis, el tribunal consiguió certeza para determinar la existencia de las lesiones en el ano, y concluyó que las mismas fueron producidas por penetración con cualquier otro objeto (animado o inanimado) diferente al pene.

Lo expuesto implica sostener que la defensa no ha sido sorprendida en la decisión, toda vez que ante la descripción efectuada por el Fiscal, y los testimonios rendidos en el debate, los cuales han sido confrontados satisfactoriamente

///

por la defensa, se abría un abanico de posibilidades para el encuadramiento legal'.

De esta manera, este punto de agravio debe ser rechazado.

V) Por otro lado, y en relación al segundo punto, sólo diré que la sentencia explicó correctamente la situación de convivencia preexistente, mencionando las circunstancias objetivas y subjetivas que autorizaron la aplicación de la agravante.

VI) Finalmente, en lo atinente a la pena, valoraron adecuadamente las pautas de los artículos 41 y 42 del C.P., aplicando una pena que se ajusta cómodamente al injusto investigado.

La valoración que se hizo de la edad de la víctima se discutió y analizó en la causa.

De esta manera, y teniendo en cuenta los antecedentes del caso, no advierto arbitrariedad en la selección e individualización de la pena escogida contra el imputado.

///

VII) Por todo lo expuesto, voto por rechazar la impugnación extraordinaria interpuesta, con costas.

**Así voto.**

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

----- S E N T E N C I A -----  
--

**1º) Rechazar** la impugnación extraordinaria deducida por el Abogado Defensor, con costas.

**2º) Confirmar** la sentencia N° 15/14 de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn.

**3º) Protocolícese** y notifíquese.

Fdo. Alejandro Javier Panizzi-Jorge  
Pfleger-Daniel A. Rebagliati Russell-ante mi:  
José A. Ferreyra Secretario.

///