

En la ciudad de La Plata a los 28 días del mes de febrero del año dos mil trece, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Fernando Luis María Mancini y Jorge Hugo Celesia, para resolver el presente recurso de casación interpuesto en favor de **C. E. V.** en la presente **Causa Nro. 52.793** de trámite ante este Tribunal; practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **MANCINI - CELESIA (art. 451 in fine del C.P.P según ley 13.812).**

A N T E C E D E N T E S

Llegan los presentes autos a este Tribunal como consecuencia del recurso de casación interpuesto por la señora Defensora Oficial, Dra. Mariana Kodric, respecto del pronunciamiento recaído en la Causa Nro. 2801 del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 4 del Departamento Judicial San Martín, por el que se condenó a C. E. V. a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, por ser considerado autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechándose de la situación de convivencia preexistente, bajo la modalidad de delito continuado, cometido en el lapso de tiempo comprendido entre el mes de febrero de 2008 al 16 de abril de 2009, en los términos de los arts. 5, 12, 19, 29 inc. 3º, 40, 41, 45 y 119 párrafos primero, tercero y cuarto, inc. F del Código Penal.

Efectuadas las vistas correspondientes, y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Mancini** dijo:

I. La Sra. Defensora Oficial, a fs. 25/37, expresa los motivos que sustentan la presente impugnación.

Como un primer motivo de agravio y con denuncia de la violación de los arts. 1, 210 y 373 CPP, y afectación de los principios y garantías de defensa en juicio, debido procesal legal, inmediación, presunción de inocencia e in dubio pro reo, cuestiona la valoración como prueba de cargo de la declaración de la víctima recibida en Cámara Gesell señalando que la entrevista fue realizada sin la presencia de los jueces y del detenido.

Se queja por otro lado de que la incorporación lo haya sido mediante la transcripción escrituraria de la diligencia afectándose la oralidad.

En resumidas cuentas sostiene que la condena se sustenta en prueba que, por las circunstancias señaladas, resulta inválida constitucionalmente, lo que torna al fallo en arbitrario.

De acuerdo a ello solicita que se excluya la prueba obtenida a través de la Cámara Gessel cuestionada y se case el fallo absolviendo al imputado por los hechos por los que viene condenado.

Como un segundo motivo de agravio plantea un cuadro de insuficiencia probatoria denunciando a su vez la incursión en absurdo valorativo y arbitrariedad en la ponderación de la prueba.

Dice que el *a quo* dio por probada la materialidad ilícita y la autoría de su asistido a partir de una indebida valoración de la prueba.

Refiere que no hubo testigos presenciales del hecho, que no se colectaron rastros que corroboren la hipótesis de condena; que según lo manifestó su asistido siempre que la niña estuvo a su cuidado también lo estaban sus hermanos menores y en algunas ocasiones los mayores.

Afirma que el testimonio de la menor debe de ser evaluado teniendo en cuenta que su declaración fue recibida sin contralor de la defensa y sin filmación respaldatoria que permita evaluar sus respuestas y el interrogatorio al cual fue sometida.

Cuestiona el valor acreditante de sus dichos señalando que su testimonio no fue controlado por la defensa ni por los jueces, y que estuvieron condicionados por la presencia de su madre.

Indica, además que, su versión carece de corroboración.

En ese andarivel señala que la perito médica D. R. en su examen del 23 de abril de 2009 no encontró signos que evidencien penetración como lo afirmó la niña y que las conclusiones a las que arribó la Licenciada A. A. en modo alguno permiten afirmar que la menor L. S. evidenciara signos de abuso sexual.

Resta valor suasorio a las conclusiones a las que arribó esta última perito señalando que resultan inválidas y teñidas de parcialidad.

Apuntala su reclamo alegando la existencia de una serie de contradicciones en el relato de la menor víctima en punto a la modalidad de los abusos y en su confrontación con lo descrito por su madre en cuanto a los lugares donde supuestamente se produjeron los sucesos, así como también sobre las fechas en que habrían ocurrido los acontecimientos en trato, todo lo cual abonaría, en su juicio la aplicación al caso del principio in dubio pro reo.

Explica que la niña originariamente denunció un hecho de acceso carnal vía vaginal y luego cuando la pericia médica no corroboró dicha circunstancia su relato fue adeudado a esa nueva situación.

Refiere que en punto al lugar donde acontecieron los sucesos denunciados, la niña señaló a “la casa de los ladrillitos” y “el ciber”, pero también se le imputó como cometido en la casa de la calle A., mientras que respecto a cuál fue el último

hecho inicialmente se denunció el 16 de abril de 2009, sin embargo la niña dijo que la última vez había sido un día antes de que empiecen las clases de primer grado.

En ese mismo sentido y con base en los dichos de su asistido y lo depuesto por los testigos A. E. G., R. G., A. O. d. P., entre otros, y en el entendimiento de que no medió certeza sobre la existencia de los hechos, peticiona que se case el fallo y se disponga la absolución de su ahijado procesal.

Seguidamente, en forma subsidiaria, cuestiona la calificación legal en la inteligencia de que no se encuentran verificados los requisitos que reclama la aplicación de la figura contenida en el art. 119 párrafo tercero del Código Penal.

Argumenta que la conducta que se le imputa a su asistido constituye un supuesto de abuso sexual, más no de acceso carnal, toda vez que la boca no es un vaso receptor apto para la realización del coito.

Entiende que una interpretación contraria implica una extensión del tipo penal por analogía vedada en la materia por nuestro ordenamiento legal (art. 18 y 19 de la Constitución Nacional).

Conforme ello, solicita que se recalifique el hecho como abuso sexual gravemente ultrajante readecuándose, en consecuencia, el monto de la sanción.

Por último, se queja del monto de pena impuesto, cuestionando la no valoración de atenuantes y el indebido cómputo de agravantes en infracción a los arts. 40 y 41 del CP.

Concretamente cuestiona que se haya ponderado con efecto severizante la extensión del daño causado en el aspecto psicológico y la corta edad de la víctima, por no haber quedado debidamente acreditado aquel daño y además por implicar una doble valoración prohibida.

Asimismo se desconforma de que el tribunal, desoyendo la expresa petición de esa parte, no haya ponderado con efecto diminuyente la huella que dejaron en V. los hechos traumáticos relevados por la peritica psicológica realizada (fs. 153).

Por todo ello, solicita la readecuación de la pena a imponer, la cual, en cuenta de las agravantes desechadas y en atención a las atenuantes valoradas, entiende debe estar identificada con el mínimo de la escala penal prevista para el delito imputado.

A todo evento, deja planteada la cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48.

II. En su presentación de fs. 48, la Sra. Defensora ante esta instancia, Dra. Ana Julia Biasotti, desiste de la audiencia de informes y mantiene el recurso originario en todos sus términos, peticionando en idéntico sentido.

III. Por su parte, a fs. 49/56., la Sra. Fiscal Adjunto ante esta Alzada, Dra. Alejandra Marcela Moretti, también desiste de la audiencia y en su memorial peticona el íntegro rechazo del recurso, brindando los motivos por los que estima que así debe resolverse.

IV. Corresponde ahora que me pronuncie respecto a los motivos de agravio traídos por el recurrente.

Resulta improcedente la queja sustentada en la crítica a la incorporación por lectura del testimonio vertido en la etapa instructoria por la menor L. V. A. S. a través del sistema de Cámara Gesell.

Surge del acta de debate que durante el juicio la Fiscalía solicitó la incorporación por lectura de la transcripción de tal diligencia, así como su exhibición en la audiencia.

Y si bien es cierto que también surge del acta de debate que la defensa oportunamente se opuso a dicha incorporación, manifestando asimismo su protesta de recurrir ante este Tribunal, alegando básicamente que no tuvo oportunidad de

contrarrestar la prueba y que su presencia no supe la del imputado, además de resultar fundamental la presencia de la víctima en el debate, no menos cierto es que la respuesta brindada por el “a quo” rechazando tal oposición aparece ajustada a derecho desde que la abriga la normativa procesal.

La cuestionada incorporación por lectura resulta un supuesto claro en el que cabe aplicar el art. 366, sexto párrafo, del Código Procesal Penal que permite ese procedimiento para las actas que documentan los anticipos extraordinarios de prueba y las declaraciones testimoniales de niñas, niños y adolescentes.

Así las cosas, ningún reparo merece la decisión del tribunal de integrar al plexo probatorio el extracto del relato de la menor víctima obtenido en el marco de las entrevistas mantenidas de conformidad con el art. 102 bis del CPP.

Sin perjuicio de ello, y para dar acabada respuesta a la queja en cuanto a la denuncia por la violación de garantías constitucionales, a mayor abundamiento cabe señalar que según entiendo la obtención de los dichos de la menor víctima bajo la modalidad allí prevista es válida, en el caso, desde la óptica constitucional, desde que las pautas que allí se establecen para el desarrollo del acto y su registración, no sólo permiten un control efectivo y útil por parte de la defensa y el procesado -al serles garantizado su presencia con previa citación y la posibilidad de interrogar al testigo- sino que además hace posible la evaluación y posterior apreciación del relato así prestado por todos los intervinientes, incluido el órgano de juicio.

En esas condiciones se advierte que el dispositivo no ha introducido ninguna restricción al derecho de la parte a contradecir la prueba, ni conlleva la afectación de los principios de oralidad e inmediación, sino que solo posibilita la incorporación de la video filmación de los testimonios de niños víctimas respecto de los cuales se anticipó su debate entre partes.

Y en lo que respecta al caso sometido a examen, en lo relativo a la supuesta violación de la defensa en juicio, solo resta agregar que de ninguna manera se

observa frustrado su efectivo ejercicio, habida cuenta de que el imputado tuvo oportunidad de asistir al acto tal como lo hizo su asistente letrado.

Como acertadamente lo expuso el *a quo*, el imputado fue debidamente notificado de la realización de la medida, por lo que tuvo la efectiva oportunidad de presenciarla, controlarla -como lo hizo su defensa-, e incluso de interrogar a la menor en el marco de lo normado por el art. 102 bis del C.P.P. Si a pesar de ello decidió no concurrir a la diligencia y por tanto no ejercer aquellos derechos, mal puede ahora su representante ampararse en esa garantía para pretender excluir como elemento de prueba dicha diligencia.

Pero además es del caso señalar que el cuestionamiento resulta además insuficiente en tanto adolece de la falta de señalamiento de circunstancias, datos y pormenores que, en concreto, evidencien el deterioro de la garantía que viene invocada (art. 18 de la C.N.). El impugnante no denunció que se lo hubiera privado de proponer preguntas o denegado el pedido de aclaraciones o explicaciones sobre las respuestas dadas por la niña, ni ha desarrollado en el recurso los puntos sobre los cuales entendía necesario interrogar a la menor limitando su embate a afirmar que se vio impedido de ejercer su derecho de defensa, lo cual, tampoco se advierte conforme lo ya señalado.

Tampoco el procedimiento resulta censurable a la luz del principio de inmediación. En efecto, su afectación queda en el caso desplazada por cuanto la misma normativa expresamente prevé que las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, sistema de audio de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente.

Además la registración del acto a través de video filmación -que también viene legalmente ordenada- permite a los jueces que actúan en una etapa distinta de aquella en la que se produjo la actuación mantener la inmediación con la prueba. Tal como ha ocurrido en este caso en el que los magistrados no sólo tomaron en cuenta el contenido del acta que instrumentó la recepción del testimonio de la víctima, sino que además ponderaron lo que surgía de su documentación fílmica,

tal como surge del acta en donde consta la proyección de la entrevista y del fallo en donde se señaló respecto de su transcripción, que "...fue seguida con la emisión del audio-imagen", pudiendo constatar que "...resultaba fiel a lo escuchado...", todo lo cual, termina por dejar al descubierto lo inoficioso de la queja por medio de la cual se denuncia afectada la oralidad.

En definitiva, no viniendo verificado la configuración de ningún incumplimiento formal que acarree la nulidad del acto, y no advirtiéndose en su desarrollo menoscabo de garantía constitucional alguna, debe ser rechazada la pretensión defensiva en cuanto pretende la exclusión probatoria de este probanza.

Igual suerte adversa ha de correr la queja que, sustentada en la denunciada errónea aplicación de los arts. 210 y 373 del C.P.P., cuestiona la valoración probatoria en virtud de la cual se consideró acreditada la materialidad infraccionaria y autoría del imputado V. en los episodios en juzgamiento.

Dichos extremos se encontraron adecuadamente fundamentados en el fallo, sin que se evidencien transgresiones legales que ameriten su casación en esta instancia revisora.

Realizando el mayor esfuerzo revisor posible en esta instancia casatoria, se advierte corrección en la operación valorativa desarrollada por el tribunal para establecer la materialidad ilícita que se tuvo por acreditada con suficiente sustento probatorio, brindando además un adecuado y juicioso desarrollo de las razones que guiaron su convicción, con arreglo a las normas procesales que rigen el extremo (arts. 106, 209, 210 y 373 del ordenamiento ritual).

Es así que en el pronunciamiento se tuvo por irreprochablemente comprobado que C. E. V. en el lapso de tiempo comprendido entre el mes de febrero de 2008 y el 16 de abril de 2009, en el interior de las viviendas donde convivió con A. A. S., los hijos de esta y los que tuvieron en común, abusó sexualmente de L. V. A. S., nacida el 25 de febrero de 2002, en reiteradas oportunidades, mediante la realización de actos consistentes en despojarla de sus prendas, para luego bajarse

el pantalón, pasarle lengua por la vagina, apoyarle el pene en la vagina y ano, e introduciéndole su pene en la cavidad bucal de la menor, eyacular en la boca de la niña obligándola a tragar el semen.

Estos puntos encontraron adecuado sustento en las constancias probatorias presentada al juicio y que han sido reseñadas en el veredicto, en las declaraciones de los distintos testigos que en su transcurso depusieron, así como en las manifestaciones vertidas por la víctima de autos, quien en las oportunidades en las que le tocó deponer relató en detalle la situación de abuso sexual sufrida a manos de su padrastro, de modo concordante con el recogido por el sentenciante al describir la materialidad ilícita.

En efecto categórica resultó la declaración de la menor víctima de autos volcada a fs. 21/22 y convalidada con la prestada bajo la técnica de cámara Gessel, de las cuales se desprende que la niña manifestó que, en una oportunidad, su padrastro, aprovechando la ausencia de su madre y sus hermanos, se dirigió a su cama, le sacó la ropa y *“...le chupo la catorrita...se bajó el pantalón...le metió el pito en la parte de adelante de la cola...”*, haciendo referencia a la vagina. Que le decía que le chupe el pito y ella lo tenía que hacer porque la obligaba, manifestándole que si no lo hacía le iba a pegar.

El tribunal destacó que la joven recreó nuevamente los hechos en la entrevista realizada en Cámara Gessel, agregando otros detalles, tales como *“...me decía que no se lo diga a mi mamá...y me daba un líquido...lo de él... hacía así (con las manos representa el movimientos de masturbación masculina), me decía que abra la boca...salía como un juguito...me decía que me lo tome sin escupir y sin vomitar...me ponía lo de él en la cola...me lo ponía acá abajo...me decía que me sentara y apriete lo de él...al pitulín.... Pasaba en el ciber...”*, precisando con relación a lo que definió como juguito *“...me lo daba casi siempre...siempre lo agitaba y lo hacía así... era amargo...amarillo mas o menos o marrón.”*

Ahora bien corresponde señalar que resulta infructuoso el argumento de la defensa que hace pie en la afirmación de que la versión de la víctima resultó contradictoria, precisamente, porque no se detectan desarmonías que atender.

En efecto, la defensa señala que la menor hizo referencia a un supuesto de abuso con acceso carnal vía vaginal, lo cual, dice, se contrapone con las determinaciones médicas, sin embargo a poco se lee se advierte que los términos del relato aportado por la menor no encuentran resistencia en lo informado por la médico legista, toda vez que, en modo alguno se logra vislumbrar, ni ha sido correctamente explicado por el recurrente, cómo las constataciones médicas al examen en la zona genital de las que dio cuenta la galeno podrían excluir la posibilidad de las maniobras abusivas de las que, con las limitaciones propias de una niña de apenas diez años de edad, dio cuenta la víctima, al describirlas.

Repárese en que, según surge de lo recogido por el tribunal, la niña narró *“me ponía lo de él en la cola...me lo ponía acá abajo...me decía que me sentara y apriete lo de él...al pitulín...”* sin que pueda inferirse de ello, con la precisión que la defensa señala, la existencia de penetración vaginal, y en que, por su parte, la experta en el juicio refirió que encontró una *“patología tipo dérmica, un eritema o enrojecimiento de introito o entrada a la vagina”*, aclarando que *“puede tener múltiples orígenes, patológico..., o traumático v.g: rozamiento, masturbación.”*, mientras que respecto del himen señaló *“...estaba íntegro pero con anillo estrecho con borde redondeado, (no tiene los bordes bien delimitados), que también puede ser de origen constitucional o traumático.”*, para finalmente explicar que *“Esto en literatura especializada puede deberse a penetraciones digitales o razonamientos intensos, sin que pueda determinarse con precisión su origen”*.

Por otro lado, nótese que, tal como lo destacó el sentenciente la testigo no incurrió en variaciones cada vez que le tocó deponer, manteniendo coherencia interna, y que, como se verá, puntuales situaciones mencionadas por la víctima resultaron corroborados en varios pormenores, tanto por los restantes testigos como por los peritos, lo cual reviste suma importancia a la hora de apreciar la credibilidad

y verosimilitud de un testimonio, en tanto configuran indicios que se integran al plexo cargoso supliendo de algún modo la circunstancia de no haber testigos presenciales de los hechos.

El tribunal profundizó en el análisis de la credibilidad de la menor tomando en cuenta, la uniformidad de los sucesivos relatos que la menor fue realizando, sosteniendo y reiterando su versión en tiempo, y al reparar en que la declaración testimonial de la víctima se vio apuntalada por datos ajenos a la misma, pudiéndose mencionar entre ellos *“...la actitud, lo verbal y paraverbal, lo gestual más los resultados de las técnicas aplicadas por los profesionales escuchados...”*.

Siendo así no resulta arbitrario el peso convictivo que el tribunal estimó que debía asignársele al testimonio de la víctima, pues, al margen de la manera en que declarara, su valor también fincó en objetivas apreciaciones relativas al contenido de su discurso.

Por otra parte, corresponde recordar que esta Sala tiene dicho que el grado de convicción que cada testigo provoca en los jueces de mérito configura una cuestión subjetiva perteneciente a la esfera reservada por la ley para los Magistrados del juicio quienes por su inmediatez frente a los órganos de prueba, son los encargados de establecer el mayor o menor valor de las declaraciones testificales, por lo que no es posible por la vía casatoria invalidar las impresiones personales producidas en el ánimo del juzgador al observar la declaración de los testigos salvo que se demuestre su contradicción con las reglas de la lógica, el sentido común, el conocimiento científico o aquellas que rigen el entendimiento humano, lo cual como se expresó no se ha logrado comprobar en el sub lite.

Siendo así no se advierte que la impresión obtenida por los jueces del juicio respecto de la veracidad con la que se expidiera la víctima en lo sustancial de sus imputaciones, deba desecharse por ser arbitraria sino que se asienta en fundamentos que revelan una apreciación razonable efectuada en el marco legítimo de las atribuciones que la ley otorga a los magistrados.

La defensa centra también su embate en la circunstancia de que por fuera de esa declaración no existe ninguna prueba de los actos abusivos, perdiendo de vista que no puede ser admitida la queja referente a la imposibilidad de fundar una condena en un único testigo, ello así puesto que el aforismo latino “testis unus, testis nullus” no tiene cabida en el actual proceso penal de la Provincia. De allí que no carece de fuerza probatoria la declaración de un testigo único por esa sola circunstancia, siempre que dicho testimonio resulte suficiente para causar convicción en el ánimo del juzgador que explica sus razones, y las conclusiones a que se arribe en las sentencias sean el fruto racional de las pruebas, con el único pero infranqueable límite del respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano, es decir las leyes de la lógica. (conf. causa N°13.987, “G., J. R. s/ recurso de casación”, sentencia del 5/4/2005).

Y si bien ello sella la suerte adversa de ese aspecto de la queja se advierte que, como lo ha señalado el tribunal, en el caso en contra de lo que sostiene el recurrente no son los dichos de la menor volcados en el debate la única prueba que empleara el *a quo* para fundar la condena, pues, el plexo probatorio se conforma además, con un material testifical y pericial que, dicho sea de paso, en modo alguno ha logrado enervar el recurrente.

Es que si bien la imputación se edifica principalmente a partir de la directa sindicación que le formula la víctima lo cierto es que a poco se lee se aprecia una nutrida prueba en la que se ha relevado no solo los aportes testimoniales rendidos en el debate, la documental incorporada por lectura, sino además, las verificaciones de los peritos de la salud, que vienen a sustentar las premisas sentenciales y corroborar los propios dichos de la damnificada.

En efecto, el recurrente pierde de vista que el sentenciante señaló que dicha declaración se complementaba con las conclusiones de las pericias psicológicas que indicaban credibilidad en los relatos de la víctima, los que se presentaron espontáneos, con gran cantidad de detalles, situados en tiempo y espacio, evidenciando conocimientos y comprensión de temas sexuales inadecuados para

la edad, y con el correspondiente correlato emocional al revivenciar mediante el relato el abuso, no observándose indicadores de manipulación ni datos que supongan motivos para proporcionar una versión falsa, o delirante, descartándose así tendencia a la fabulación en sus dichos.

Siendo así los señalamientos que emanan de la declaración de la menor, resultan prueba suficiente para sustentar la imputación acusatoria, a poco que se advierte que es secundada por los diferentes interlocutores que en el debate oral depusieron y, que sucesivamente, reprodujeron en forma homogénea entre sí y sin incurrir en contradicciones, los pormenores de las maniobras sexuales que la menor les había narrado tiempo atrás, en lo que hace a las circunstancias de tiempo, lugar, modo y personas.

Por lo que el cuadro de insuficiencia probatoria no es tal en tanto que lo expuesto por L. halló básica corroboración en lo manifestado en el juicio por otras personas que, receptoras de las primeras revelaciones que hizo la menor, describieron las circunstancias de tiempo, modo lugar en que la niña, finalmente decidió contar las ataques sexuales de las que fue víctima, y reprodujeron lo que ella comentó. En este sentido, lo depuesto por los testigos S. M. O., M. A. S., Y. G. y su madre, y las psicólogas A. A. e I. R..

El sentenciante evocó el testimonio de su progenitora, A. A. S., la cual ha sido exhaustivamente citado en el veredicto al que me remito a fin de evitar innecesarias repeticiones, quien tuvo oportunidad de escuchar inicialmente el relato de su hija narrando las diversas agresiones sexuales a las que era sometida por el imputado, según contó en la audiencia, pudiéndose en resumidas cuentas destacar que resultó conteste al recrear las circunstancias de las primeras revelaciones por parte de la menor y al reproducir el relato de los abusos en forma coincidente con la versión de la víctima, entre otras particularidades que, aún ajenas a lo medular de la imputación, resultaron útiles por ofrecer un escenario de verdad al contenido central del discurso de su hija.

Cabe destacar que, por ejemplo, en punto a las oportunidades con las que contaba el acusado para cometer los abusos, la niña contó que uno de los hechos ocurrió en una ocasión en que su mamá estaba trabajando y ella se quedó sola con su papá porque sus hermanos se habían ido a la casa del papá de ellos como lo hacen siempre los fines de semana, mientras que, en forma correlativa su madre narró que ella trabaja como moza y que los chicos quedaban con el acusado, a excepción de algunos fines de semana que sus dos hijos mas grandes de iban con el padre -puntualizaciones que, dicho sea de paso echan por tierra las excusas que esgrimiera el acusado al alegar en su defensa que nunca estuvo en la casa solo con L.-; y, respecto a los escenarios de los hechos, las referencias de la menor a la casa de los ladrillitos y la casa del cyber, se ensamblaban con los dichos de su madre cuando contó que para fines de 2007 o principios de 2008 vivieron en una casa a la que llamaban la casa de los ladrillitos porque estaba en construcción, para después mudarse a un local que dividiéndolo con muebles usaron como vivienda.

Asimismo, el tribunal valoró los dichos de la progenitora en cuanto dio parte de la asunción de responsabilidad por parte del acusado quien, admitiendo lo ocurrido, dijo que había sido él pero que le había prometido a L. que no se lo iba a hacer más, que ese día era la última vez; y de los dichos de su hijo M., quien, según recordó, contó que había visto cuando estando acostado C. y L. arriba, el imputado, al advertir su presencia, le gritó que se vaya acostar, mientras que la sacó de arriba diciéndole que se ponga la bombacha.

Y si bien la defensa ataca esos testimonios con base en una serie de contradicciones que apunta, este cuestionamiento no puede prosperar.

En primer lugar no se advierten entre los testimonios las discordancias denunciadas en punto al escenario de los hechos. En efecto, la victima mencionó siempre dos lugares, y si el fiscal en su acusación también aludió a la casa de calle "A.", de ningún modo puede ello involucrar una contradicción que afecte el grado de credibilidad de sus dichos.

En segundo lugar la defensa no logra explicar cómo podría conmover las apreciaciones sentenciales sobre la sinceridad y verosimilitud que el tribunal predicó del testimonio de la víctima, como fruto de un serio y concienzudo análisis de confrontación interna y externa de aquel, el señalamiento que efectúa sobre una supuesta discordancia entre los dichos de la víctima y su madre acerca de la fecha exacta del último acto abusivo, más aún cuando, ese dato adquirió precisión a partir del testimonio de ésta última, pues, el señalamiento de la menor lo fue recurriendo a una época y de modo referencial.

Ahora bien, los embates que formula la recurrente contra los dichos de la Licenciada A., no merecen progresar.

Es que si bien la defensa insiste en atacar sus dichos -señalando que resultan inválidos y teñidos de parcialidad-, las apreciaciones que formula resultan insuficiente para desautorizar las conclusiones a las que arribó la profesional en tanto no dejan de ser meras descalificaciones que no encuentran otro sustento más que en lo afirmado por la parte, quien, por otro lado no se hace cargo de acompañar un desarrollo conducente a demostrarlos.

Se advierte que el recurrente al argumentar que su testimonio se encontró cargado parcialidad, no fue más allá de esa simple apreciación conjetural, sin siquiera mencionar circunstancias concretas que evidencien algún tipo de irregularidad en la entrevistadora, lo cual, de todas maneras, tampoco se advierte a poco que se repasan los dictámenes receptados en el fallo.

Nótese que la profesional ha ceñido su tarea a consignar las circunstancias del abordaje, detallar los pormenores de las entrevistas y en definitiva informar las determinaciones a las que se arribó a partir de los hallazgos que arrojara el proceso de evaluación, sin que se vislumbre suposiciones o inferencias personales. Siendo así de ningún modo se observa como posible sostener que la pericia carece de fundamento adecuado.

Por lo demás y para dar acabada respuestas a esos planteos cabe destacar que tampoco merece ningún reparo el valor acreditante que el sentenciante otorgó a aquel dictamen como elemento validante del relato de la menor, y no como prueba directa de la existencia de los abusos –como lo dice la defensa-. Es claro que sus conclusiones fueron evocados en tanto que contribuyeron a formar convicción en el juzgador sobre la veracidad de la versión acercada por la víctima -cuyo testimonio sí fue valorado como prueba de la existencia de los hechos-, no otra cosa puede inferirse de los señalado por el a quo en cuanto a que *“...los resultados de las técnicas aplicadas por los profesionales escuchados me llevan a afirmar que la menor...no fabula ni presenta un relato fantasioso.”*

Por otra parte no se advierte antojadizo que se hayan asociado las sintomatologías detectadas con los episodios abusivos juzgados, de los que la perito dijo haber tomado conocimiento a partir de los dichos de la menor, en tanto que dicha atribución se justificó en la exclusiva referencia que a éstos hizo la paciente, no habiendo surgido del abordaje ningún otro suceso traumático ni otro posible agresor.

Siendo así, frente al cuadro probatorio analizado, los argumentos vertidos por la defensa aparecen como una crítica genérica y sin compromiso con las probanzas de la causa, lo que patentiza la insuficiencia del agravio.

No pudiendo progresar tampoco la queja con base en la versión del imputado -instalada en gran medida en hechos ajenos a las cuestiones ventiladas, y en la mera negación de aquello que se le imputa-, pues fue desechada por el tribunal sin incursión en absurdo, desde que para ello tuvo en cuenta el resto de la prueba que la controvertía, sin que, por otro lado, se adviertan, en lo depuesto por los testigos citados por la defensa, datos que permitan conmovier la contundencia del cuadro cargoso que sustentó la condena.

En efecto, el tribunal señaló que su excusa de no haber sido el autor de los hechos porque nunca estuvo en la casa solo con L., había quedado desvirtuada por los dichos de todos los testigos -incluso los propios-, al narrar diversas

circunstancias en las que el imputado quedaba al cuidado de los niños sin otros adultos, y al dar cuenta de que lo hechos ocurrían, además, estando los hermanos de la víctima en casa, llevándosela al baño o aprovechando cuando dormían.

Cabe recordar que resulta insuficiente toda proposición casatoria que se sustente únicamente en una apreciación diferente de la prueba producida pero que no conmueva el razonamiento del *a quo* al valorarlas, en tanto no evidencian que padezca ningún vicio de arbitrariedad absurdidad, ni que se hayan violado las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común que rigen su apreciación.

El desarrollo efectuado en la sentencia con relación a las cuestiones referidas a la materialidad ilícita y a la autoría del encausado, aparece coherente con las pruebas reunidas que dan muestras de un plexo probatorio cargoso que no ofrece fisuras a fin de arribar a la certeza necesaria respecto de dichos extremos, de lo que se colige que la sentencia no merece censura en esta instancia en relación a esos puntos, al no lograrse demostrar el déficit probatorio, ni la arbitrariedad y la falta de fundamentación alegadas.

De lo expuesto previamente, tampoco surgen hesitaciones que pudieran hacer aplicable el art. 1ro. del C.P.P., cuya aplicación pretende el recurrente.

Todo ello me lleva a proponer, sin más, al acuerdo el rechazo de ese motivo de queja.

Igualmente estériles resultan las alegaciones encaminadas a lograr un cambio en la calificación jurídica establecida por el sentenciante.

Ya he tenido oportunidad de sostener los argumentos que me inclinan por la opinión contraria a la sostenida por el recurrente respecto a la calificación que corresponde a otorgar a la llamada "fellatio in ore", en la causa nº 8851, (sentencia del 21/10/04, reg. nº 526), entre otras. Allí sostuve los argumentos que siguen y que resultan aplicables a la presente queja.

El párrafo tercero del art. 119 del Código Penal, según ley 25.087, establece que: “La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo [sujeto pasivo menor de trece años, violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio derivado de una situación de dependencia, de autoridad o de poder, aprovechando que por cualquier causa la víctima no haya podido consentir libremente la acción] hubiere acceso carnal por cualquier vía”.

La acción típica de la norma transcrita consiste en abusar sexualmente mediante acceso carnal por cualquier vía.

Si bien el abuso sexual supondría, en general, actos de contacto corporal con significación sexual, ello no alcanza para conceptualizar el delito del tercer párrafo del art. 119 del C.P., en el que se requiere además que medie acceso carnal.

Entonces, en primer lugar corresponde establecer qué debe entenderse por acceso carnal.

En aquella oportunidad dejé establecida mi opinión, en el sentido de que, en principio, el acceso carnal debe ser entendido como la introducción del pene en una cavidad perteneciente a otro cuerpo humano. Tal cavidad debe mostrar capacidad para albergar al pene en un accionar que signifique coito o una forma equivalente del mismo.

Esto ya deja en claro que la expresión “acceso carnal” implica penetración del órgano sexual masculino y no penetraciones producidas con otras partes del cuerpo u objetos, sin perjuicio de que éstas últimas acciones puedan configurar otros tipos penales.

Determinado así el significado de los términos “acceso carnal”, resta desentrañar el problema relativo a la interpretación que corresponde efectuar de los vocablos “cualquier vía” los cuales, empleados por los redactores de la ley 25.087, al establecer el tipo penal del art. 119 tercer párrafo del Código Penal, vienen a completar descriptivamente el asunto de tipicidad en trato.

Un análisis no muy detallado ni exhaustivo sobre este acápite suele reducir las posibilidades a dos supuestos: la vía vaginal y la vía anal, panorama que algunos amplían al incluir a la boca como una más de las vías posibles para el acceso carnal tipificado en el art. 119 C.P.

Sobre esos cauces parecen transcurrir las discusiones más corrientes, sin dar mayor trato a otras alternativas imaginables.

Acudiendo al diccionario de la lengua española (de la Real Academia Española -vigésima primera edición-) se advierte que la palabra “vía” significa “camino por donde se transita”, pudiéndose afirmar entonces, y en principio, que la boca (como también sucede con la vagina y el ano) constituye una vía en razón de su aptitud para el paso o tránsito de cosas u objetos materiales.

Pero por este camino de búsqueda hay que poner mucha atención ya que no puede desconocerse que una inadecuada interpretación literal de los vocablos premencionados podría conducir a una ampliación desmedida que, según pienso, excedería el sentido que pretendieron asignarle sus creadores. Quizás con alguna razón se ha dicho que la letra del artículo analizado no trasluce sin dificultades la pretensión que tuvieron los legisladores al modificar el texto del art. 119 del Código Penal.

No obstante ello, debe tenerse en cuenta que todas las palabras contenidas en las disposiciones legales tienen en principio su razón de ser y que, precisamente, se hallan expresadas para exponer exactamente la voluntad legal.

Entonces, aún cuando podría afirmarse que al decir la ley “por cualquier vía”, estarían comprendidas todas, subsiste el inconveniente relativo a determinar cuales son las cavidades que pueden computarse como vías a las que refiere la norma en análisis.

Concretamente, se ha criticado que la expresión “cualquier vía” no sólo permitiría incluir a la cavidad bucal, sino también otras posibilidades tales como la

nariz, el oído y heridas abiertas. La interpretación gramatical del texto no deja espacio para zanjar tal objeción.

Entonces, debe buscarse el sentido de la expresión en trato por otros conductos hermenéuticos.

En ese orden de ideas, considero adecuado, a los efectos de precisar el alcance de la ley al referirse a “cualquier vía”, acudir a las manifestaciones realizadas durante la discusión parlamentaria, las que constituyen una fuente de interpretación auténtica de las leyes, en su significado y alcance.

Aunque se considere que las opiniones vertidas en el debate parlamentario no tienen entidad para obligar al intérprete judicial, lo cierto es que las mismas sirven en gran medida para revelar el designio del legislador, permitiendo conocer el origen, el motivo y la finalidad de la ley.

Es así que, conforme emerge de la versión taquigráfica del debate celebrado en el Senado de la Nación, la inclusión del caso de la denominada “fellatio in ore”, como uno de los supuestos alcanzados por el tercer párrafo del art. 119 del C.P., fue uno de los motivos que suscitó el deseo de reforma.

El parlamentario informante de la mayoría, advertido de los inconvenientes que podían suscitarse en torno a la interpretación de los términos “cualquier vía”, aclaró que el proyecto de ley pretendía equiparar a la “fellatio” con la violación, mostrando así el sentido que los legisladores quisieron dar a la norma en trato “...a efectos de que los jueces lo tengan en cuenta a la hora de dictar sus sentencias...” (Conf. versión provisional de la sesión del 14/04/99).

Como se puede apreciar, tanto el examen literal del texto legal, como el análisis de los motivos que fundaron la reforma, conducen a la inclusión de la cavidad bucal como una de las vías que posibilitan el acceso carnal.

Ahora bien, frente a la argumentación que pudiese disparar el análisis de otras alternativas (nariz, oído, cavidad umbilical o heridas abiertas) antes que nada

debe señalarse que tales posibilidades no se enmarcan arquetípicamente en los escenarios carnales de la sexualidad por penetración, más allá de la excepcionalidad que algunas conductas extraordinarias o particularísimas podrían evidenciar.

Pero, aún así, es necesario establecer las delimitaciones que permitan fijar adecuadamente el alcance de la expresión en análisis; en concreto del vocablo “vía”.

Para ello, estimo que debe analizarse si la parte anatómica que se pretende como “vía” hace posible una verdadera conjunción sexual equiparable al coito. Es decir, si constituye un conducto con la viabilidad necesaria para posibilitar el acceso carnal. En tal sentido, corresponde señalar que aún cuando el oído, la nariz, el ombligo o alguna herida abierta constituyan fenómenos anatómicos ahuecados de mayor o menor extensión, no dan lugar a una conjunción equivalente al coito, ya que por sus características no resultan apropiadamente aptos para recibir al órgano sexual masculino penetrante. En cambio la cavidad bucal, por su conformación anatómica, permite albergar el miembro viril del sujeto activo, constituyendo de ese modo una vía apta y equiparable funcionalmente, a las vías vaginal y anal.

Si bien ha sido sostenido que, desde la óptica de la ciencia anatómica, la cavidad bucal no posee las glándulas de proyección y evolución erógenas que sí se encontrarían tanto en la vagina como en el ano, lo cierto es que, desde el punto de vista de la moderna sexología ha sido descartada la tesis que asienta la proyección erógena en determinadas partes del cuerpo, circunstancia que impide excluir a la boca como una cavidad susceptible de ser accedida carnalmente, más allá de que deba tenerse en cuenta también que, por sus características naturales, permita el desfogue libidinoso del sujeto.

Debe afirmarse entonces que la denominada “fellatio in ore” constituye una práctica alternativa y sucedánea en relación al coito vaginal o anal, siendo evidente la equivalencia funcional habida entre la boca y las cavidades vaginal y rectal, a los fines de la satisfacción erótica.

Desde tal enfoque el coito oral no se diferencia de otra penetración. La boca es una cavidad a los fines del acceso carnal y la penetración delictiva del órgano genital masculino en ella importa un ataque a la integridad sexual (libertad y la dignidad de la misma índole) de igual tenor que el que provoca la penetración vaginal o anal.

De otro lado, debe considerarse que las "vías" son las que pertenecen al cuerpo humano, es decir los conductos "naturales" del sujeto pasivo con capacidad para albergar el miembro sexual masculino, quedando por fuera del concepto "vía" las cavidades artificiales de excepción, tal como lo sería una herida abierta. Excepcional y distinto resultaría el caso en que la cavidad artificial fuera creada quirúrgicamente para satisfacer apetencias sexuales (como sería el caso de un sujeto transexual), supuesto en el cual, no podría soslayarse el análisis tendiente a establecer si una cavidad corporal así lograda se presenta como un equivalente a la vía vaginal, situación que por ser ajena al presente caso no resulta menester abordar y desentrañar ahora.

Entonces y en lo que aquí interesa, debe concluirse en que la introducción del miembro viril masculino en las cavidades pertenecientes al cuerpo humano susceptibles de albergarlo en los términos antes explicados -vía- (vagina, ano y boca), superando el simple contacto o fregamiento con los planos más exteriores del cuerpo, constituye el acceso carnal que prescribe el tercer párrafo del art. 119 del Código Penal, según ley 25.087.

Por lo dicho este planteo ha de ser por mi parte rechazado.

Por lo demás tampoco pueden tener andamiaje los cuestionamientos que se formulan en torno a la dosificación reproche.

No viene evidenciado por el recurrente ni emerge por sí mismo que la pena de doce años de prisión impuesta al encartado resulte desproporcionada o excesiva.

Adviértase que el recurrente no logra demostrar la falta de proporcionalidad invocada, bastando mencionar sobre el punto que la sanción aplicada se ubica dentro de la escala penal prevista para el delito de abuso sexual con acceso canal agravado (art. 119, párrafos primero, tercero y cuarto inc. “f” del CP), monto al cual el Tribunal de Juicio arribó luego de tener en cuenta, con valor diminuyente, la carencia de antecedentes condenatorios y el buen concepto vecinal, y computar como agravantes la extensión del daño causado y la edad de la víctima.

Tal como lo he sostenido en ocasiones anteriores los Magistrados de juicio poseen la facultad de seleccionar el “quantum” punitivo a imponer siempre que se ajusten a los parámetros impuestos en la escala aplicable, desde que el sistema de atenuantes y agravantes establecido por los arts. 40 y 41 del C.P. no se traduce en aumento o disminución de cantidades fijas de pena, pues el art. 41 señala una serie de pautas según las cuales el Juzgador debe fijar la pena dentro de los límites de la escala penal sin quedar sujeto a moldes tasados, siempre que tal operación, reitero, respete los límites impuestos por la escala, con lo que el tramo de la queja que discute genéricamente el monto de pena impuesto no puede tener acogida favorable. (Conf. causa N° 2703 “Santos Olguín”. Sent. 06/05/03. Reg. 246, entre otras).

Tampoco puede ser receptado favorablemente el reclamo encaminado a lograr la casación de la aumentativa vinculada con el efecto psicológico causado en la víctima, sustentado en que no habría sido acreditado.

Es que, ello se desprendió de lo dictaminado por las Licenciadas A. y R. quienes informaron sobre las secuelas de orden psíquico que detectaron en la víctima como consecuencia de los abusos vividos, todo lo cual, llevo a la primera de ellas a aconsejar sobre la importancia de que la niña efectúe un tratamiento a los fines de atenuar los efectos traumáticos de los hechos denunciados.

Siendo así, la corrección de la operación valorativa desarrollada por los magistrados queda confirmada por el hecho de que se vincula con la extensión del daño causado, contingencia específicamente citada en la norma que se reputa

erróneamente aplicada (Art. 41 del C.P.), con lo que la insuficiencia del planteo queda aún más patentizada.

Por otro parte, debe destacarse que, en ausencia de un adecuado desarrollo de parte de la impugnante y en cuenta de la calificación jurídica propiciada en el fallo, no se verifica vulneración al principio “ne bis in idem” pues, la figuras aplicadas al supuesto en examen en modo alguno contemplan las circunstancias aludidas que se vinculan con el daño generado en el ámbito psicológico, como si lo hace el inciso “a”, no seleccionado en este caso.

Del mismo modo no importa una doble valoración prohibida la ponderación como agravante de “...la corta edad de la niña...”, por las menores posibilidades de resistencia, y por resultar más vulnerable y permeable para el enjuiciado llevar a cabo su propósito.

Es que, no se verifica vulneración al principio referido pues la prohibición de doble valoración no encuentra operatividad en los casos en que el juzgador valora como agravantes circunstancias que, más allá de estar contenidas en el tipo penal, a su vez, admiten una particularización indicadora de una mayor o menor gravedad del contenido injusto de la conducta. Así, el principio no puede reputarse operativo cuando la circunstancia tomada en cuenta por el tipo admite una particularización cuantificadora dentro de la misma escala agravada o atenuada, como sucede, en el presente caso en que el tipo penal aplicado agrava la pena en los casos en que la víctima resulta ser un menor de dieciocho años de edad, pudiendo entonces la pena individualizarse, a su vez, de acuerdo a la edad concreta de la víctima que siempre va a estar comprendida entre los 0 y los 17 años.

En supuestos como el de autos no hay doble valoración, pues la ley establece una escala penal determinada por la circunstancia genérica de ser la víctima menor dieciocho años, dentro de la cual el juzgador podrá establecer la pena, en el caso en particular, en atención a la edad puntual de la víctima dentro de esa escala posible (o a 17), admitiendo por ende una mayor particularización que puede validamente evaluarse a la hora de establecer la pena concreta.

Por otro lado, la defensa se contenta con señalar de manera genérica que esa valoración constituyó una doble valoración de una misma circunstancia integrativa del tipo en cuestión, pero sin efectuar una crítica concreta en el caso puntual al razonamiento sentencial transcrito previamente, el que encuentro por otro lado que ha sido correcto, pues tuvo para ponderar aquella circunstancia el particular estado de indefensión de la menor. Esa indefensión puede presentarse con diferentes intensidades en cada caso concreto, con lo que es correcto afirmar que a mayor grado de indefensión (vinculado estrechamente con las posibilidades con las que cuenta la víctima de acuerdo a su edad concreta) habrá un mayor contenido injusto, siendo entonces adecuado valorar ese “plus” como una pauta que implique un aumento del monto de pena a imponer.

Cuando el legislador establece escalas penales para cada delito y no penas fijas, ello guarda relación con el hecho de que si bien varias conductas pueden encuadrar en un mismo tipo penal, cada hecho concreto es diverso en calidad e intensidad y especialmente en su contenido injusto y en la culpabilidad evidenciada por el sujeto.

En virtud de ello es que se establecen en los arts. 40 y 41 del C.P. una serie de parámetros para que el juez tome en cuenta a la hora de determinar la pena aplicable al caso concreto y así adecue la norma que es de carácter general al caso específico.

En ese orden de ideas la valoración del mayor estado de indefensión de la víctima, guarda estrecha relación con las circunstancias previstas en el art. 41 inc. 1ro. del C.P. que alude a la naturaleza de la acción.

Por último corresponde rechazar la queja por medio de la cual se pide que sean computadas como atenuantes de la pena las secuelas psicológicas del imputado.

Advierto que el agravio queda a mitad de camino, porque no demuestra, más allá de afirmaciones genéricas, que las circunstancias esgrimidas deban, en el caso concreto, operar como atenuantes.

En efecto, las circunstancias que se pretenden atenuantes del reproche dependen, para tener dicho efecto diminuyente, en cada caso en puntual, de la demostración de que concreta y efectivamente han pesado en la culpabilidad del sujeto, disminuyéndola, lo que no puede lograrse si no se las vincula con el hecho concreto que se endilga.

A partir de esas insuficiencias, este aspecto del reclamo debe ser asimismo descartado.

Por todo lo hasta aquí expresado, entonces, propongo que se dicte pronunciamiento rechazando el recurso intentado, con costas (Arts. 40, 41, 119 párrafos primero, tercero y cuarto inc. "f" del C.P. y 1 –a contrario- 106, 102 bis, 209, 210, 366, 373, 448, 530, ss. y ccdtes. del C.P.P.).

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del doctor Mancini en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Vista la forma como han quedado resueltas las cuestiones votadas en el acuerdo que antecede, corresponde que este Tribunal dicte la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal

R E S U E L V E:

RECHAZAR el recurso interpuesto por la defensa de **C. E. V.** contra la sentencia emanada del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 4 del Departamento Judicial San Martín en la causa Nro. 2801, en atención a los argumentos expuestos en el desarrollo de la cuestión planteada. Con costas en esta instancia (Arts. 40, 41, 119 párrafos primero, tercero y cuarto inc. "f" del C.P. y 1 –a contrario- 106, 102 bis, 209, 210, 366, 373, 448, 530, ss. y ccdtes. del C.P.P.).

Número único 15-00-014584-09.

Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal, y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

FDO.: JORGE HUGO CELESIA – FERNANDO LUIS MARÍA MANCINI

Ante mi: Gonzalo Santillán