

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

En la Ciudad de Viedma, Capital de la Provincia de Río Negro, a los 11 días del mes de noviembre del año dos mil veintidos, se reúne en Acuerdo el Tribunal de Juicio integrado por los Jueces Penales, Dres. Carlos Reussi, Ignacio Gandolfi y Marcelo Alvarez, presidido por el primero de los nombrados, para dictar sentencia en el legajo nro. MPF-VI-01614-2021, caso rotulado “M.J.L. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL”, debatido en audiencia los días 20 y 21 de septiembre del corriente año, en la que intervinieron por el Ministerio Público Fiscal la Fiscal del caso Dra. Mariana Giammona, junto a la Fiscal Adjunta, Dra. Giorgina Amaro, y por la Defensa técnica del imputado, el Dr. Damian Torres; en la causa seguida contra J.L. M., argentino, D.N.I. (...), instruido, nacido en Viedma el 14.09.72,

hijo de (...) y (...), soltero, empleado público,

domiciliado en (...) de Viedma, por los

hechos por los que fuera acusado en los siguientes términos: "Se le atribuye a J. L. M. haber sido quien en la ciudad de Viedma en época de otoño invierno del año 2013 en fechas no precisada exactamente, pero en días de semana de lunes a viernes, en horarios de tarde y noche, entre las 17.00 y las 20.00 hs., en el interior de su departamento sito en calle (...), en reiteradas ocasiones durante aproximadamente 3 semanas

abusó sexualmente de su sobrina C.L. M. cuando ésta tenía entre 12 y 13 años de edad, en momentos en que J.L. M. quedaba a su cuidado luego de los entrenamientos de fútbol que éste le daba para la escuela de fútbol barrial (...) de Viedma como profesor, y ocasionó un grave daño en la salud mental de C.. En su accionar, luego de los entrenamientos, J.L. M. quedaba a cuidado de su sobrina C. M. y la llevaba a su casa en (...), primero hacía acostar a C.con la excusa de su relajación en uno de los sillones, luego

comenzó a recostarse detrás de la niña, comenzó a tocarle la vagina por debajo de la ropa, mientras se masturbaba y eyaculaba, y luego la hacía limpiarse. En días posteriores luego de hacer lo mismo, le hizo tocar su pene a la niña y ante la negativa de C. le tomó la mano y se la puso sobre su pene. En otra ocasión J.L. M. le sacó la ropa a la niña, le hizo poner una tanga que éste tenía guardada en un mueble, la acostó en su cama, la besó, le abrió las piernas y la accedió con la punta del pene vía vaginal pero ante el dolor manifestado por C. no completó el acceso, luego eyaculó y lavó a la niña. La última vez, M. accedió con la punta de su pene vía anal a C.M., generando dolor en la niña, luego eyaculó sobre ella y la limpió”.

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

Los hechos fueron calificados legalmente como “Abuso Sexual con Acceso Carnal Agravado por la Guarda y por haber provocado un Grave Daño en la Salud mental de la víctima en calidad de delito continuado” conforme los artículos 45, 119 3er y 4to párrafo inc a) y b) del Código Penal.

I. ALEGATOS DE APERTURA:

La Sra. Fiscal del caso principió su alegato manifestando que M. ha estado a cargo de una niña y la abusó. C.M. hizo la denuncia contra su tío. Los hechos sucedieron en un período de tiempo que ubicó entre el otoño y el invierno de 2013, de lunes a viernes y en un horario que precisó entre las 17 horas y las 20 horas. Agregó que los hechos sucedieron en el domicilio de (...). Se trata de hechos reiterados de abuso sexual de C.M. de 12 o 13 años de edad mientras el agresor la tenía a cargo después de entrenar fútbol. Primero fueron tocamientos, después masturbación y el agresor eyaculaba, le hizo tocar su pene, la accedió vaginal y analmente sin completar el acceso.

Seguidamente especificó el contenido de las convenciones probatorias, ello en los siguientes términos:

A) J.L. M. en 2013 vivía sólo en el domicilio sito en calle (...) de Viedma.

B) C.L. M. el 5 de junio de 2013 cumplió 13 años.

- C) C.L. M. entrenaba fútbol femenino en el año 2013.
- D) J.L. M. es tío materno de C.L. M..
- E) Que C.M. cursó séptimo grado en la Escuela (...) del Barrio Ceferino de Viedma en el año 2012 en horario de 13 a 17 horas.
- F) Que el SUM de la Escuela N° (...) del Barrio Ceferino era utilizado para actividades deportivas del Municipio y de otras instituciones fuera del horario escolar
- G) Que C.M. cursó en la Escuela (...) de Viedma primer año en el año 2013, segundo año en el año 2014 y tercer año en el año 2015, año que no completó permaniendo en ese año escolar hasta 2017.
- H) Que en la Escuela N° (...) no se encontraron actas que dieran cuenta del cambio radical de comportamiento de C.M., y que las preceptoras de la escuela refieren que C.M. siempre fue introvertida y que no se evidenciaron cambios en su conducta.
- I) Que en el periodo 2013/2017 C.M. presentaba bajo rendimiento escolar y requirió acompañamiento de la institución (Escuela N° 141) y no intervino el ETAP.
- J) Que E. G. y N. H. eran las directoras técnicas del equipo de

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

fútbol femenino (...) entre los años 2012 y 2013.

K) Que C.M. entrenaba en el SUM del Barrio 1016 viviendas y también en la ex cancha de fútbol del Club San Martín ubicada en al barrio jardín sobre la Ruta 3. Concluyó la Fiscal afirmando que culminará el juicio probando que M. es autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por haber ocasionado un grave daño en la salud y por la guarda, en los términos de los arts 45, 119 inc. 3 y 4 incs. a y b del Código Penal.

A su turno el Dr. Torres manifestó que solo discutirá que la denunciante no quedaba a cargo de su asistido, que el hecho no produjo un grave daño en la salud de la víctima y que no hubo acceso carnal consumado. Que se trata de un abuso sexual simple o una tentativa de acceso carnal.

II. PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

A lo largo del debate se produjo la prueba testimonial de acuerdo a las reglas dispuestas en el art. 177 CPP compareciendo los siguientes testigos ofrecidos por la Fiscalía: C.L. M., A. M., N. A. M., M.

S. M., V. C. F., S. C. C., E. M.

G. y M. P.; y por la Defensa M. A., A. E. C., D.

B. y G. M.; los que brindaron su testimonio luego de prestar juramento de decir verdad conforme el art. 179 CPP.

III. ALEGATOS DE CLAUSURA:

Cedida la palabra a la Sra. Fiscal del Caso, la Dra. Giammona sostuvo que M. no reparó en la niñez de C., ni en su deseo. Señaló que la Defensa afirmaba que no fue una penetración total, que fue una tentativa de acceso carnal o un abuso simple. En la doctrina ha quedado vieja esa discusión. Avances, nuevas miradas, reformas a la ley de fondo (ley 25087), aún antes se entendía por acceso carnal que era la introducción del órgano masculino. Luego la ley contempla otras formas de acceso, distintas. Acceso carnal como definición vieja era la introducción aunque imperfecta. Argumenta que la Defensa dice que un acceso no completo es tentativa,

sin

importar

la

intensidad

de

la

penetración.

Destaca

que

la

jurisprudencia antigua habla del coito vestibular. Remarca que la defensa insistirá en que no hubo pericia física de la víctima y ello así porque después de 10 años ello carecía de sentido. Insistió afirmando que ningún sentido tenía analizar los genitales de C., una mujer mayor, con actividad sexual. La decisión fue no hacer tal pericia por innecesaria, era revictimizante. Ningún sentido tenía someter a C.a ese examen y, además, la evidencia y los resultados que podría haber arrojado, eran poco fiables. Concluyó nuevamente que no tenía sentido.

Afirmó

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

que el Dr Manzo dijo que esa evidencia era importante, trascendente. Que las causas de las lesiones son variadas, entonces la existencia de lesión sería de etiología dudosa. Refirió la posibilidad de que se concretara otra hipótesis: se hacia la pericia y no había signos o lesiones físicas, esto no hubiera invalidado la existencia del abuso, ni el relato de la victima. Afirmó que en la actualidad existe la interdisciplina y ese es un concepto que no manejó el Dr. Manso. Manifestó que el Dr. Manso no es un testigo experto, no maneja el concepto de interdisciplina, no es ginecólogo, no es pediatra, no es experto. Respecto de la calificante que reclama para el hecho imputado y que guarda relación con la salud mental de C., sostuvo que la víctima se odió, tuvo intentos de suicidio, problemas en la escuela, ataques de pánico, ansiedad, dejó el fútbol. Que intentó volver a la actividad, pero la evitó porque veía a su tío y pensaba que algo malo le iba a pasar. Que además tuvo o padeció una dificultad para conciliar el sueño. Narró que C.contó que debía dormir con varias almohadas, que fue derivada a la psiquiatra. Especificó que lo destacado surge del testimonio de la psicóloga tratante y lo dicho por la madre

de C.. Destacó que la pericia confirma la existencia de estrés postrauma, que habla de una personalidad depresiva asociada a los hechos, síntomas todos vinculados al hecho investigado. Concluyó que C. presenta una personalidad de signo depresivo asociado al hecho, según interpreta la psicóloga forense. En otro orden, sostuvo la Fiscal que tanto la madre como la madrina de C. dijeron que C. se quería matar. Que su amigo E., dijo que C. se quería tirar del puente, estaba triste, se quería cortar las piernas. Afirmó que tales consecuencias estaban asociadas a la entidad y modalidad del abuso que sufrió C.. Que la joven fue llevada a la casa de su tío, allí la hacía recostar para relajarse, allí la tocaba. Que también fue llevada por su tío a la habitación, le hizo poner una bombacha y la penetró pese a que ella le decía que le dolía. Destacó seguidamente la Fiscal que a criterio de la defensa existía una contradicción en los dichos de C., desde que en la denuncia dijo que su tío había intentado penetrarla. Continuó indicando que lo que dijo C. fue que le introdujo la punta del pene. Que C. dijo: “intentó” porque la descripción refería a la punta del pene y no todo el pene. Que M. la penetró analmente con su pene, eyaculó sobre la víctima, se hacía tocar sus genitales. Y que esto fue lo que C. le contó

a

A.: Que la hacía recostarse en el sillón, se acostaba detrás de ella, la tocaba, que lo hizo tocarlo, que después la llevó a la habitación, que le hizo poner una ropa de mujer adulta, que le puso el pene en su vagina, se lo introdujo y que también lo había hecho por atrás, por el ano. Que A. le contó a la mamá de C. en

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

similares términos. Que ello así porque a C. le cuesta contar estos episodios, es introvertida. Continuó la Fiscal del caso, afirmando que todas las agresiones se sucedieron con posterioridad a los entrenamientos del fútbol femenino a los que concurría C. y también su tío. En otro orden, afirmó la Fiscal que A. y

Á. contaron también las circunstancias de develación y que especificaron cuál fue la actitud con posterioridad hasta llegar a la formulación de la denuncia. Continuó sosteniendo que la licenciada Cerdera Furlani, dijo que analizó el testimonio de C., para ver si existían factores que pudieran incidir o alterar la exactitud de los recuerdos. Que, según afirmó la profesional, no se hace un test de fiabilidad, ello por la edad de C.. Que sí en cambio, se pudo vincular el testimonio de C. con factores externos y concluyó en la inexistencia de los mismos. Sostuvo que después de 10 años, el transcurso del tiempo, incide en el relato. Que las diferencias pueden ser en cuento a detalles o datos periféricos. Destacó que C. hizo referencia al contexto de las agresiones que sufriera: que tenía 12 o 13 años, jugaba al fútbol, actividad a la que concurrió convocada por su tío J.L.. Que J.L. luego se ofreció para entrenarla. Que Á., su mamá, no podía llevarla. Que entonces le encomendó esa tarea a su hermano, J.L.. Que Á. trabajaba hasta las 20.30 aproximadamente y contó que en alguna ocasión fue a la casa de J.L. con sus hijos pequeños a mirar una película. Que Á. le confiaba el traslado de C. a J.L.. Que Á. describió la casa de J.L. y la existencia de un sillón, lo que resulta conteste con lo dicho por C.. Que J.L. vivía solo en ese lugar. Que según catalogó A., J.L. era confiable, diez en confianza. Que entre Á. y J.L. no había conflictos previos, no existía ninguna razón por la cual pudiera pensarse que C. o Á. pudieran querer perjudicar a J.L.. Que todos en el club sabían que J.L. y C. eran parientes. Que los veían en los entrenamientos, en la preparación física y en los partidos. Que nadie negó que M. estuviera vinculado al club. Que G. dijo que M. era el tío de la niña y lo mandaban a buscar a C. cuando no llegaba. Que los testigos de la defensa no pudieron afirmar la forma en que C. se retiraba de los entrenamientos. Continuó afirmando que lo cierto es que C. quedaba a cuidado de J.L. luego de los entrenamientos. C. también lo dijo, no había poder u orden escrita, solo era un adulto que cuidaba a una niña, se trataba de una situación temporal específica. Destacó que, aunque por un corto período de tiempo, C. quedaba a cargo de su tío. Concluyó que se está ante un abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda y por haber provocado un grave daño en la salud de la víctima, en calidad de delito continuado

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

y como autor, todo en los términos de los arts. 45 y 119, párrafos 3° y 4° inc. a y b del Código Penal. Resaltó que el acceso carnal, aunque incompleto, debe ser considerado como un acto consumado y no requiere el ingreso del pene en su totalidad, ni eyacular. Que C.lo dijo y su prima también, en forma concordante, porque el contexto quedó acreditado con tales testimonios, porque ocurrieron en Viedma, en el domicilio del imputado y en un lapso temporal de un mes o tres semanas, porque la gravedad de las agresiones fue progresiva. También aseveró que la guarda provisoria también concurre en el caso, se encuentra configurada. Que el imputado tenía una persona a su cuidado. Que la guarda puede ser momentánea o transitoria, consistir en una situación jurídica o de hecho y lo importante es que la relación de cuidado puede ser transitoria o permanente hacia el sujeto pasivo. Citó a Figari. Delitos Sexuales TI y pag 153/154. Ed. Hammurabi. También citó el precedente Maradona, Sentencia N° 105;, el caso Lemmi, causa 709/21, caso en que siempre se ha condenado utilizando la agravante de la guarda. Respecto del daño en la salud mental de la víctima, sostuvo la Fiscal que quedó acreditado que existió un grave daño en la salud de C., ello en tanto se determinó dificultad para proyectarse a futuro, en la vida laboral y académica. Que C.padece dificultades para dormir, fue derivada a un psiquiatra, síntoma que no es nuevo. También que tiene pesadillas. Que adolece de alteraciones cognitivas, ideación suicida. Que se cortaba, según lo afirmaron Cerdera y S.. C.dijo que hacia cosas feas. Que la vida es una mierda, que se iba a tirar del puente, que estaba depresiva. Sostuvo que la lesión grave a la que hace referencia la norma del Código Penal no contiene una definición estricta. Que no está dicho que haga referencia a la caracterización de las lesiones contenidas en los arts. 90 y 91 del CP. Que entonces su concurrencia se determina en base al criterio del Tribunal. Que en doctrina se señala el aporte de un gabinete técnico que orientará al Juez. Que ello no obstante destacar que las conclusiones periciales no son vinculantes, pero es información útil. Que la agravante no exige que la persona tenga actitud dolosa de causar ese daño, puede ocurrir ante una acción culposa. Que Cerdera Furlani hizo mención de la personalidad depresiva y del trastorno de estrés postrauma

detectados en C.. En otro aspecto sostuvo que se trata de la modalidad de delito continuado. Explicando que conforme Esteban Righi, Derecho Penal parte general pag 566: existen razones prácticas para así calificar este tipo de hechos, pues se trata de varias acciones que infringen la misma norma o distintas normas pero que responden a un mismo bien jurídico tutelado. Son acciones ejecutadas con un único propósito, idénticos requisitos del tipo objetivo y subjetivo entre cada una

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

de las conductas endilgadas. En razón de ello, continuó, la doctrina propicia la aplicación de la escala penal del hecho más grave, solicitó que se declare penalmente responsable a J.L. M. por los hechos mencionados

y por el

delito recientemente especificado.

Por su parte, el letrado Defensor, Dr. Damian Torres inició su alegato planteando un interrogante: está probado el hecho de abuso sexual con acceso carnal?. Aclarando que teniendo en cuenta la exigencia de un análisis con perspectiva de genero, indicó que en distintos precedentes del Superior Tribunal de Justicia de ésta provincia se dispone la necesidad de eliminar estereotipos, actuar e intervenir libres de prejuicios (cita la sentencia 144 del 26.9.18 del STJ). Sostuvo que en ninguno de tales precedentes se ordena evitar se realicen los exámenes a la víctima. Volvió a plantearse a modo de interrogante: hay lesión de larga data, en himen o en la región anal?. Se ha efectuado examen?. A lo que contestó: no se ha hecho nada, no hay informe médico, ni historia clínica. Concluyó indicando que acreditar estos extremos resulta vital, que esa información es trascendental, es necesaria. Continuó indicando que nunca se le preguntó a C.si tenia relaciones sexuales con habitualidad. Manifestó que el dato fue aportado por la Psicóloga Furlani quien dijo que C.tenía relaciones sexuales. Como consecuencia de lo analizado terminó sosteniendo que el primer dato objetivo es que no se sabe si

existe lesión vaginal o anal. En la continuidad del alegato refirió que resulta sabido que en estos hechos el testimonio de la víctima es la prueba fundamental. Que el marco probatorio se completará con indicios internos o externos. Que se hará análisis del testimonio. Se preguntó si el relato de C.evidencia fallas? Cita el precedente Quintero en el que se describe la cuestión vinculada a la coherencia interna y externa del relato (Se. 175 del STJ). Se preguntó que dijo C.al momento del develamiento?, si se había analizado la credibilidad del testimonio de la joven. Luego refirió que al momento de formular la denuncia penal ella habló de intento de penetración, no completitud. En la audiencia de debate dijo que hubo una penetración completa. Destacó que C.en fiscalía dijo otra cosa. Destacó la contradicción y concluyó en que el relato tiene fisuras. Continuó afirmando que el relato no evidencia coherencia interna. Luego analizó que según

A. M.,

C.no le brindó detalles de los hechos; lo propio respecto del testigo Estéfano y la testigo M. M.. Afirmó que a la única persona a la que C.le contó los sucesos fue a A. M.. Afirmó que la sintomatología de estrés postrauma no se relaciona con un hecho de abuso sexual determinado. Atribuyó la afirmación a la licenciada Furlani. Citó los precedentes “Mustafa” (Se del TI del 5.8.22) y Se 140 /

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

16 STJ sobre verosimilitud del testimonio de la víctima. Destacó que el hecho no describe lo que la víctima narró en relación al agravamiento de las circunstancias. Aclaró que no dudaba sobre que no se haya producido el acceso, sino si está probado el mismo. Seguidamente analizó la concurrencia de las agravantes, en relación a la guarda, destacó que se requiere una determinada calidad en el autor. Afirmó que según Donna la situación irregular de guarda no es suficiente para cumplir con los requisitos objetivos de la agravante. Afirmó que la niña solo estaba al cuidado momentáneo de su tío. Resaltó que la testigo Guzman dijo que se iba y

volvía sola. Que en el club no existía una orden para que C.se fuera con determinada persona. Que la testigo afirmó que C.se retiraba con su tío los fines de semana, cuando había partido, pero que ese extremo no está intimado en el hecho atribuido a M.. Que los testigos Cayu y Aguiar dijeron lo mismo. Respecto del daño en la salud física de la víctima, estimó el letrado que no se configuraba por ausencia de prueba. Manifestó que Donna exige un plus, mayor a un normal daño. Indicó que no se ha determinado una relación de causalidad entre el hecho y el daño y que en el juicio quedó claro que existían rasgos de la personalidad que eran típicos de C., existentes incluso antes de los hechos investigados. Los testigos hablaron de una persona tímida a la que le costaba socializar. Remarcó la inexistencia de una pericia para determinar los daños y, eventualmente, las causas, la etiología. Afirmó que el estado de ansiedad de C. guardaba relación con el inicio del juicio y no con lo por ella sufrido. Reiteró que no se acreditó ninguna cuestión o consecuencia médica. Resumió indicando que se estaba ante un relato con fisuras. Que el relato fue modificado a lo largo del tiempo, no tiene coherencia interna ni externa. Que no hay evidencia externa física médica, el estrés se puede deber a cualquier razón, no hay certeza para condenar. Concluyó pidiendo por aplicación del beneficio de la duda, se califique el hecho como abuso sexual simple o acceso carnal en grado de tentativa, en los términos de los arts. 119 párrafo 3ro y 42 del CP.

Cedida que le fue la última palabra al imputado en los términos del art. 187 in fine CPP dijo que no hará uso del derecho que le confiere la Ley.

Finalmente se declaró cerrado el debate pasando de inmediato el Tribunal a deliberar en sesión secreta conforme lo manda el art. 188 CPP y habiéndose dictado el veredicto, se dispuso diferir la lectura hasta el día de la fecha en consonancia con las disposiciones del art. 190 CPP y arts. 1 y 3 de la Acordada 6/18-STJ.

IV. FUNDAMENTOS

Encontrándose el Tribunal en condiciones de resolver, se realizó el sorteo de

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

votos, estableciéndose el siguiente orden: Dr. Marcelo Alvarez, Dr. Ignacio Gandolfi, Dr. Carlos Reussi. El Dr. Marcelo Alvarez dijo:

1.-Oída la totalidad de la prueba testimonial producida, y detalladas las posturas ensayadas por las partes en sus alegatos de clausura, anticipo que a mi juicio la Fiscalía ha demostrado con suficiencia todas las proposiciones fácticas de su teoría del caso definidas al inicio y a cuya reseña me remito íntegramente en honor a la brevedad, a excepción de aquellas que aluden a la concurrencia de una de las agravantes que ha elegido a la hora de subsumir jurídicamente el hecho en reproche. Se hace referencia específicamente a la agravante consistente en un daño grave en la salud de la víctima. Con la salvedad efectuada, se tiene así por demostrado el evento enrostrado y la responsabilidad penal del imputado, por las razones que paso a desarrollar.

Inicialmente indicaré que en nuestro ordenamiento procesal rige el principio de libertad probatoria (art. 165 CPP), a partir del cual los hechos se pueden probar por cualquier medio siempre que no se vulneren garantías constitucionales, y que el sistema de valoración de la prueba de la sana crítica racional (art. 188 CPP), faculta a los jueces a meritar libremente las pruebas de acuerdo a su convicción y a las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común, no existiendo límites preestablecidos ni reglas que impidan tener por acreditado el hecho mediante el testimonio de la víctima, cuyo valor debe tenerse especialmente en cuenta en este tipo de casos. Principalmente porque los hechos de esta naturaleza son, por lo general, llevados a cabo en ámbitos de intimidad y confianza excluidos de la mirada de terceras personas de modo entonces que ese relato en los delitos contra la integridad sexual, se erige en determinante a los fines de la reconstrucción histórica del evento. Es así entonces que para apreciar este tipo de sucesos que por lo general se consuman en la esfera de la privacidad, las declaraciones de las víctimas, sumadas a la incorporación de indicios relevantes, asumen fundamental preponderancia.

Igualmente, adviértase que en casos como el presente, la joven se encuentra bajo el amparo de la normativa de la Convención De Belem Do Para que en su art. 7 fija las obligaciones asumidas por los Estados, entre ellas la de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” y “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección,

un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”. A su vez, la ley

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

26485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales en su art. 31 prescribe que “regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes”.

La Fiscalía inició su tarea de reconstrucción histórica de los hechos con la declaración testimonial de C.M.. Esta resulta ser una prueba esencial tal como lo sostuvo la Corte IDH: “...la declaración de la víctima es prueba fundamental sobre el hecho...” (CIDH, caso Fernández Ortega y Otros vs. México, Sentencia del 30.08.10, Serie C N° 215, párrafo 100). Dijo la joven que a los 13 años sufrió un abuso sexual por parte de su tío.

Que la penetró, que ella le dijo que no porque le dolía y él lo hizo igual. Que la volvió a acceder, después la mando al baño para que se lave, le hacía tocarle los genitales. Afirmó que cuando esto ocurría, ella tenía 13 años porque fue el año que inicio la secundaria (a la mañana) y ya tenía su ciclo menstrual. Que llegó a futbol por su tío que le dijo que había un club “las millo”; que con ellas entrenaban de 15.30 a 17.00 horas. Narró que después su tío se ofreció a entrenarla sola, en un horario que estableció entre las 17 a 18 horas. Que el agresor era su tío con quien se llevaba bien, tenían en común el gusto por el fútbol. En otro orden, afirmó que su mamá trabajaba en limpieza y que durante un tiempo la llevo a entrenar, pero que después comenzó a trabajar en horario de tarde y ya no podía llevarla al entrenamiento de fútbol. Que entonces su tío se ofreció a llevarla. Que después de entrenar la llevaba a su casa. Que fue ahí que sucedieron los hechos que denunció. Que fueron cuatro hechos en un mes. Que después no entrenó mas. Que le mintió a su madre sobre las razones, diciéndole que el equipo se había disuelto. Que con

posterioridad a las agresiones no salía de su casa, no veía a nadie, tenía depresión, que tenía ideas sobre cómo intentar suicidarse, que tuvo problemas de salud, que comenzó a irle mal en la escuela. Añadió que se sentía culpable, se preguntaba el porqué le había pasado todo esto. Que sufrió y sufre de ansiedad, pánico, que no puede volver a jugar, que no puede volver a entrenar. Que las agresiones sufridas se las contó a A.. En relación a los abusos dijo que la primera vez fue vaginal, le hizo probarse una bombacha, le decía que lo difícil era que entrara la punta del pene, que el resto era fácil. Que ella le dijo que le dolía y el igual lo hizo, que paró sólo después de eyacular. Que en el otro suceso no le importó que le doliera o no le

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

gustara fue cuando la penetró analmente con su pene, que lo hizo a la fuerza. Que no logra dormir bien, que tiene pesadillas, que usa un respaldo porque necesita saber que está sola, que no tiene a nadie detrás. Que comenzó a ir al psiquiatra y toma pastillas para la ansiedad. Que al momento de los hechos estaba al cuidado de su tío, le daba entrenamiento, lo último que realizó como integrante de “las millo” fueron los intercolegiales, cree que eso fue en septiembre u octubre, época en que ya no entrenaba con las millo, sino sólo con su tío. A preguntas que le fueron formuladas, aclaró que en la denuncia dijo que su agresor “intentó” accederla vaginalmente y que en la Fiscalía dijo que fue penetrada anal y vaginalmente. Especifica que él intentó, ella le hizo saber que le dolía. Que él paró y luego le introdujo la punta del pene en la vagina.

Resumiendo, C.narró cuatro hechos de abuso que se desarrollaron en un período de un mes y en el interior de la casa de su tío, lugar al que concurría luego de los entrenamientos de fútbol en razón de que su mamá no podía buscarla porque trabajaba en ese horario. Especificó que consistieron en accesos carnales vía anal y vaginal.

La primer fuente de corroboración del contenido de la declaración prestada por C.surge de las conclusiones periciales que aporta la Lic. Valeria Cerdera Furlani. La nombrada dijo que es Psicóloga del Cuerpo de Investigación Forense

desde 2016. Indicó que evaluó a C.M., su relato, factores de exactitud, sus conflictividades, la presencia del estrés post trauma. Que lo hizo en el Cuerpo de Investigación Forense, primero entrevistando a la víctima, leyendo el legajo, y aplicando técnicas para determinar la presencia de estrés post trauma. Que en la pericia participaron la peritada y la dicente, en forma presencial. Que la psicóloga de parte no estaba presente. Que posteriormente le dijeron que (esa parte) quería ver el protocolo, o grilla escrita a mano en la entrevista. Que evaluó si había factores que influenciaran en el recuerdo. Que ello remite a ver la veracidad del testimonio. Que credibilidad del relato no se puede aplicar por la edad de la peritada. Que sí se analizó si había factores inconscientes sobre el relato, modificándolo. Que las facultades estaban conservadas, con capacidad para declarar, y sin tratamiento psicológico presente, o sea no había factores que afectaran el recuerdo de C.. Sobre los antecedentes personales, se analizó su contexto familiar, escolar, social. Que C.sabía por qué estaba ese día allí, vinculó su presencia y la pericia con los hechos denunciados y sobre la conducta de tu tío que la había obligado a tener relaciones sexuales en más de una ocasión. Que C.no contó mucho, que estaba angustiada. Que no se observaron alteraciones

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

en el curso del pensamiento, estaba depresiva, habló de ocasiones en que quiso hacerse daño. Sobre el estrés post trauma, indicó la profesional que aplicó una escala del DSM V, que se va completando durante la entrevista, que en el caso de C.advirtió intrusiones sobre el sueño, reacciones fisiológicas, evitación, alteración del área afectiva, como otra consecuencia la circunstancia de pasar tiempo sin comer. Que todo ello configura un deterioro en su vida, con afectación de su capacidad de vida. Que la presencia de tales indicadores permite concluir en el diagnóstico de estrés post trauma. Que la escala parte desde el hecho, y de allí se analiza qué síntomas están presentes en relación al hecho, se refieren al hecho en cuestión, independientemente de la personalidad del peritado. Que el stress post trauma afecta el área afectiva, pero en su caso era un poco más: el quererse morir,

el no querer seguir, la incertidumbre sobre qué le sucedería, fueron consideradas características de la personalidad de C., ahondadas por los hechos sufridos. Amplió al sostener que le sugirió a C. que hiciera tratamiento psicológico y que ello fué plasmado en el informe. Sobre la esfera psicosexual, no hubo encuentro de factores que la alteraran, podía tener pareja, no había factores que la afectaran.

De lo declarado por la profesional se extrae que no se determinó la concurrencia de factores que pudieran incidir o afectar el relato que C. brinda sobre los hechos que sufrió. A la vez, la perita concluye en la existencia de estrés post trauma, el que se evidencia a través de intrusiones sobre el sueño, reacciones fisiológicas, evitación, alteración del área afectiva, etc.

Obvio resulta -y sin embargo corresponde señalarlo- que las conclusiones periciales adquieren una singular trascendencia en este tipo de hechos en los que no existen testigos presenciales de su acaecer; y ello así, porque coadyuvan a confirmar o desvirtuar la versión que brinda la víctima.

En ese sentido nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que “(...)este Cuerpo tiene dicho (STJRNS2 Se. 140/16, entre otras) “que en este tipo de delitos \entre paredes\’ generalmente la prueba de la autoría del imputado tiene su fundamento principal en la declaración de la propia víctima, pero esta debe encontrar corroboración en prueba indiciaria conteste, que le provea de modo independiente certidumbre a lo referido (STJRNS2 Se. 97/14 y Se. 75/15, entre otras)”. La regla general antes enunciada (para la razón suficiente en la determinación de la materialidad y la autoría reprochadas) es de aplicación “en el supuesto en el que, con una única fuente de prueba, es factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia, más allá de toda duda razonable posible”. Resulta conveniente citar a Carlos Enrique Llera (“¿Testis unus, testis nullus?”, publicado en

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

La Ley Suplemento Penal 2013-F, noviembre, N° 21, pág. 77, cita online:

AR/DOC/4031/2013), quien con claridad expositiva nos ilustra al respecto:

“Entonces, ante la presencia de un testigo en soledad del hecho no cabe prescindir

sin más de sus manifestaciones, sino que las mismas deben ser valoradas con la mayor severidad y rigor crítico posibles, tratando de desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias de la causa que corroboren o disminuyan su fuerza. La circunstancia de que se deba tomar el testimonio del testigo único como una dirimente prueba de cargo exige un análisis riguroso sobre la consistencia y congruencia de sus dichos... Importa también contrastar la verosimilitud de los dichos con respecto al relato efectuado por el encausado en sus descargos, a fin de determinar, de conformidad con las reglas de la lógica y la experiencia común, si la versión de los hechos brindada por la denunciante se erige como suficientemente sólida como para superar la presunción de inocencia de la que goza el imputado". Las dificultades probatorias no significan que disminuyan las exigencias de certidumbre comunes a otros delitos, sino que la imposibilidad de contar con elementos directos hace necesario un correcto desarrollo de aquellos indirectos; es decir, no hay una certidumbre especial o menor para los delitos contra la integridad sexual en relación con los que protegen otros bienes jurídicos (STJRNS2 Se. 97/14, entre otras)." (STJSP, Se. 55/17; en igual sentido Se. 65/14, 73/14, 140/16, 10/22, entre otras). Durante la audiencia se recibió el testimonio de la Lic. Delfina Bertorelli, quien indicó que resulta ser psicóloga y consultora técnica de la defensa del imputado. La nombrada se refirió específicamente a los factores que determinan la existencia de estrés post trauma y a la forma en que pueden verse afectados los recuerdos por el paso del tiempo. Respecto de la primera de las cuestiones dijo: Que el estrés post trauma es un cuadro o condición subjetiva que se desencadena a partir de determinado evento que puede llegar a ser transitado por el sujeto en forma traumática. Que desencadena una respuesta adaptativa. Que para su diagnóstico y corroboración tiene que tener una sintomatología que encuadre y respalde. Que según la pericia oficial le requirieron informe cuatro cuestiones: sobre el testimonio de la denunciante, el

estrés post trauma, el desarrollo

psicosexual de la denunciante, y cualquier otro dato de interés. Que no se le requirió por la categoría del diagnóstico del estrés post trauma. Que la licenciada Cerdera se expidió sobre esos puntos de pericia y no fue clara sobre el cuadro

hallado. Sobre la correlación entre hecho y estrés post trauma, afirmó que no se

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

puede hablar de causalidad directa. Explicó que como individuos estamos atravesados por una multifactoridad, no se puede hablar con certeza de causalidad directa. Que hay sí con causalidad de un evento traumático probablemente, hay múltiples factores, el evento no es el único determinante pero se presentó en una estructura previa que favorece el cuadro. Que no se vincula con un tipo de abuso sexual determinado. No hay un tipo de vivencia que desarrolle un tipo de sintomatología. Después cómo se incorpora el hecho al aparato psíquico, lo determinarán otros factores. Respecto al daño en la salud mental, dijo que a Cerdera Furlani no se le consultó sobre éste punto. Que la testigo pudo ver que para la perito, la joven estaba ubicada en tiempo y espacio, con capacidad judicativa conservada.

En relación al restante extremo, la memoria y su influencia en el relato, dijo que funciona junto con la percepción y la atención. Que uno memoriza aquello que percibió y a lo que le prestó atención. Además no es una reproducción mecánicasino que pone en marcha una reconstrucción, que se va haciendo por asociación de representaciones. Que lo primero es reconstruir lo que va a recordar y se va asociando. Que la cantidad de veces que cuenta una persona un evento, influye porque puede ir asociando y agregando contenidos y porque muchas veces vamos reconstruyendo a partir de cómo lo vamos contando. Puede ser

que

pensando

o

conversando

se

va

impregnando

de

sentido

las

reconstrucciones discursivas.

En definitiva, la intervención de la licenciada Bertorelli, quizás haya tenido como finalidad la de desvirtuar o relativizar las conclusiones periciales de la Lic. Cerdera. Empero, no lo ha logrado. Ello así pues no ha realizado una pericia sobre la víctima, no ha tenido contacto con C., no la entrevistó, no aplicó los recursos y técnicas que le brinda la ciencia para explorar la psiquis de la joven.

Consecuentemente,

las

afirmaciones

que

deslizó

en

la

audiencia

devienen

genéricas, dogmáticas y carecen de un anclaje y fundamento concreto que las haga de aplicación directa al caso en análisis. Frente a ello, se cuenta con un informe pericial fundado, el que brinda conclusiones que no han sido refutadas ni controvertidas más que de forma argumental. Nótese, la lic. Bertorelli formula crítica respecto de aquello que entiende debería haber contenido el informe de la profesional del Cuerpo de Investigación Forense, más no incorpora elemento alguno que permita afirmar la incorrección del método utilizado o la conclusión arribada. Concorre además, en apoyo de lo declarado por C., el testimonio de su madre. A. M. indicó que además de ser la madre de C., es la hermana

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

de J.L. M.. Sobre los hechos, dijo que C.hizo una denuncia contra su tío por abuso sexual. Que ella se enentró por su sobrina, A.. Que cuando le dijeron eso, no lo podía creer. Que no podía ser, porque su hermano y tío de C. no imaginó que fuera a hacer algo así.

Que se pusieron a llorar las dos, en un

momento llegó su hermana, Luisa M. y también se enteró. Que los hechos habrían ocurrido cuando C.tenia 13 años, según le dijo C., cuando hacía fútbol. Que J.L. le dijo a C.que había un grupo de mujeres de las 1016 y si quería participar con ellas en el fútbol. Que era un equipo femenino: “las Millo”. Que estaba él y no sabe quienes más. Que empezó a ir allí. Que en un primer momento él la quería entrenar, que tenía habilidades, y la entrenaba en el mismo edificio al que iba a los 12 años, en el salón de usos múltiples de la escuela. Que quien llevaba a C.a entrenamiento era la declarante. Que luego surgió que no

podía llevar más a C.al entrenamiento porque coincidía con un nuevo horario laboral. Que fue entonces que su hermano le propuso llevarla y traerla. Que ella le dijo que sí porque le tenía confianza a su hermano. Que él empezó a entrenarla, la iba a buscar en moto, y la llevaba después. Que ella fue dos o tres veces al predio donde entrenaba, enfrente del barrio jardín, donde ahora van a hacer Diarco. Que él se comprometió a ir a buscarla, lo que pasaba la mayoría de las veces, era en horario de tarde-noche, mientras la dicente trabajaba. Que ella trabajaba en esa época en una residencia de chicas y también en una pollería cerca de La Anónima. Sobre la relación entre C.y J.L., contó que era normal, de sobrina-tío, se frecuentaban. Que tenía plena confianza en su hermano. Que con J.L. nunca había tenido ningún problema.

Tal como se anticipara, la declaración de A. corrobora y robustece lo dicho por C.. Ello porque expone de forma coincidente con aquella la manera en que se generó la vinculación con el equipo de “las millo”, esto es, a través de su tío J.L.. Lo propio ocurre respecto de la necesidad de entrenamiento de C.. La época o el año en que las agresiones ocurrieron pues A. las sitúa cuando C.transitaba el primer año de la escuela secundaria y tenía 13 años. El lugar donde entrenaban durante la semana; lo propio respecto de la imposibilidad de A. de llevar y traer a C.y el ofrecimiento de J.L. -tío de C.y hermano de A., que además trabajaba con el equipo de fútbol- para ocuparse de los traslados.de la joven desde su casa hasta los entrenamientos y, concluidos éstos, llevarla de regreso a su hogar.

Por su parte, la testigo N. A. M. dijo que es prima de C.

M., y que J.L. es su primo. Que conoce los hechos porque C.le contó

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

que había sido abusada por nuestro tío. Que eso fue -no recordó exactamente- en febrero de 2020. Que C.le dijo que el tío J.L. había abusado de ella cuando tenía entre 13 y 14, cuando iba a fútbol. Que J.L. la llevaba a la casa de él, que la sentó a mirar películas, en el sillón, la hizo recostarse y después se

acostó detrás de ella y la apoyó con sus genitales, a la vez que le tocó los suyos. Que la hizo tocarlo a él. Que después le contó otro episodio: que la llevó a la habitación de él, la había hecho poner ropa de mujer adulta, todo en la casa de él, y le puso el pene en la vagina, y después ella lloraba mientras contaba, que también le dijo que lo hizo por atrás, le puso el pene. Que después la hizo bañarse o lavarse. Que ambas estaban muy angustiadas, intentaba contenerla, pero era muy fuerte escucharla. Que los episodios ocurrieron en casa de J.L., estando ambos allí. Que ella iba allí después de fútbol. Que él vivía solo. Continuó relatando que después llamó a la mamá de C. para contarle y pidieron ayuda a una señora de nombre N. para hacer la denuncia. Que C. decidió hacer la denuncia por escrito.

Lo así narrado por M. adquiere relevancia porque aporta la forma en que se produce el develamiento por parte de C.. Que la joven en esa ocasión narró los hechos en forma coincidente con lo investigado en la presente y además, aportó la testigo la angustia y el dolor que le generaba a C. narrar lo sucedido, aún cuando habían pasado varios años desde la producción de los sucesos.

La testigo M.S.M. dijo que le contó C. que su tío había abusado de ella, por un mensaje. Que se lo contó hará un año o dos. Que en el mensaje C. le decía que su tío había abusado de ella cuando iba al fútbol con él.

El testigo S. C. C. dijo que es el mejor amigo de C.

M., que la conoce hace tres años. Que tiene confianza con ella. Que C. el año pasado le contó lo sufrido una tarde en plaza San Martín. Que en esa ocasión se habían juntado para matear y ella le dijo que le había ido mal, que estaba mal, que se iba a suicidar tirándose del puente, le contaba que se encerraba. Narró que al preguntarle qué le estaba sucediendo, ella le dijo que había sido abusada a los 13 años por su tío J.L. M., hermano de su mamá. Que ella entrenaba en un equipo de fútbol, del que su tío era entrenador, y cuando todos se iban el se aprovechaba de ella. Que tenía mucho miedo, no sabía que hacer, temía denunciar ante la posibilidad de que su familia no le creyera o la trataran como loca. Que no le contó en que habían consistido los abusos.

La testigo E. M. G. dijo que conoce a C. de una época en

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

que habían armado una escuela de fútbol. Que J.L. llevó a su sobrina. Que conoce que J.L. ya estaba en el ámbito del fútbol. Que lo conoce desde 2012 o 2013. Que él llevó a C.armando el grupito de nenas. Que C.se integró con las nenas a jugar. Que M. era el entrenador cuando ella lo conoció. Que quisieron armar algo en que participaran los nenes del barrio. Que después incorporaron el grupo de niñas. Que se formalizó una asociación civil sin fin de lucro para el barrio, (...). Que C.tenía entre 12 y 13 años, al igual que las demás nenas que entrenaban y jugaban en ese grupo. Recordó eso porque trabajaban con menores de 15 años. Que entrenaban martes y jueves de 18.00 a 19.00 horas en la ex cancha San Martín. Que J.L. con C.era normal, era el tío, había una confianza y había una exigencia de parte de él. Que sabe que era el tío, porque él la presentó a la niña como su sobrina. Que ella era la directora técnica del equipo junto a otra mamá. Que en relación a cómo llegaba C.a los entrenamientos dijo que iba normal, cruzaba la ruta y se iba a donde vivía. Que su casa quedaba cerca de la cancha. Que llegaba caminando. Que alguna vez la llevó la mamá, a veces José llevaba las pelotas y se quedaban. Añadió que a C.y el tío los veía siempre, que el era el entrenador físico. Al ser advertida respecto a declaraciones previas, dijo: que a los partidos de fútbol C.iba con J.L. quien la buscaba y la traía. A los partidos cuando no llegaba C., J.L. la iba a buscar. Que C.participó y formó parte del grupo de niñas hasta que volvieron de Bariloche, a fines de 2013.

Lo así declarado por G. también confirma lo dicho por C.sobre la forma en que su tío la vinculó con el club “las millo”, también sobre la actividad que él desarrollaba en la institución y hasta que -según dijo la testigo- el imputado se encargaba en ocasiones de llevar y traer a C..

Los testigos A. y C. también aportan la vinculación entre M. y las jóvenes que entrenaban para “las millo”, como así su consecuente presencia en esos entrenamientos en lo que, además, sitúan a C..

Es en base a la prueba reseñada y a la significación asignada a cada elemento que conforma el plexo probatorio, analizados todos en su conjunto, que

se logra arribar a la conclusión de que el hecho existió de la forma que propone la acusación.

Corresponde ingresar al análisis del marco probatorio que permite confirmar la acreditación del restante elemento de la imputación, la autoría.

Sobre la cuestión, debe destacarse la inexistencia de controversia. Ello así pues, la acusación ha dirigido una imputación contra M. y la defensa no ha

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

discutido el tópico. Más, ha solicitado en subsidio de la absolución que M. sea declarado responsable aunque por una hipótesis delictiva de menor significación que la utilizada por la Fiscalía, pretendiendo que lo sea por un abuso simple.

Sin perjuicio de haberse planteado así la cuestión, lo cierto es que los elementos de cargo arrojados al juicio -cuyo examen se concretara supraconducen a la categórica afirmación -más allá de toda duda razonable- de que M. resulta ser el autor de las agresiones que tuvieron a C. como sujeto pasivo en dicha relación.

En función de lo expresado, entiendo probados los hechos en los términos expuestos por el Ministerio Público Fiscal en su alegato de apertura -con la salvedad contratada en otros considerandos de la presente-, como así la también la responsabilidad enrostrada al imputado M.. Como se dijo, el testimonio de la joven víctima no deja dudas sobre dicho aspecto, encontrando suficiente respaldo en los dichos de su madre, parientes, amigo y hasta incluso de quienes intervenían en algún rol desarrollando la actividad de fútbol que vinculaba a sujeto activo y sujeto pasivo; con más el aporte científico de la profesional del Cuerpo de Investigación Forense, todo lo cual compone un cuadro probatorio incriminante compacto y concluyente.

2.-CALIFICACION LEGAL:

Probados los hechos y la responsabilidad del acusado, cabe abordar la cuestión relativa al encuadre legal de los mismos.

La Sra. Fiscal Dra. Mariana Giammona calificó el accionar del encausado y

acusó a M. por el delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA GUARDA Y POR HABER PROVOCADO UNA GRAVE LESION EN LA VICTIMA

(art. 119 último párrafo, en función del primero y del cuarto inc. b del CP).

Habremos de partir de la circunstancia no controvertida por las partes respecto de la concurrencia de la figura básica del abuso sexual.

La materia controvertida por la defensa ha sido la existencia del acceso carnal. Para así concluir el letrado defensor sostuvo, en base a los dichos del Dr. Gustavo Manso, que se había omitido practicar un examen físico a la víctima y que el mismo era derivación necesaria de los protocolos de actuación previstos para estos casos. Asimismo, que la omisión no permitía la acreditación de las lesiones propias de una agresión sexual tanto a nivel vaginal como anal. Por su parte la Fiscalía sostuvo que ningún sentido tenía practicar tales exámenes, ello por haberse concretado la denuncia muchos años después de la agresión, a la vez que se trataba de una joven sexualmente activa a la fecha en que aquella se formuló.

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

Cierto resulta que de haberse concretado la revisión médica reclamada por la defensa, podría haberse determinado la existencia de lesiones vaginales y/o anales de “vieja data”. Más, aún en tal supuesto, en modo alguno podría haberse determinado la forma de causación de las mismas o el tiempo de producción. Ergo, en cualquier caso, no podría vincularse de manera directa la lesión con el hecho investigado. A ello agrego, cierto también resulta que no toda agresión sexual produce lesión física verificable a través del examen.

Concluyo entonces en que, el marco probatorio analizado en el presente decisorio, al que me remito en honor a la brevedad, conduce inequívocamente a sostener que el acceso existió, sin que la falencia apuntada por la defensa -pese al esfuerzo que denota- afecte tal afirmación.

El restante punto controvertido por la defensa tiene vinculación con la concurrencia de la agravante de guarda, prevista por el art. 119 párrafo tercero,

inc. b) del Código Penal.

En mérito a los extremos constatados, se tiene certeza que en el caso existieron cuatro episodios de abuso sexual con acceso carnal vía vaginal y anal perpetrados por el acusado en oportunidad en que la niña se encontraba bajo su cuidado, visiblemente encuadrables en la aludida norma y consumados contra la voluntad de la menor, quien así claramente lo expuso.

En relación a los requisitos exigidos para la configuración de la agravante de la guarda, deben tenerse por plenamente acreditados en el caso. En tal sentido, O. A. Estrella en su obra “De los delitos sexuales”, de ed. Hammurabi, pág. 66, señala que “... no es necesario para su procedencia un abuso de las funciones del educador o guardador pero sí la vinculación entre agente y la víctima, provenientes de esas funciones”, y agrega que el concepto de guarda es amplio, y “comprende no solo los casos de educación o guarda delegados por el titular de esa potestad, sino cuando por cualquier circunstancia exista realmente esa relación como sería el caso de aquel que por sí, se hace cargo de un menor abandonado...”. Avanzando en la conceptualización indica que

“...Encargado de la guarda es aquel que por ley,

convención o simplemente por una situación de hecho, lícita o aún ilícita, tiene el cuidado y atención de una persona. No es necesario que se conviva con la persona, ni que sea un encargo permanente, pudiendo responder a períodos más o menos extensos ...”. De allí que la situación del tío que recibe a la niña en su casa, a su cuidado, durante un período de tiempo, ejerce indudablemente la guarda sobre ella y torna operativa la calificante sobre la figura del abuso sexual con acceso carnal que se le endilga. La idea de encargado de la guarda de la víctima se refiere a

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

quienes, aun de manera momentánea, cuidan la persona de aquella atendiendo sus necesidades o ciertos aspectos de las mismas, como producto de la función que

ocupan o en virtud de una situación de hecho lo que les obliga a un especial deber de protección (conf. Código Penal Comentado y Anotado, D'Alessio.T° II p. 257).

En la audiencia de juicio prestaron declaración sendos testigos propuestos por la defensa, quienes -sintéticamente- aportaron lo siguiente:

El testigo A. dijo que conoce a C.y su tío del club de los Millo de las mil. Que el dicente tenía sus hijos en el club y dirigía una categoría. Que iban sus dos hijos, y la más chica, una nena. Que su hija jugaba con C., en la categoría 2001/2002. Que entrenaban no recuerda qué días de la semana. Que el horario no lo recuerda, sabe que era por la tarde. Que a veces veía a C.llegar e irse. Que sabía llegar caminando desde el barrio San Martín. Que entrenaban en la canchita del barrio, o atrás de la cancha de la universidad, actual predio del club San Martín. Que sabía que C.era sobrina de J.L.. Que no puede afirmar que C. no se haya ido del entrenamiento con su tío.

Por su parte, el testigo Ariel Eduardo Cayú dijo que conoce a C.y a José Luis M., del club de fútbol los Millo de las 1016, quizás desde el año 2012. Que una hija suya jugaba con C.. Que entrenaban en la cancha del Club San Martín, ubicada frente a la Estación de Servicio cercana a la rotonda existente sobre la ruta 3. Que iba a dejar a su hija a los entrenamientos. Que los técnicos del grupo femenino eran H. y G.. Que a C.la veía. Que ella -según él- llegaba con compañeras y se iba con compañeras.

Que M. solía estar ahí,

porque era parte de ese club. Que no siempre se quedaba.

Se concreta la transcripción de los dichos de los citados testigos por cuanto de su contenido podría surgir o se podría generar la duda respecto de con quien llegaba o con quien se iba C.de los entrenamientos. Empero lo cierto es que en ninguno de los dos casos, esto es, ni A. ni C., pudieron afirmar de forma contundente que en todas las ocasiones en que C.llegara o se fuera del entrenamiento, lo hiciera sin su tío. En el primer caso porque el testigo afirmó que no iba a todos los entrenamientos, pues su trabajo y el cumplimiento de la función a veces le impedía concurrir. En el restante, porque sencillamente realizó una afirmación genérica respecto de con quien llegaba o con quien se iba C., dijo “con las compañeras”, pero seguidamente agregó que él no siempre se quedaba en

los entrenamientos.

Cierto resulta que la información aportada por ambos resulta de muy baja calidad. Ambos evidenciaban un vago recuerdo sobre las cuestiones respecto de las

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

cuales fueron interrogados en la audiencia.

Más, aún en el caso que se hubiera determinado a partir de tales testimonios la forma en que C.llegaba y se iba de los entrenamientos, esto es, que lo hacia sin que su tío la acompañara o la llevara, el extremo no destituiría la circunstancia probada de que C.concurría a la casa de su tío con posterioridad a los entrenamientos. Ni que allí se sucedieron las agresiones sexuales de las que la joven fue objeto;

y tampoco que mientras ello ocurría, la niña se encontraba al

cuidado de su agresor.

La última de las cuestiones cuyo análisis amerita el presente acápite resulta ser la agravante pretendida por la Fiscalía consistente en que como consecuencia del hecho se produjo un grave daño en la salud de la víctima.

Debe señalarse que el extremo no ha sido descripto en el hecho materia de acusación, solo se habla de que se produjo un grave daño en la salud mental. Se ha omitido indicar en que consistió ese daño. La omisión fulmina toda posibilidad de que la agravante se encuentre contenida en la calificación definitiva del hecho. Su incorporación

habría

generado

una

violación

flagrante

de

los

principios

constitucionales que gobiernan el proceso. Resultaba entonces imprescindible a los fines del respeto al derecho de defensa, que se hiciera saber al imputado la extensión del daño físico, su descripción, su determinación y alcance, el vínculo o nexo causal entre la acción enrostrada y la consecuencia lesiva así determinada. No solo eso, durante el juicio la Lic Cerdera y la Lic Mariana Paz hicieron referencia a padecimientos que pudieron detectar en C., más en modo alguno fijaron su extensión, ni su vinculación causal con los episodios de agresión vividos por C., ni tampoco establecieron que los mismos constituyeran un “grave daño en la salud”.

De lo indicado se tiene que la acusación incurre en una indeterminación del alcance de la agravante que pretende aplicar, omite incluirla en la descripción del hecho y luego no la prueba durante la etapa de juicio, razones que imponen su exclusión de la calificación jurídica definitiva del hecho.

Véase, la exigencia a la que se hace referencia ha sido tratada en doctrina y jurisprudencia, sosteniéndose que “Por mi parte entiendo que al hablarse de grave daño, tal como lo sostienen los autores mencionados en la posición amplia, la alusión no contiene los términos estrictamente técnicos concebidos en las normas de los arts. 90 y 91 del C.P., pues no sólo que de haber sido de esa manera, expresamente la ley lo hubiera dicho (...). Por ello el juez debe tener la libertad de apelar a todos los elementos probatorios necesarios para constatar el daño,

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

incluidos básicamente la pericial médica, porque ahora expresamente también incluye la salud mental; de modo que es menester el aporte de un gabinete técnico para dimensionar las secuelas del daño producido, lo que orientará la decisión judicial sobre el particular. Es sabido que las conclusiones periciales no son vinculantes para el juez, pero la ejecución de las mismas constituyen un medio relevante para orientar con cierta precisión el pronunciamiento de aquél” (ver Rubén Figari. Delitos Sexuales. 2Da Edición. Editorial Hammurabi. Año 2020). A su vez, “con base en los testimonios de las licenciadas María Eugenia Pintos y Elena Ferrara (psicóloga de la ART), los dichos de la doctora Del Collado y el informe de fs. 265/266 vta., se demostró debidamente el grave daño en la salud mental de la damnificada pues como consecuencia del hecho traumático sufrió crisis de ansiedad y angustia que le generaron trastornos en la alimentación, en el sueño y afectaron diversos ámbitos de su vida (social, educativo y laboral), poniendo de manifiesto que tales circunstancias dan cuenta de un grave daño en la salud mental pues a pesar de los tratamientos psicológicos y psiquiátricos realizados por la víctima, su estado de salud no mejora, lo que evidencia que se cronificó” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires L., C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 100.223 del Tribunal de Casación Penal, Sala II, 15/09/2021).

Es por ello que, la conducta en reproche encuadra típicamente en el art. 119 tercer y cuarto párrafo inc. b del C.P., a título de Abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda.

3.-AUDIENCIA DE CESURA:

En cuanto a la pena que corresponde imponer, se realizó la audiencia de cesura dispuesta por el art. 173 CPP. Conferida la palabra a la Fiscalía, la Dra. Giammona expresó que con la defensa se arribó a un acuerdo respecto de la pena. Que en primer término convinieron probatoriamente que J.L. M. no posee antecedentes condenatorios, que tiene estudios primarios completos; que desde el año 2009 trabaja en relación de dependencia para ARSE; que tiene un grupo familiar integrado por su madre, tres hermanas y tres hijos y que se ha encontrado vinculado a la actividad del fútbol barrial hasta el presente. En relación al quantum de la sanción a imponer llegaron a un acuerdo que consiste en que la pena sea de

nueve (9) años de prisión.

Seguidamente la Fiscal del caso fundamenta la pena acordada, sosteniendo que entiende como agravante la naturaleza de la acción enrostrada, ello porque hubo una preparación previa para facilitar el momento consumativo del hecho,

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

generó confianza. Sobre los medios empleados entendió que no operaban como agravantes:

M.

aprovechó

el

ámbito

de

cuidado

de

C.,

pero

esa

circunstancia ha sido valorada al momento de calificar el hecho, no pudiéndose

valorar nuevamente. En cuanto a la extensión del daño: dijo que operaba como agravante

porque

fueron

constatadas

consecuencias

traumáticas,

depresión

asociada. Consideró que la edad del imputado opera como agravante si se considera la diferencia que existía con aquella que tenía la víctima al momento del hecho. Por último, mencionó como atenuantes la carencia de antecedentes penales, el grado de instrucción alcanzado y, fundamentalmente, la actitud de M. al concretar un acuerdo como el que ahora presentan.

Cedida la palabra al Sr. Defensor Dr. Curi Antún, manifestó que no tenía observaciones que efectuar a la propuesta de acuerdo sobre la pena efectuada por la acusación.

Seguidamente, el imputado prestó su conformidad y aceptó el ofrecimiento de la fiscalía en todos sus términos, tanto respecto del delito y monto de la pena solicitada.

En la continuidad, se hizo saber a las partes que se receptaba el acuerdo al que arribaran, se dio por finalizada la audiencia y se pasó a deliberar resultando las siguientes conclusiones: A la hora de la individualización judicial de la pena, debo adelantar que la pena que resulte de la ponderación de atenuantes y agravantes propuestos por las partes y, a su vez, de los criterios de ponderación que aportan los precedentes “Brione” del STJ y “Rodríguez Collueque” del TIP, deben permitir y traslucir absoluta coherencia con la sistemática del código. Lo contrario importaría permitir la determinación de una pena absurda, arbitraria, inadecuada para el

sistema legal (constitucional y convencional). Por el contrario, habrá de conciliar la totalidad de los parámetros en juego, todo en resguardo del respeto de los principios de proporcionalidad de la pena y de intervención mínima. En la tarea de ponderación de los parámetros que aportan los arts. 40 y 41, adelanto que concurren atenuantes y agravantes que deben considerarse en el caso. Entre ellos, como agravantes la extensión del daño causado, la forma en que fuera ejecutado, generadora de mayor riesgo. Entre los restantes el nivel socio-cultural del imputado y la carencia de antecedentes penales.

Ahora bien, cierto resulta que por imperio de los principios que rigen el proceso, la existencia de un acuerdo sobre la pena que se encuentre dentro de los marcos legales, limita al Tribunal, el que no podrá imponer una pena mayor a la determinada por las partes.

Foro de Jueces

I Circ. Judicial

25 de mayo 640, 1° piso

Viedma

En el caso, la pena acordada por la Fiscalía, aceptada por el imputado y su defensa, aparece adecuada. Ello en base a los fundamentos expuestos en la audiencia, a los que el Tribunal adhiere y tiene por reproducidos en honor a la brevedad, por lo que el quantum de la sanción a imponer al imputado ha de ser el acordado por las partes, se impondrá a J.L. M. la pena de nueve (9) años de prisión, todo lo cual se entiende justo en virtud de los parámetros analizados precedentemente.

ES MI VOTO.

Los Dres. Carlos Reussi e Ignacio Gandolfi dijeron:

Compartimos y hacemos propios los fundamentos y solución dada por el Dr. Marcelo Alvarez, en consecuencia adherimos en un todo y votamos en idéntico sentido.

En su mérito, habiendo oído a la Acusación y a la Defensa, éste Tribunal por unanimidad,

RESUELVE:

I. Declarar la responsabilidad penal de J.L. M., cuyos demás datos

personales de identificación constan al comienzo de esta sentencia, como autor material y penalmente responsable del delito de "ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA GUARDA", en calidad de delito continuado (arts. 45 y 119, tercer y cuarto párrafo inc. b del C.P).II. Imponer a J.L. M., la pena de nueve (9) años de prisión, accesorias legales y costas (art. 29 y cc. del CP).III. Notificar a la víctima en los términos del art 11 bis de la Ley 24660.IV.- Regular los honorarios profesionales del Dr. Damian Torres en la suma equivalente a setenta (70) IUS (arts. 6, 9 , siguientes y concordantes de la Ley de Aranceles).V. Remitir copia de la presente, una vez firme, al Registro Provincial de Condenados por Delitos contra la Integridad Sexual (ReProCoIns), según lo establece el artículo 191 del C.P.P.VI. Firme la presente, fórmese cuadernillo de ejecución de sentencia (art. 258 y siguientes del CPP).VII. Regístrese y Protocolícese.Firmado digitalmente

REUSSI

por REUSSI RIVA

Carlos

RIVA POSSE POSSE

Fecha: 2022.11.11

12:42:40 -03'00'

Carlos

ALVAREZ

Marcelo

Alberto

Firmado

digitalmente por

ALVAREZ Marcelo

Alberto

Fecha: 2022.11.11

12:50:32 -03'00'

digitalmente

GANDOLFI Firmado

por GANDOLFI

Ignacio Mario

Ignacio

Fecha: 2022.11.11

12:44:35 -03'00'