

## ACUERDO

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 26 días del mes de septiembre de 2024, se reúne el Tribunal integrado por los Dres. Gregor Joos, Marcos Burgos y Juan Martín Arroyo, bajo la presidencia del primero de los nombrados a fin de dictar sentencia en el presente Legajo MPF-BA-03728-2021 caratulado “M. J. E. c/ M. M. J. L. s/ abuso sexual” respecto de J. L. M. M. DNI xxxx, argentino, nacido el xxxx en Bariloche, hijo de A. M. S. y M. del C. M. M., de estado civil soltero, con instrucción secundaria, de ocupación albañil, con domicilio en xxxx N° xxxx del barrio xxxx de esta ciudad, teléfono xxxx, asistido por la Dra. Natalia Araya.

## ANTECEDENTES

I.- El día 15 de agosto del corriente año, se celebró la Audiencia de Juicio Oral y Público en el marco de los artículos 176 sptes. y cctes. del CPP, en la que se encontraron presentes los representantes del Ministerio Público Fiscal Dres. Cesar Lanfranchi y Mariana Lazcano, la defensora Dra. Natalia Araya y su representado, el acusado J. L. M. M.

Declarado abierto el Juicio, se le advirtió al acusado que estuviera atento a las implicancias de la audiencia, como así la importancia y el significado de lo que iba a suceder.

Seguidamente se otorgó la palabra al Sr. Fiscal quién explicó el hecho con relevancia penal que pesaba sobre el acusado, enumeró las pruebas que produciría para fundamentar la acusación y la calificación legal que pretendía.

Concretamente, la Fiscalía acusó a J. M. M. por el hecho

“... ocurrido en fecha indeterminada pero ubicable entre el 11-03-2012 (cumpleaños de 7 de S.) y el 24-07-2012 (nacimiento de M. hermano de S.) en horario de la mañana en el interior del domicilio sito en barrio xxxx calle xxxx Nro. xxx de esta ciudad. En esas circunstancias el imputado abusó sexualmente de S.

N. quien entonces tenía 7 años de edad, -FN. xxxx- hija de su pareja

J. M., aprovechando la convivencia preexistente con ella y que se encontraba a su cuidado ejerciendo la guarda momentáneamente. Concretamente esa mañana, J. se fue a trabajar, quedando en la cama M. M. junto a la niña S., a quien le dijo ‘vamos a jugar’ y le saco la ropa interior y le practico sexo oral introduciéndole la lengua en la vagina, luego se subió sobre S. y comenzó a

realizar movimientos pélvicos sobre la vulva desnuda de la niña frotando el pene y su propia zona pélvica. Al terminar le dijo "no le cuentes a tu mamá porque se va a enojar".

El Fiscal calificó el hecho como constitutivo del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda y convivencia preexistente, considerando al Sr. M. M. como autor, a tenor de los artículos 45 y 119 3° párrafo, con las agravantes de los incs. b) y f) del cuarto párrafo del Código Penal. Posteriormente presentó su caso la Defensa que sostuvo que la Fiscalía traería una plataforma fáctica que a su entender no podría ser probada ni derribar el estado de inocencia del que goza su asistido.

II.- Tras ello, atento el imputado manifestar que no desearía prestar declaración, se recibió la prueba testimonial ofrecida por las partes. Lo sustancial de dichas declaraciones serán analizadas al momento de la valoración de la prueba.

III.- Finalizada la recepción de la prueba, las partes alegaron sobre el mérito de la misma, haciéndolo en primer término el Fiscal Lanfranchi quien sostuvo que tras el juicio se había podido acreditar el hecho materia de acusación, por lo que solicitó se dicte la declaración de responsabilidad del acusado en los términos postulados.

De seguido alegó la Dra. Araya. Señaló que no se había logrado acreditar la hipótesis de la acusación. En subsidio, refirió que la ley vigente al momento de la comisión del hecho, resulta más benigna para su asistido, por lo que pidió se aplique dicha norma, que no contemplaba la conducta que se le endilga a M. como acceso carnal.

IV.- Finalizados los alegatos, se le otorgó al acusado la última palabra, quien hizo uso de su derecho a guardar silencio.

V.- Escuchada la prueba producida durante la etapa del juicio de responsabilidad y los alegatos que efectuaron las partes acerca del mérito de la misma, el Tribunal pasó a deliberar, planteándose la siguiente

#### CUESTION

¿Se ha podido acreditar durante el juicio el hecho descrito en la acusación fiscal?

#### VOTACIÓN

A la cuestión planteada el señor juez doctor Juan Martín Arroyo dijo:

I.- Tras analizar la prueba producida durante el juicio y luego de escuchar los alegatos efectuados por las partes, queda claro que existen dos hipótesis en pugna que es deber del Tribunal dirimir.

Tenemos, por un lado, la hipótesis de la parte acusadora que sostiene que el hecho de abuso sexual que S. A. N. contó que padeció de parte de J. L. M. M., ocurrió, tal y como ella pudo narrarlo.

En las antípodas, tenemos la hipótesis de la defensa, que sostiene que no se ha podido comprobar, por fuera de toda duda, la hipótesis de la acusación.

II.- Solución del caso:

a) En primer lugar, cabe señalar que estamos ante un caso de testigo único. Sobre el punto, es doctrina legal del STJ que los dichos de la víctima resultan idóneos para quebrar la presunción constitucional de inocencia, siempre que se encuentren reunidos ciertos requisitos, que es deber del Tribunal analizar, tal como lo hemos hecho durante el plazo legal para deliberar.

Concretamente, el máximo tribunal provincial sostuvo que “... 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”. Por ello es que el ‘problema que plantea la existencia de un testigo único a los efectos de pronunciar una condena no es de orden legal (pues no existe prohibición al respecto), sino lógico-jurídico, dado que exige una motivación sólida que desbarate el principio de inocencia’ (cf. [STJRNS2 Se. 73/14 “AVIN”])” -sentencia 140/2016 del 15/6/16-.

“Respecto del testimonio esencial, este Tribunal tiene dicho que, para que por medio de este se arribe al estándar probatorio mencionado, es necesario que tal declaración encuentre corroboración en prueba indiciaria conteste que le provea de

certidumbre a lo referido de modo independiente (con diferente fuente) o que por las características de ella misma sea factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia (ver [STJRNS2 Se. 77/14 “LEAL”], citada en [STJRNS2 Se. 92/15 “REYES ARIAS”]). Por supuesto que para este último caso se debe extremar el análisis del testimonio hasta excluir cualquier posibilidad de que esté sosteniendo algo distinto de lo realmente acontecido, lo que puede suceder intencionadamente, pero también por error” [STJRNS2 Se. 36/17 “BRIONES”]] -Sentencia 93/2017 del 8/5/17-. También vinculado con el valor probatorio del testigo-víctima, el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires tiene dicho que “La declaración de la víctima puede integrar la prueba de cargo necesaria para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, pues de otra manera se crearían espacios de impunidad inaceptable” (TCP Sala III, causa número 94.190, sentencia del 31 de octubre de 2019), en tanto la Suprema Corte de Justicia de esa provincia sostuvo que “Existe amplio consenso en que ese testimonio, sobre todo en delitos cometidos en la intimidad buscada de agresor y víctima, debidamente valorado y motivada su credibilidad desde ciertas perspectivas, tiene virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado” (SCBA P. 121.046 sentencia del 13 de junio de 2018 y P. 133.075 sentencia del 11 de mayo del 2021).

Lo expresado permite concluir que no es posible concebir un derecho penal respetuoso de los estándares internacionales en casos de violencia de género, sin contemplar los derechos de las víctimas, a la par que la amplitud en la valoración probatoria reclamada por los estándares internacionales en materia de violencia de género exige otorgar singular relevancia al testimonio de la mujer. Así las cosas, en estos casos donde los hechos delictivos, por su especial modo de comisión no pueden ser corroborados por otros medios directos, la deposición de la damnificada no puede ser soslayada o descalificada, dado que ello constituiría una forma de violencia institucional contraria a los parámetros internacionales.

b) Lo hasta aquí expuesto no implica dejar a un lado otro principio que constituye un pilar de nuestro sistema constitucional, que no es otro que la presunción de inocencia y las derivaciones procesales que el mismo conlleva. En particular, que para arribar a un veredicto de condena, resulta imprescindible arribar a la certeza jurídica. O, en otras palabras, que en caso de duda, esta favorece al acusado. Esto es derecho penal constitucional básico y son principios defendidos a ultranza por la Corte Suprema y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Del juego de ambos principios -necesidad de investigar y juzgar con perspectiva de género y presunción de inocencia- cabe concluir que los dichos de la víctima resultan idóneos para quebrar el estatus de inocente del acusado, pero para ello deben reunirse ciertos requisitos.

En primer lugar, que la carga de la prueba sigue estando puesta en cabeza de la fiscalía, pues no existe posibilidad de invertir el *onus probandi* y exigir que sea el acusado quien demuestre su inocencia. Esta premisa no se ve alterada por la circunstancia que se trate de un hecho que debe ser juzgado con perspectiva de género. Por palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “La presunción de inocencia se relaciona, en primer lugar, con el ánimo y actitud del juez que debe conocer de la acusación penal. El juez debe abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer que el acusado es culpable. Por el contrario, su responsabilidad reside en construir la responsabilidad penal de un imputado a partir de la valoración de los elementos de prueba con los que cuenta”. “El imputado no tiene necesidad de probar su inocencia, construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, quien condena debe construir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible. Por lo tanto, lo esencial es que el juez que entienda en la causa esté exento de todo prejuicio en cuanto a la culpabilidad del imputado y que le conceda a éste el beneficio de la duda, es decir, que condene una vez que haya adquirido la certeza o convicción de responsabilidad penal y que, desde luego, descarte toda duda razonable de inocencia”. En palabras del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro “El imputado nada debe probar, salvo que desee hacerlo, la situación es la de la hipótesis simple: la de cargo es la única y, por tanto, se trata sólo de establecer si esa hipótesis está o no justificada y en qué grado puede considerarse aceptable”.

Como dije, la perspectiva de género no trastoca estas reglas, al punto que forzoso resulta concluir que, aun tratándose de casos que deben ser juzgados bajo esta categoría de análisis -perspectiva de género- el Juez no debe partir de la base que el acusado es culpable.

Tal lo expresado por el Superior Tribunal provincial en ocasión de revisar -con perspectiva de género y respetando todos los estándares convencionales exigidos sobre la materia- un caso de abuso sexual agravado, cuando sostuvo que: “En el ámbito penal, gobierna un estándar... que reclama que la hipótesis esté confirmada 'más allá de toda duda razonable'” -causa -B., T.L. S / ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/

CASACION (REITERADOS CUATRO HECHOS), Sentencia N°1-20 dictada el 3/2/20. Voto de la Dra. Piccinini, sin disidencia.

III.- Sentadas estas premisas e ingresando al análisis de la prueba,

cabe señalar que no viene controvertido que N. convivió con su madre J.

M. y el acusado en el barrio xxxx, en la casa de calle xxxx. S.

contó que tenía cinco años y la convivencia fue hasta que tuvo doce. Siempre convivió el imputado allí. Después en el año 2012 nació su hermano M. M., que es hijo del imputado. Tampoco existe controversia -no se produjo prueba en contrario ni fue rebatido por la defensa o el acusado- que la vivienda era pequeña, que solamente tenía dos divisiones, con una sola habitación donde estaba la cama matrimonial y al costado la cama donde ella dormía.

Tanto S. como su madre contaron que, en época de invierno, como no tenían calefacción, dormían los tres juntos en la cama matrimonial y después cuando nació M. también dormían con él en la misma cama los cuatro.

Con relación al hecho traído a juicio, S. N. indicó que

ocurrió un día en que su mamá se fue a trabajar a la mañana a un taller de costura, en invierno de 2012. Ella tenía siete años. Su mamá se fue y ella quedó al cuidado de M. Se quedaron acostados y él le dijo que iban a jugar. En eso, le bajó el pantalón, ella estaba con ropa interior, él se colocó arriba suyo y empezó a hacer movimientos pélvicos. Luego de eso, cuando estuvo un rato así -no sabe cuánto tiempo- le bajó la ropa interior y le practicó sexo oral “lengua y vagina se podría decir”. Estuvo también así un rato y después cuando terminó de hacer eso, dijo que no le dijera a su mamá porque se iba a enojar. A preguntas del Fiscal dijo que le introdujo la lengua adentro de la vagina, lo recuerda así porque es algo que no puede olvidar.

Tampoco se ha controvertido cómo fueron las circunstancias en que se produjo la develación del hecho. S. J. y M. M. -tía de N.-

fueron contestes en que S. lo contó cuando tenía 16 años. Que se lo contó primero a su tía -con quien convivía por entonces- en ocasión de haber mantenido una conversación en la que ella le refirió que los hombres le generaban asco. Que al ser preguntaba al respecto, le pudo contar lo que le había pasado. Que con su tía M. tenía una relación de confianza desde chica, al punto que convivió con ella a raíz de problemas con su madre. Sólo le contó que había sido abusada por el papá de su hermano, que le había pasado cuando tenía siete años, que solamente ella sabía y nadie se había enterado, le pidió que no le pregunte detalles porque no quería contarle, sólo

que le creyera.

N. dijo que M. le creyó porque siempre tuvo la sospecha, siempre se lo preguntaron. Todo el tiempo su mamá le preguntaba y ella siempre lo negaba, nunca antes le había contado nada a su mamá, porque ella lo ignoró con el tiempo y era para cuidar un poco a su hermano, no quería que su hermano se vaya con M., siempre pedía que se quede en su casa. Si nunca hubiera pasado esa situación de discusión con su familia quizás nunca lo hubiese contado. Iba a ser algo que ella iba a olvidar, pero también tenía miedo de que a su hermano le pasara lo mismo.

Para la época de la develación, S. estaba con tratamiento psiquiátrico por otros problemas familiares -según ella contó-, entonces con su tía decidieron escribirle a su psiquiatra Carolina Rodríguez con el propósito que las ayudase a poder contárselo a su madre, que tiene un carácter muy fuerte, para poder controlar sus reacciones. Con Rodríguez inició tratamiento hacia fines de 2019, principios del 2020, por situaciones de violencia en su casa. A la psiquiatra le pudo contar lo mismo que le contó a su tía, siempre solicitando que no le pregunten detalles, pero le contó que había sufrido una situación de abuso que lo había callado toda su vida. No quería contar detalles porque le incomodaba, no quería que su familia lo supiera para que no se sintiesen culpables, por eso ella pedía que por favor no le pidieran detalles. Contó que el martes siguiente, cuando hablaron a la mañana con la psiquiatra, a la tarde le contaron a la mamá y su abuela.

Estos extremos fueron corroborados por J. -madre de S.-, M. M. -tía- y por la psiquiatra Rodríguez.

Con relación a la denuncia, indicó que su mamá la hizo esa misma tarde, apenas ella terminó de contarle. Dijo que al momento que le tomaron declaración pidió estar sola para poder contar en detalle. Como era menor, su mamá firmó la declaración. Sobre el punto, la defensa le preguntó si ella leyó la denuncia. Respondió que sí, pero hacía mucho y que no la volvió a leer. Respondió que del hecho, explicó más cuando la entrevistaron en la Fiscalía, ocasión en que la grabaron, que en la denuncia no dijo tanto detalle por detalle porque además su mamá estaba escuchando todo.

Al preguntarle el Fiscal si alguna vez había pasado algo por el estilo con el acusado, N. refirió que sí, que a veces se quedaban solos y él compraba caramelos y se los ponía en la boca y le decía que si los quería le tenía que dar un beso y

como ella era chica lo hacía.

Al preguntarle la defensa si cuando declaró en Fiscalía había referido a que M. le introdujo la lengua, dijo que sí. Al ser consultada si fue ante preguntas de las entrevistadoras, respondió que sí.

J. M. contó que radicó la denuncia el mismo día que su hija se lo contó. Corroboró las circunstancias en que ello ocurrió. Dijo que su hija le comentó que había sufrido abuso por parte del papá de M., que en el momento no le contó con detalles, sí le dijo que fue abusada, aunque si le dijo quién fue el agresor. Que le contó que su expareja le había bajado la ropa y le había “pasado la lengua por sus partes íntimas” y la tocaba por todas sus partes. Y eso fue lo que le contó, que fue varias veces y que él le decía que era un juego, que no le cuente a ella porque se iba a enojar. En ese momento que le contó, estaba presente su mamá -abuela de S.- y M. -su hermana, tía de S.-, además de S. Y su otra hermana F. se llevó a todos los nenes más chicos a la plaza.

Refirió que se separó del acusado porque le revisó su teléfono y encontró que miraba videos de un tío teniendo relaciones con su sobrina de 11 años, lo encontró en su historial. Cuando vio el celular el miró repetidamente ese video y ella cuidaba a su hija de noche y dormía de día y M. era chiquito, tenía dos años.

Entonces ella se cansó y como él tenía problema con la droga y ella le pedía que la dejara y nunca lo hizo, se terminó separando. En ese momento que se separó, tenía sospechas de que algo le había pasado a su hija, pero ella le preguntaba a S. y ella se lo negaba, pero ella sospechaba por instinto de madre.

M. d. l. Á. M. -tía de N.- contó que S. que es como una hija más. Dijo que venía estudiando los derechos de los niños porque estaba postulándose como operadora ante una convocatoria de SENAF y más o menos entendía que cuando un niño dice que les tiene asco a los hombres, es porque hay algo atrás. Explicó que cuando S. le contó, ella se quedó en silencio, esperó a que pudiera hablar, que S. sólo miraba al piso y decía que no. Le dio entre 15 y 20 minutos para que pudiera pensar, le dijo si le pasaba algo y con la cabeza S. le dijo que sí. No hablaba mucho, sólo le preguntó nombres de personas cercanas y cuando le dijo “J. L.” S. le dijo que sí con la cabeza. Y ahí no le preguntó más nada, porque vio su rostro y se dio cuenta que le daba vergüenza. Dijo que siempre le creyó a S., nunca dudó lo que sucedió. S. no le pudo dar detalles de lo que sucedió, ella no le insistió porque no la notó bien, la quería proteger. En estos cursos que hizo vio

que

siempre había que darle los espacios para que los niños hablen, como que no hay que forzarlos entonces ella respetó eso. Contó también que le llamaba la atención que cada vez que aparecía M., S. se ponía la ropa más suelta que encontraba.

Hizo referencia a que su hermana encontró videos en el teléfono de M. donde aparecía un hombre violando a una menor. Eso se lo contó mucho antes de hablar del abuso de S. J. le preguntaba siempre a S. si algo había pasado, pero S. contestaba que no. Ellas siempre le creyeron a S., siempre sospecharon que le había pasado algo porque desviaba la conversación, pero ella en su caso lo que hacía era darle tiempo.

Dijo que necesitaron esa preparación de la psiquiatra para contarle a J. y su madre, porque no es algo fácil de contar, no sabían cómo comentarle algo así a J. Dijo que ese mismo día 27 después de salir de la psiquiatra se lo contaron y la reacción de J. fue empezar a gritar y a insultar a M. y lo primero que dijo es que iban a hacer ya la denuncia. Nunca dudó de lo que había contado S.

Refirió que actualmente S. está más segura en la vestimenta, se ríe mucho más que antes, está estudiando, se la ve feliz y mucho más segura que antes. Esto se atribuye al momento donde pudo contar, luego del 2021 hubo un cambio muy positivo. Antes del 2021 era muy seria, no usaba ropa corta, no usaba pantalones cortos ni musculosas. Usaba siempre buzos y pantalones largos y ropa oscura. No tenía muchos hombres cercanos. Hoy ella está en pareja, tiene a su novio B. y está con él hace unos meses, no volvió a decir que tuviera asco a los hombres.

Respondió a la defensora que vivió con S. cuando ella tenía 3 ó 4 años y después aproximadamente en 2019, a raíz que la SENAF le dio un año y medio la custodia de S. y M. por una denuncia que hizo F. porque su hermana -madre de los niños- no se encontraba bien. Dijo que la calidad de vida de los chicos cambió cuando vivieron con ella, que estaban muy bien y notó cambios en S.

La psiquiatra Carolina Alejandra Rodríguez contó que intervino con S. a partir de noviembre del 2019, cuando ella tenía 14 años. Fue por una derivación realizada por el Jefe de Salud Mental del Hospital, Dr. Rendo. S. llegó con una derivación de SENAF y le realizaron la interconsulta con ella porque era la que trabajaba con niños y adolescentes. Explicó que el motivo de la consulta eran autolesiones de S., que por entonces ya estaba viviendo con su tía. No recuerda cómo se lesionó, pero había sido reactivo a una situación conflictiva familiar y que por eso

dejó la casa de su madre. El abordaje inicial lo hizo el equipo de guardia de salud mental y ella recibió la derivación puntualmente por indicación de SENAF.

Su intervención con S. cesó con el cierre del tratamiento a principios de 2023. En ese ámbito las consultas al principio eran semanales, entre medio estuvo la pandemia, así que las consultas fueron de manera telefónica en ese momento hasta que el hospital habilitó la atención ambulatoria. En estas intervenciones pudo desarrollar un ámbito de confianza y el abuso se develó en el transcurso del tratamiento, tras un mensaje de su tía M. pidiéndole hablar con ella para ver cómo transmitirle lo ocurrido a J. Ella puntualmente no indagó sobre el tema, pero si la orientó hacia donde debía dirigirse. Contó que preguntó si estaba bien S. y le dijeron que sí, que le había comentado un secreto, que había sucedido un abuso hace un tiempo. Ella les dio un turno para la consulta. Si hubiese sido un abuso actual o agudo en ese caso la orientación primera es que vayan a la guardia para activar el protocolo de abuso. Por eso

le preguntó si eso que había sucedido había sido esa noche, pero M. le dijo que no, que había sido hace años.

Explicó Rodríguez que a la consulta asistieron S. con la compañía de su tía. El objeto era orientarlas sobre cómo proseguir y sobre todo cómo transmitírselo a su mamá. Eso les preocupaba porque tenían miedo a que su mamá se lo tomara mal, que quizás tuviera alguna reacción impulsiva. En relación al cuidado, le parecía que S. estaba más cómoda con sus tías, ella podía tener acceso a actividades, tenía su propio espacio y demás. Con relación a la consulta, explicó que principalmente le dijo a S. y su tía que lo importante era que lo pueda transmitir cuando ella lo considere y que pensara si deseaba hacerlo sola o si estaba bueno que alguien la acompañara, era algo que la ponía muy tensa. La dificultad de expresar algo que es como inexpresable, el temor, la vergüenza, eso siempre se da en los casos de abuso, no es fácil contarlo.

Indicó que S. no le contó específicamente lo que había sucedido, pero le dijo que había sido el papá de M. Le dijo que había sucedido alrededor de los 8 años de edad de S.. Ella le creyó a S., pero no indagó en el hecho por varias cuestiones; primero porque uno desde lo terapéutico no pregunta más allá de lo que se puede elaborar, se trabaja con lo que el paciente trae. Además, porque no es su función hacer una indagatoria teniendo en cuenta el vínculo terapéutico, una parte de la presunción de que eso que se está contando es real. Es difícil que un adolescente o niño

hable sobre ese tema si no vivenció una situación así. Por eso ella sintió que ese relato de S. era creíble.

A preguntas de la defensa, respondió que esa situación de conflicto familiar que motivó que se fuese a vivir con su tía no tiene relación con el hecho que hoy se investiga. Respondió que había violencia intrafamiliar durante toda la historia de S. y su mamá.

Le preguntó la defensa si desde que S. comenzó a vivir con las tías notó cambios favorables, a lo que la testigo respondió que sí, que estaba más tranquila, estaba contenida. Era adolescente, la posibilidad de tener espacio propio era importante. La casa de S. y J. era muy pequeña era difícil que pudiera tener privacidad.

La psicóloga forense Andrea Liliana Maccione contó que intervino en el presente caso en diciembre de 2021 a requerimiento de la Fiscalía, que solicitaba la evaluación de S. N. a fin de determinar si presentaba sintomatología compatible con estrés post trauma vinculada con abuso sexual.

Maccione destacó que anteriormente S. se definía como una buena alumna, pero al momento de la entrevista manifestó tener dificultades. En relación al vínculo con su mamá, S. relató que era inestable, que su mamá siempre había tenía situaciones de violencia de género con todas las parejas que había tenido, por lo que ella había sido espectadora de situaciones de golpes, malos tratos, amenazas de muerte.

Respecto de la denuncia, S. identificó como autor al imputado, a M., que era pareja de su madre. Mencionó que durante unos años ella estuvo viviendo en casa de su abuela y su tía, pero a los 5 años volvió con la madre y ubicó el suceso de abuso cuando ella tenía 7 años. Mencionó S. además que todos los sucesos vividos en la casa en relación a lo denunciado le generaban desconfianza hacia este hombre y que esto irradió a todo el grupo de varones con los que se cruzaba, le daban desconfianza y temor. Y que, en ocasiones anteriores, esta persona había intentado darle besos, por lo que ella intentaba no quedarse a solas con él. S. también indicó que compartían la misma cama los tres y que su madre solía ubicarse en el medio, pero en una época empezó a trabajar en un taller de costura, por lo que se retiraba muy temprano quedando S. al cuidado de M. En una ocasión siendo temprano, S. se despertó porque el comenzó a ejercer tocamientos por debajo de su ropa en sus partes íntimas y le bajó su ropa interior y comenzó a ejercerle sexo oral. En ese momento, manifestó que tenía un recuerdo intacto de todo lo que le había pasado pero que esta persona la había obligado o amenazado con que no contara nada, que su mamá

se iba a enojar y que debía ser su secreto. Por lo que ella estuvo todos esos años sosteniendo el silencio y que para el 24 de julio de 2021, en una conversación con su tía donde ella (M.) se mostró preocupada por el miedo de S. a otros varones, comenzó a indagarle insistentemente, hasta que S. le confesó lo que había padecido. Después de eso, necesitó tener una entrevista con su psiquiatra porque no sabía de qué modo contárselo a su madre, cómo ponerlo en palabras. Y después de esa entrevista le dijo, y cuando su madre tomó conocimiento hicieron la denuncia.

Indicó la Licenciada que, además, S. hizo mención a las situaciones difíciles que vivió por las características de su mamá, que era depresiva, que había tenido algunos intentos de suicidio sumado a todas las situaciones de violencia de género que había vivido con sus parejas. Reafirmó que tanto su abuela como su tía eran sus figuras de apoyo y sostén, y durante un tiempo su madre había interrumpido o no permitido el vínculo con ellas, lo cual a S. le generó mucha desolación y se llegó a lesionar los antebrazos por esa sensación de vacío que tenía. Durante un tiempo, retornó a vivir a la casa de su abuela y su tía e hizo referencia al cuidado y al alivio que S. sentía, porque en ese ámbito se sentía protegida por los adultos, que cuando estaba en su casa la situación era a la inversa. Ella debía hacerse cargo de su hermana y se encontraba alerta por las cuestiones de violencia de su madre, de las que ella era partícipe pasiva. Que su madre estaba recibiendo atención psicológica y que en mayo de ese año había vuelto a la casa de la madre, pero que en agosto ya había presenciado otra vez problemas de violencia por parte de quien era la pareja de su mamá en ese momento.

En referencia a la entrevista, la Licenciada Maccione sostuvo que observó congruencia entre lo que S. relataba y su lenguaje verbal. Y sobre la sintomatología de estrés, al momento no presentaba ni conductas de intrusión ni conductas de evitación. Destacó Maccione que cuando S. contó que había sido víctima de sexo oral por parte de M., no se indaga en detalle porque ella ya había sido citada anteriormente y le dijo que ahí había podido hacer un relato completo. Por otro lado, que si bien el abuso siempre es traumático porque se trata de una relación asimétrica, es un acto coercitivo, el sujeto es puesto en lugar de objeto, lo cierto es que en el caso del sexo oral, es todavía más aberrante para la víctima y sumamente ultrajante porque implica la excitación de una zona erógena para la cual la víctima no está preparada. Por lo tanto, esta imposibilidad del psiquismo para tramitar la carga de

excitación es lo que lo vuelve traumático.

Por otro lado, los riesgos que esto significa para la víctima, el afecto que puede seguir perdiendo de su familia o el miedo de quedar despojada de su grupo familiar, esta ley de silencio hizo que mantenga durante muchos años ese secreto guardado con sus esperables consecuencias. Porque esto que no tramita por la palabra, tramita después por el psiquismo, porque no hay donde ubicar esa situación. Y cuando aparece para S. este adulto protector que es esta tía, que ella considera como segunda mamá, ella puede resignificar aquello que había vivido y animarse a develarlo y ponerlo en palabras. Este es un acto psíquico importante porque el “yo” de la persona se pudo ubicar en algún lugar en esa historia. Anteriormente en esos años de silencio, la víctima suele disociar el acto traumático para poder seguir con su vida diaria y sobrevivir a pesar de ese sufrimiento que había padecido. Por lo tanto, la figura de adulto protector ocupa un lugar fundamental porque son las personas que le dan credibilidad al relato, le dan escucha y le ofrecen contención. Y S. además de este suceso tuvo una vida sin nada por dificultades emocionales producto de toda esta vida familiar que tenía, las crisis de su madre, las situaciones de violencia, y que parecería que lo que le había faltado siempre es encontrar en ese rol de esa mamá, la posición de un adulto protector, como lo pudo encontrar al momento de la develación.

En relación al relato de S., Maccione indicó que le pareció creíble, no entró en detalles de cómo había sido cuando ella dice que se trató de sexo oral, porque lo había efectuado antes. El relato de ella fue espontáneo. No lo notó contaminado, no aparecieron indicadores de fabulación ni de contaminación por parte de terceros. Era un relato propio de lo que habría sufrido, incluso fue importante ver cómo ella podía diferenciar lo que había sentido después de los sucesos, esos recaudos que había intentado tomar sola, sin entender -seguramente- porque tenía 7 años. Pero sabía que no quería quedarse sola, que necesitaba que alguien la proteja, la presencia de alguien cuando estaba M., son todos indicadores importantes al momento de hacer la evaluación teniendo en cuenta el estadio en que se encontraba. Refirió que los indicadores pueden variar, toda la bibliografía indica que justamente la sintomatología puede aparecer a corto, largo o mediano plazo, o que hay víctimas que, si tienen la posibilidad de encontrar el adulto protector o un entorno contenedor o contar con un espacio terapéutico, en lugar de tramitar el psiquismo con síntomas, encuentra otro modo a través de la palabra. Y el abanico de síntomas es muy amplio, pueden desarrollar desde expresiones, fobia, auto lesiones, ideación suicida, consumo de

sustancias, ideas antisociales, etc. Podría ser que más adelante desarrolle sintomatología, que se desarrolle cuando se presente alguna situación importante para el sujeto como podría ser la maternidad, la sexualidad, o ver el desarrollo de sus hijas, hay muchas situaciones de vida que pueden llegar a desarrollar esta sintomatología.

Finalmente y a consultas del Fiscal, indicó que no vio ninguna duda en el relato de S.

IV.- Reseñada la prueba producida, adelanto que los dichos de N. permiten concluir que la agresión sexual que ella narró existió, aunque no con el alcance que le asigna la Fiscalía, toda vez que su testimonio reúne los requisitos exigidos por la doctrina legal del S.T.J. para considerar válida su declaración. No obstante, como referiré más adelante, no progresa el tipo penal de abuso sexual con acceso carnal, sino que cabe estar a la figura prevista y penada en el primer párrafo del art. 119 del C.P., con la agravante del último párrafo de dicha norma.

Análisis de los requisitos exigidos por la doctrina legal del S.T.J. para casos de testigo único:

a) Ausencia de elementos que pongan en crisis la credibilidad subjetiva de la testigo:

No se produjo en el juicio evidencia que pueda poner en crisis la veracidad de la versión narrada por S. N. durante el juicio. Más bien al contrario. No apreciamos en sus dichos signos de falta de sinceridad o veracidad. El asco que dijo sentir por los hombres sirvió de disparador para que su tía M. indague en torno al origen de ese sentimiento y abrió paso a la develación. Su tía, con quien por entonces convivía, ocupaba el rol de adulto protector. No pierdo de vista que S. ya había vivido junto a ella cuando tenía tres o cuatro años, por lo que el vínculo entre ambas es muy fuerte. Como explicaron Maccione y Rodríguez, ese espacio de contención y protección no lo encontraba junto a su madre, al punto que tuvieron que requerir colaboración a la psiquiatra para que las ayudase a contarle lo ocurrido a J., cuyas reacciones atemorizaban a S..

En este punto cabe preguntarse ¿obtuvo S. algún beneficio o ventaja tras develar que fue abusada, si es que ello no ocurrió? En absoluto. Ella ya no estaba viviendo con su madre al momento de la develación. Tampoco por entonces J. estaba en pareja con M. Eso descarta que la develación del abuso hubiese tenido vinculación con el propósito de lograr -por ejemplo- que el imputado fuese excluido del hogar. Hacía años que M. ya no residía con su madre.

Ningún sentido tiene tampoco “inventar” un abuso si tras ello deviene

la incómoda situación de tener que contárselo a su madre, de quien, tanto S. como M., temían pudiese reaccionar de mala manera, al punto que tuvieron que convocar a la psiquiatra Rodríguez para que las ayudase a afrontar el difícil trance de tener que transmitir la noticia a J.

La credibilidad del relato de S. también es compartida por las licenciadas Maccione y Rodríguez, además que su tía M. y su madre J., también siempre le creyeron.

Con ese piso de marcha, reitero que los dichos de S. N. nos han resultado convincentes, tanto por su credibilidad subjetiva como por el apoyo que encontramos en otros elementos probatorios a los que haré referencia de seguido.

b) Datos o indicios que dan apoyatura a la versión aportada por S. N.:

No fue controvertido que J., S. y el acusado dormían en la misma cama, cuanto menos en épocas invernales. Tampoco que la niña se quedase sola con el acusado en esas circunstancias cuando su madre se iba temprano al taller de costura. Sobre el punto, no existió cuestionamiento de la defensa ni del imputado. Por lo que el indicio de oportunidad que surge de dicho contexto aparece como un elemento que robustece la versión aportada por N.

M. M. contó que, tras la develación, su sobrina comenzó a usar ropa más ajustada, de colores, mientras que antes, máxime cuando estaba M. presente, se vestía con la ropa más holgada que tenía y siempre de color negro.

Otro indicio digno de mención tiene que ver con el episodio que contó relacionado con los caramelos que M. ponía en su boca y le pedía que lo bese si quería quedarse con los dulces. Si bien no forma parte de la acusación, constituye una situación que contextualiza el vínculo de M. con S. y brinda apoyatura a la posibilidad de ocurrencia del hecho aquí investigado.

Analizaré de seguido el tercer requisito que hace a la validez del testimonio único.

c) Persistencia en la incriminación:

El último requisito encuentra presente, aunque de modo parcial. Sobre este punto surge una discrepancia entre acusación y defensa en torno a si M. introdujo la lengua en la vagina de N.

De la prueba producida en juicio, sólo la víctima hizo referencia a ese extremo. Ni su tía M., ni su madre J., ni las profesionales Rodríguez y

Maccione hicieron referencia a que S. les contó que M. le introdujo la lengua en la vagina. Hicieron referencia a que ella les dijo que éste le había practicado sexo oral, o a que le “había pasado la lengua”.

La defensa se encargó de demostrar al Tribunal que, al momento de la denuncia, no se había hecho referencia a la introducción de la lengua. Tampoco lo hicieron las demás testigos que prestaron declaración en el juicio. Va de suyo que, a los fines de la calificación legal, no es lo mismo pasar la lengua que introducir la misma en la vagina.

De modo que ese extremo, no sólo no encuentra apoyatura en otros indicios o pruebas, sino que además existe sobre el punto una discrepancia entre lo que S. les habría contado a su tía, madre, personal que le tomó la denuncia, a su psiquiatra Rodríguez y a la licenciada Maccione y lo que nos contó a los jueces durante el juicio.

Reitero que, a juzgar por la prueba producida en debate, la introducción de la lengua en la vagina aparece como una circunstancia novedosa a partir del relato de S., que no fue corroborada por los dichos de los demás testigos que refirieron al Tribunal lo que ésta les contó.

V.- Sin perjuicio de lo expuesto en el apartado anterior, por lo que referiré de seguido esta cuestión -si M. introdujo la lengua en la vagina de N. o no- se torna conjetural, por lo que carece de sentido profundizar sobre el punto.

Ello así, toda vez que lleva razón la defensa cuando sostuvo que la ley vigente al momento de la comisión del hecho resulta más benigna para el imputado y por imperio de lo dispuesto por el art. 2 del C.P. debe ser aplicada al caso concreto.

El hecho materia de acusación se sitúa como cometido en el transcurso del año 2012. Por entonces el texto del art. 119 del C.P. vigente era el establecido por la ley 25.087 que imponía una pena -que se agravaba conforme las circunstancias del 4to párrafo- cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiese acceso carnal por cualquier vía. Sabido es que esa redacción trajo aparejadas innumerables discusiones jurisprudenciales y doctrinarias, puntualmente en lo que tenía que ver con la introducción del pene en la boca de la víctima. No es este el caso de autos, en que la conducta que se le reprocha a M. es haber practicado sexo oral a N. No es posible poner en cabeza del imputado la demora en la radicación de la denuncia ni en el trámite judicial, pues de haberse juzgado esta conducta mientras

regía la ley 25.087 -vigente al momento del hecho- la práctica del “cunnilingus” -a la que hizo referencia la defensa en su alegato- no configuraba la agravante del “acceso carnal”, siendo irrelevante por ese entonces si algún tramo de la lengua ingresaba en la vagina de la víctima o no.

Y era irrelevante esa discusión precisamente porque con frecuencia esa conducta configuraba -como pacífica jurisprudencia resolvía por entonces- el tipo penal de abuso sexual gravemente ultrajante que preveía una pena idéntica a la del acceso carnal “por cualquier vía”, cuando se encontraban presentes las agravantes del 4to párrafo del citado art. 119 del C.P.

Ocurre que, en el presente caso, la calificación escogida por el Ministerio Público Fiscal al acusar no contempla el tipo de abuso sexual gravemente ultrajante, circunstancia que impide al Tribunal modificar de oficio el encuadre hacia esa figura. De hacerlo, se estaría sorprendiendo a la contraparte, que no pudo ejercer ninguna defensa sobre los elementos de ese otro tipo penal que, aunque converja en una escala penal idéntica con el abuso sexual con acceso carnal -cuando se configuran las agravantes del cuarto párrafo del art. 119- se trata de un delito que contiene elementos objetivos y subjetivos distintos de aquél por el que vino acusado M.

Esta imposibilidad de mutar el encuadre, que afectaría el derecho de defensa, torna aplicable por derivación el tipo penal básico del primer párrafo del art. 119 del C.P. con la agravante del último párrafo de dicha norma. Esto, reitero, por aplicación del art. 2 del C.P. en tanto la redacción del tipo penal del art. 119 del C.P. conforme ley 25.087 resulta más benigna para M. que la actual según ley 27.352.

Por todo lo expuesto, a la primera cuestión voto por la afirmativa. En consecuencia, corresponde declarar a J. L. M. M. autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, agravado por la guarda y convivencia preexistente con una menor de dieciocho años -arts. 45, y 119, incs. b y f del último párrafo del C.P.-.

A la primera cuestión, los señores jueces doctores Gregor Joos y Marcos Burgos dijeron:

Que adhieren a lo expresado por el Dr. Arroyo por tratarse de las conclusiones a la que se arribó tras la deliberación, y a esta primera cuestión, también votan por la afirmativa.

#### JUICIO PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA PENA

El pasado 20 de septiembre, se desarrolló la audiencia para determinar

la pena que corresponde imponer a J. L. M. M.

I.- La Fiscalía no ofreció prueba para esta etapa, en tanto la defensora propuso dos testigos.

Declararon J. A. S. y E. E. C.

El primero indicó que conoce al acusado hace diez años, que lo conoció en la cancha de fútbol y que se juntan a jugar a la pelota, comparten casi siempre. Se juntan cada tanto, por el tema del trabajo, a charlar como amigos o a jugar a la pelota. Consultado sobre si sabe con quién vive el acusado, indicó que vive solo, en calle xxxx, esquina de xxxx, más arriba. Consultado sobre si conoce la situación económica de M. indicó que es regular. Que tiene un trabajo simple, que no está ni bien ni mal. Es jornalero, changuero, no tiene trabajo efectivo. Preguntado sobre si sabe cómo está compuesto su grupo familiar, refirió que no sabe. Pero que conoce que tiene un nene, que debe tener unos diez años, pero lo vio una sola vez. Preguntado sobre si sabe qué educación tiene M., indicó que desconoce. Lo describió como un buen hombre, trabajador, buen compañero, brinda su ayuda. Refirió que no es una persona conflictiva ni en el ámbito laboral ni vecinal, y que no tiene ningún tipo de adicción.

El Fiscal le consultó al testigo si sabe cómo se llama el hijo del acusado, indicó que no lo conoce, que lo vio una sola vez hace seis años atrás, pero que sabe que el imputado no puede verlo. Consultado sobre si sabe si el acusado le paga la cuota alimentaria a su hijo, refirió que estaba en trámite la cuota alimentaria, que lo sabe porque se le contó él, aunque desconoce si la paga o no. Refirió que no puede ver a su nene porque tiene una denuncia por falta de pago de cuota alimentaria. Consultado sobre si sabe si el imputado está acusado por abuso sexual, indicó que si, aunque no pudo hablar de este tema con el imputado. Explicó que tienen una relación de cercanía para charlar de laburo y la vida, pero que no habló de esto.

En tanto C. refirió que conoce al acusado hace más de 10 años porque era su vecino en ese entonces y que también conoce a J. M. en iguales circunstancias, porque vivían juntos. Indicó que J. L. y J. vivían con S. y con su hijo más chico, M.. Cuenta que M. siempre trabajó y estuvo con la construcción de su casa, que él lo ayudó en más de una oportunidad, que tenían una situación económica estable. Señala que ayudó a M. a hacer una carpeta de su casa, para el piso.

Responde que M. se dedica a la albañilería y desconoce si

terminó la escuela primaria o secundaria. Describe a M. como un padre que siempre estaba pendiente de su hijo, siempre queriendo avanzar, siempre trabajando y que era un buen vecino. Que se ayudaban mutuamente y que no era una persona conflictiva. Refiere que cree que M. vive solo, que alquila pero no recuerda el barrio. Pero ha tenido la oportunidad de ir a visitarlo o tomar unos mates con él.

Preguntado sobre si sabe si hoy se encuentra trabajando, indicó que sí, en albañilería. Cree que es un trabajo estable, pero es muy relativo el tema de la albañilería porque se complica con el tema del invierno en Bariloche, entonces hay que esperar. Señala que M. no vive con su hijo y que no tiene días de visita con él.

A preguntas del Fiscal, señala que ve al acusado con poca frecuencia.

Una vez cada cuatro meses más o menos. Desconoce acerca de los quehaceres diarios de M. ya que se contactan por WhatsApp. Refiere que el acusado tiene un hijo que se llama M. que debe tener unos nueve años. Preguntado sobre si sabe cómo fue la relación del acusado con su hijo, indicó que fue una buena relación, aunque no lo ve hace varios años porque cree que tuvo un problema con su compañera en ese entonces y de desde ahí no lo dejaron verlo más. En ese entonces su compañera era J., pero desconoce qué problema tuvieron.

Preguntado sobre si en estos 10 años de amistad nunca pudo hablar sobre este problema, refirió que no, que no le preguntó y M. tampoco le contó.

Consultado sobre si sabe si tuvo algún problema con la hija de J., indicó que hace poco estuvo hablando con la abogada de M., y algo le estuvo comentando, pero solo sabe eso. Preguntado sobre si lo que habló con la abogada lo habló con M. refirió que no.

II.- De seguido llegó el turno del alegato de las partes. En primer término lo hizo el Fiscal, quien señaló que se valdrá de la prueba producida en juicio pero también de la producida el día de hoy sobre quienes se presentaron como amigos del acusado.

Explicó que el delito por el cual fue condenado el acusado, tiene un mínimo de 3 años y un máximo de 10 años de prisión. Que sin perjuicio de la finalidad de resocialización de la pena y teniendo en cuenta los lineamientos de la Constitución Nacional y la ley 24.660, también se debe tener en cuenta el aspecto retributivo de la magnitud del injusto, haciendo eco de aquellos lineamientos de Brione, Colhueque y la jurisprudencia posterior. Adelantó que se alejaría considerablemente del mínimo legal. Describió las que consideró pautas que agravan el hecho.

Detalla las que a su juicio constituyen pautas que agravan la conducta, en tanto sólo encuentra como atenuante la falta de antecedentes computables, por lo que solicita se imponga una pena de 6 años y 6 meses de prisión.

De seguido la Dra. Araya solicitó la aplicación del mínimo de 3 años de prisión. Para ello, tuvo en cuenta en primer lugar, que M. es una persona que no cuenta con antecedentes penales computables. Consideró que los nueve años de silencio no se deben a esta situación, sino que quedó evidenciado que S. no lo contó por las circunstancias personales que le han tocado vivir con su madre, a punto tal, que hubo una medida excepcional en donde otro grupo familiar -su tía- tuvo la guarda de S., y desde ahí cambió su vida. Que cuando se le preguntó a la Licenciada Rodríguez si la vida de S. cambió luego del develamiento del hecho, o luego de que se fue a vivir con su tía, la misma indicó que desde que se fue con su tía. Lo mismo refirió Maccione al decir que en el momento del hecho no había estrés postraumático.

Señala que S. era una adolescente que tuvo intervención del SENAF, y que comenzó a intervenir Rodríguez atento a situaciones de violencia que ella se encontraba viviendo cuando convivía con su madre, pero nada de esto puede ponerse en cabeza de M. porque no hay un nexo de causalidad. Lo que hay, es una situación de violencia con la madre de S., no con el acusado.

Por otra parte, indicó que los testigos han referido cómo le ha costado a M. en la vida el poder ganarse el sustento diario, ya que él vive de changas. Que S., al momento de declarar, refirió el estado habitacional en que se encontraban y la falta de sustento económico, la imposibilidad de contar con diferentes habitaciones, las situaciones de humedad y la imposibilidad de poder mejorar. Y así y todo, como refirió el testigo C., de manera constante el intentaba salir adelante, arreglar la casa, buscaba a su forma la manera de que él y su grupo familiar pudieran salir adelante, y esto aún sigue en la actualidad conforme ha manifestado el testigo.

Recordó que los testigos que declararon en el día de la fecha, lo han referido a M. como un buen vecino, una persona que no es conflictiva, un buen compañero y una persona que constantemente busca la manera de salir adelante aunque no ha avanzado mucho en su educación. Esto último ha llevado a que no tenga un trabajo formal en blanco, hace changas de manera estable porque va ganándose el sustento, pero en invierno eso se complica. Por todo lo expuesto, solicitó se imponga la pena de 3 años de prisión en suspenso.

III.- Tras escuchar la prueba producida en esta segunda etapa del

juicio, y los alegatos de las partes -el acusado optó por hacer uso del derecho a no declarar- el Tribunal pasó a deliberar, habiendo surgido la siguiente

CUESTION:

¿Cuál es la pena justa que corresponde aplicar al acusado?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada los Jueces Dres. Juan Martín Arroyo, Gregor Joos y Marcos Burgos dijeron:

I.- La doctrina y jurisprudencia contemporáneas coinciden en que son los principios de culpabilidad y proporcionalidad los que deben ser tenidos en miras al momento de determinar cuál es el monto de la sanción que cabe imponer a una persona que resulta condenada en un proceso penal.

El primero parte del respeto a la autodeterminación de los seres humanos, lo que se condice con la importancia atribuida al concepto de persona humana en las distintas Constituciones propias de los Estados liberales, en oposición a los autoritarios en que se permite el castigo por hechos ajenos.

Derivado del principio de culpabilidad, aparece el principio según el cual la Proporción de la pena con respecto al delito que la motiva es un límite que necesariamente no pueden superar las diversas justificaciones del castigo estatal, para no convertirse en sí mismas arbitrarias.

Es por ello que el principio de proporcionalidad aparece unido a cualquier derecho penal liberal, más allá de la teoría de la pena que lo fundamente, y aun cuando la idea de proporcionalidad aparece mejor expuesta por las teorías retributivas que por las utilitarias.

Es que también las teorías utilitarias deben considerar algún criterio de justicia, sin el cual no podrían de ningún modo cumplir su finalidad de transmitir mensajes al condenado o a la población. Tanto en uno y otro caso la legitimación del derecho penal pasa por impedir la comisión de injusticias y arbitrariedades, mediante las cuales el Estado que impone penas sólo demuestra ser el más fuerte.

El principio de proporcionalidad impide penas desmesuradas amparadas en necesidades de “prevención general”, que es la amenaza de sanción dirigida al resto de la población para disuadirla de llevar a cabo conductas prohibidas, de manera que la persona se abstenga de cometer delitos a sabiendas de las consecuencias negativas que esa conducta trae aparejada.

En prieta síntesis, éstos son los postulados que incorpora nuestra

Constitución y los Pactos Internacionales que a partir del año 1.994 integran la Carta Magna, a partir de los cuales la única finalidad constitucional de la pena es la prevención especial, que no es otra que la que procura evitar que quien cometió un delito, vuelva a tener tal actitud en el futuro. Así, la prevención especial no va dirigida al conjunto de la sociedad, sino a aquellos que ya hayan vulnerado el ordenamiento jurídico. Desde el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Fermín Ramírez vs Guatemala” del 20/6/2005, tampoco queda espacio para pensar en ninguna otra finalidad de la pena que no sea la prevención especial, por lo que ningún sentido tendría imponer una sanción que deje a un lado esa finalidad constitucional que ha sido asumida como obligación por parte del Estado Argentino.

Traducido en simples palabras, puede decirse que la medida de la sanción a imponer sólo puede fundarse en el grado de “reprochabilidad” de la conducta cometida por el condenado.

O como enseña el eximio jurista, Enrique Bacigalupo, la condena debe conservar una relación de proporcionalidad y racionalidad con el hecho delictivo endilgado. "La cuestión radica, en esencia, sobre la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche, evitando de este modo una instrumentalización de la persona que debe sufrir la pena" (cfr. BACIGALUPO Enrique, "Principios Constitucionales de derecho penal", ed. Hammurabi, Bs.As., pág.159 y sgtes.).

Son los parámetros estipulados en los arts. 40 y 41 del Código Penal los únicos que deben ser observados por el juzgador para determinar con objetividad la pena a imponer, delimitando los márgenes que las distintas escalas punitivas previstas en la parte especial de aquel cuerpo fijan. Al respecto, Esteban Righi dice que no debe dejar de considerarse que "...La consagración por el legislador de estos principios generales para la medición de la pena, están destinados a acotar el margen de libertad judicial, ya que la discrecionalidad judicial encuentra un segundo límite desde que, como toda regla legal vinculada al juez, le estaría vedado apartarse de estas pautas generales a las que debe adecuar su decisión..." (Righi, Esteban. "Derecho Penal. Parte General", 1ª ed. 2008, Ed. Lexis Nexis, p. 528).

Lo expuesto impone fijar una pena que tenga estricta y única relación con el grado de reproche que corresponda atribuir a la conducta que llevó a cabo  
M. M.

II. Llegado el momento de establecer el monto de la sanción, debemos

señalar en primer término, que escala penal aplicable al caso va 3 a 10 años de prisión. Con ese piso de marcha, corresponde ingresar en el análisis de las circunstancias atenuantes y agravantes conforme los parámetros previstos por los arts. 40 y 41 del C.P. Progresa como agravante la corta edad de la víctima. Se trata de un aspecto que no integra el tipo penal, pues tenemos dicho que no es lo mismo abusar de una niña de 7 años que de una mujer adulta. Existe un mayor contenido de injusto que debe reflejarse en el monto de la pena, en la conducta de quien abusa de un niño o niña de corta edad. Vinculado con esto, advertimos que la agresión ha generado un daño en la psiquis de la niña quien varios años después, siendo ya adolescente sentía “asco” por los hombres, sentimiento que las profesionales vincularon con el abuso que sufrió de niña.

También constituye un aspecto que agrava la conducta, que la misma encuadra en dos de las circunstancias agravantes de las previstas en el 4to párrafo del tipo penal del art. 119. Esto es, confluyen dos extremos que no necesariamente deben coexistir, pues puede el conviviente de la víctima no ejercer su guarda, tanto como estar la víctima al cuidado del agresor sin ser este conviviente. Aquí ambos extremos coexisten, lo que configura un aspecto que resulta más severizante que si sólo estuviese presente una única circunstancia agravante.

Las características del abuso configuran la agravante de mayor peso, toda vez que claramente no es lo mismo un simple tocamiento que desnudar a la víctima y practicarle sexo oral. Como se dijo, esta conducta bien podría haber sido encuadrada en el tipo penal “gravemente ultrajante”, que contempla una escala sensiblemente más elevada, pero a falta de acusación fiscal por esa figura, no es posible el encuadre de oficio. No obstante, ello no significa que no podamos ponderar la naturaleza de la acción dentro de los baremos previstos por el art. 41 del C.P., pues constituye precisamente una de las pautas mencionadas por la norma. Por lo que progresa esta pauta severizante de la pena, toda vez que coincidimos con la licenciada Maccione en cuanto señala que este tipo de actos resultan extremadamente ultrajantes para quien los padece, mucho más graves que un simple tocamiento.

Como atenuantes cabe ponderar, en línea con lo postulado por las partes, la falta de antecedentes penales del acusado, quien no registra condenas anteriores, así como el buen concepto del que goza, conforme se acreditó a partir de lo declarado por los testigos que comparecieron a la audiencia de cesura, quienes lo señalaron como buen vecino y no conflictivo.

Las demás pautas que el Fiscal ponderó como agravantes, forman ya parte del tipo penal de abuso sexual agravado por la guarda y la convivencia preexistente con una menor de 18 años. Existe una notable diferencia entre las escalas penales de un abuso sexual simple, cuya pena va de seis meses a cuatro años, con la del mismo hecho cuando existen estas circunstancias, que llevan la pena a una escala sensiblemente más elevada de tres a diez años.

De tal modo, constituye una doble valoración prohibida volver a ponderar la confianza, la convivencia, la mayor posibilidad de acercamiento a la víctima, etc. como pautas agravantes si son precisamente estos aspectos los que hacen converger la conducta en la escala penal notoriamente agravada del cuarto párrafo, apartados b) y f) del art. 119 del C.P.

La exclusión de estas pautas solicitadas por el Fiscal al requerir se imponga una pena de seis años y seis meses de prisión, hace nacer en el acusado una expectativa de pena menor a la requerida por el Ministerio Público, por lo que consideramos justo imponer a J. L. M. M. la pena de cinco años de prisión, con accesorias legales y costas.

Por lo que el Tribunal de juicio, por unanimidad

#### RESUELVE:

I.- Declarar a J. L. M. M. autor penalmente responsable del hecho materia de acusación configurativo del delito de abuso sexual doblemente agravado por la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años y por ser el encargado de la guarda, cometido en perjuicio de S. N. -arts. 45, 55 y 119 -texto según ley 25.087- último párrafo del C.P. en función del 4to párrafo, incisos b) y f) -.

II.- Condenar a J. L. M. M. a la pena de cinco años de prisión con accesorias legales y costas -arts. 12, 40 y 41 del C.P.-.

III. Ordenar la notificación al Registro Provincial de condenados por delitos contra la integridad sexual -Art. 191, 3° párrafo del C.P.P.-

IV. Hacer saber a la víctima, a través de la Fiscalía, respecto de lo normado por el art. 11 bis de la ley 24.660.

V. Regístrese, protocolícese y notifíquese al imputado, a las partes y firme que se encuentre, a la Dirección Nacional de Reincidencia y a la Policía de Río Negro.

ARROY Firmado

digitalmente por

BURGOS

ARROYO Juan Marcos Rafael

O Juan Martin

Fecha:

2024.09.26

11:55:38

Martin 2024.09.26

09:28:02 -03'00'

-03'00'

Pág. -27-

Firmado digitalmente por: JOOS Gregor

Fecha y hora: 26.09.2024 09:47:21