

Abuso Sexual Gravemente Ultrajante Abuso Coactivo Relacion De Poder Agravante Por El Vinculo

JURISPRUDENCIA

Abuso sexual gravemente ultrajante. Abuso coactivo. Relación de poder. Agravante por el vínculo Se confirma la sentencia impuesta a quien abusó sexualmente de su hija y de su nieta a 18 años de prisión por los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante, mediando abuso coactivo o intimidatorio de una relación de poder, agravado por la condición de ascendiente. Corrientes, 18 de febrero de 2015. Los Dres. Chain, Niz y Semhan dijeron: ¿Que pronunciamiento corresponde dictar en autos? El Dr. Chain dijo: I. Contra la Sentencia N° 46 de fecha 18 de noviembre de 2013, glosada a fs. 1732/1773, dictado por el Excmo. Tribunal Oral Penal de la Quinta Circunscripción; que condena a C. A. R. V. a la pena de dieciocho años de prisión y accesorias legales, como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante, mediando abuso coactivo o intimidatorio de una relación de poder, agravado por la condición de ascendiente, dos hechos, en concurso real (arts. 119 2do párrafo en función del primero, en relación al 4to. Párrafo, inc. b), 12, 40, 41, 45 y 55 del C.P.), cometidos en perjuicio de su hija M. J. V. y de su nieta A. M. B. V., con imposición de costas (arts. 29 inc. 3 del CP, 429 y 575 del C.P.P); la defensa del encartado interpone recurso de casación e inconstitucionalidad, fs. 1778/1817. II. En su extenso escrito realiza un exhaustivo análisis del decisorio en crisis, en forma preliminar determina la cuestión traída a juzgamiento distinguiendo los hechos en tres oportunidades procesales, a saber: a-) denuncia, b-) acusación -requerimiento de elevación a juicio- y c-) ampliación de la acusación; por último en apretada síntesis al fallo objeto de las impugnaciones. Los agravios del casacionista pueden concretarse en los siguientes puntos: 1) Nulidad del debate, por cuanto carece de suficiente fundamentación la decisión arribada en el punto VII), -la remisión de copias a la fiscalía de la ampliación de la acusación formulada en debate-. El "a quo" argumenta que no lo considera inmerso en la modalidad de delito continuado sino hecho nuevo, agravándose por cuanto sin dar mayores características y sin brindar las razones de la falta de juzgamiento a pesar de haber recibido la prueba del caso lo que apareja la falta de agotamiento de la investigación, cuando su pupilo tenía derecho a un pronunciamiento jurisdiccional y conculca el derecho de defensa del encartado que puede sufrir el riesgo de una doble persecución penal. 2) Señala la errónea aplicación de la ley penal sustantiva, de la cual a fin de ordenar la exposición de los agravios se sistematizan, a fin de evitar reiteraciones innecesarias. Que ni la acusación ni la sentencia resisten el análisis lógico del relato conforme a las reglas de la sana crítica y la experiencia. Que el "complejo de pruebas" en que basa su accionar el "a quo" es solo indiciaria, sin que la fiscalía haya probado de modo alguno los hechos. Que la circunstancia que la progenitora -con la excusa de la revictimización- reiteradamente haya negado la participación de la menor, en el proceso a través de la Cámara Gesell, le imposibilitó obtener el testimonio directo de la nena conculcando el derecho de la defensa de obtener pruebas de descargo. Que la progenitora ha incurrido en contradicciones y mentiras; por tanto se agravia que el tribunal valore su relato de "coherente y lógico". Que la víctima-denunciante esperó un año y medio para realizar la denuncia. Que ante la ausencia de testigos directos, confiere mayor relevancia a los dichos de la víctima y los testimonios de la familia de la víctima en sentido estricto o restringido, ya que deja de lado la apreciación y el análisis del resto de los familiares directos. Que el análisis que realiza el sentenciante, transgrede el principio del "ne bis in idem" y la lógica del precedente, etapas precluidas y sobreseimientos, en cuanto traza una línea de tiempo que la tiene a M. J. como víctima desde el año 1994 pero le atribuye relevancia histórica para conformar un patrón de conducta. Que disiente de la interpretación realizada por el tribunal de la reunión donde el imputado "supuestamente" admitió los abusos a su hija y a su nieta. Que omite toda consideración y relativiza la versión brindada por su pupilo, (testigo directo) y los testimonios de descargo, (familiares en sentido amplio) del "complot familiar" a pesar que acompañaron razones "sensatas y lógicas", que fueron desechadas en cuenta por el tribunal. Que la sola mención que es una "canallada", trasluce que su defendido ya dijo bastante como expresión de sus sentimientos, por lo que no se condice con la valoración efectuada por el sentenciante, de no haber notado la gran desilusión manifiesta por el encartado al no acompañar emoción alguna de su parte. Que la concepción prejuiciosa de los sentenciantes se trasluce de la simple lectura del acta de debate, especialmente de los sugestivos interrogatorios realizados por la vocal Ramírez de Scheneider, sobre lo cual no pudo objetar. En la misma línea argumenta que la gran mediatización del caso, influyó en el ánimo de los sentenciantes en forma tendenciosa, subjetiva y parcial en perjuicio de su pupilo. Que se evidencia en M. J., un aprovechamiento de la situación en beneficio propio, según sus dichos, las cosas que le hacían falta, no representaban cosas esenciales sino confort y comodidad; lejos de la identificación del "a quo" de una problemática subyacente de factores que facilitaron la perpetración del abuso, estado de "cosificación" o "juegos de seducción". Que el inocente comentario de M., no revela un tocamiento abusivo por parte de su abuelo, por ende las conclusiones exceden con creces la lógica del mismo. Que los informes periciales (oficiales) dan cuenta, que no se

detectó en M. indicadores de haber padecido una conducta abusiva, no obstante que los síntomas o signos puedan presentarse a futuro. En ese sentido sostiene, que el fallo condenatorio no debe ser manejado como mera probabilidad, sino en forma total y absolutamente cierta. Que los peritos G. y R., escucharon con anterioridad el relato de las víctimas; no son expertos en abusos sexuales; carecen de idoneidad suficiente, por haber faltado a la verdad en el desarrollo de la evaluación realizada al imputado, lo que considera ética y jurídicamente repudiable. De lo que colige, que los informes pierden entidad y valor probatorio, por lo que justifica que el "a quo" se aparte de las conclusiones emitidas, al estar vacía de contenido. En el caso de M. J., no se realizó ninguna operación técnica y solo bastó el relato, el cual no puede ser eficaz para realizar un diagnóstico. Respecto al imputado, concluyen que es un pedófilo, pero no proporcionan ni indican las características, lo que invalida la pericial. Que M. J. no fue objeto de pericia alguna y ningún experto se refirió al daño, por lo que erróneamente el magistrado puede afirmar el mayor daño perpetrado a esta última, no solo por la modalidad de la conducta desarrollada sino por la elección realizada de una nueva víctima dentro de la misma progenie. Que el testimonio de la terapeuta de la niña en el juicio (A.), quien fue pagada por su servicio y cuyo testimonio fue discordante con el plexo probatorio. Asimismo, resalta la contradicción metodológica de la profesional, que primero afirma que trabaja con lo que el niño trae a terapia y a posteriori, preparó a la niña para enfrentar el juicio cuando resulta ridículo dada la temprana edad de la criatura. 3) Por último, interpone el recurso de inconstitucionalidad, con respecto al art. 119, 1er párrafo en relación con los párrafos 2º y 4º del C.P., por cuanto la condena es excesiva e injusta en comparación al bien jurídico protegido (abuso sexual - integridad sexual) se encuentran en un ámbito de consideración penal menos grave, lo que conlleva que tendría que cumplirla como si hubiese cometido el de delito de mayor gravedad (homicidio simple - vida), lo que resulta a todas luces injustificado, falta de proporcionalidad y se altera la progresividad de escalas penales en figuras básicas que protegen bienes jurídicos más preciados. En el hipotético caso que no se haga lugar a los recursos deducidos, formula reserva del caso federal por afectación de derechos y garantías de raigambre constitucional. A continuación, a fs. 1840/1849 presenta informe, el que conforme constancia de la Secretaría fue presentado extemporáneamente; sin embargo es criterio de este Alto Cuerpo, otorgar al sostenimiento e informe el carácter de voluntario Res. Nº 41/14"[...] corresponde otorgar al sostenimiento el carácter de voluntario, es decir que queda a voluntad del recurrente, sostener e informar el recurso interpuesto o no, sin que dichos pasos que no se cumplan, impliquen declarar desierto el recurso [...]". III. A la vista corrida, el Sr. Fiscal General se expide a fs. 1855/1856 y vta. por el rechazo del recurso de casación, en tanto estima que "[...] el sentenciante ha efectuado un detallado análisis de la totalidad de las pruebas producidas e incorporadas tanto en el expediente como en el debate y ha meritado eficazmente las mismas por lo que este Ministerio Público, entiende que las mismas no son objetables desde el punto de vista del sujeto, de la forma y del contenido, y tienen suficiente sustento y plena validez para fundar la sentencia; merecen plena credibilidad y ameritan tener acreditado los hechos delictivos por los cuales se lo condena. Por otra parte respecto al planteo de inconstitucionalidad deducido por la defensa el mismo deberá ser rechazado, habida cuenta que en un todo de acuerdo a derecho el sentenciante en sus considerandos fundamenta explícita y claramente las razones de la imposición de los dieciocho años de prisión al encausado, graduación de pena de conformidad a los arts. 40 y 41 del CP. En ese orden de ideas, surge del fallo atacado que el tribunal de juicio tuvo en cuenta tanto las circunstancias agravantes como las atenuantes al momento de graduar la pena, de esta forma la magnitud del injusto y culpabilidad constituyen pautas ineludibles para la determinación de pena, que exigen ser tenidas en cuenta por el juzgador al momento de graduar la sanción. Por tales razones entiende este Ministerio Público que la sanción impuesta al condenado se encuentra suficientemente motivada, debiéndose rechazar los cuestionamientos intentados por la defensa [...]" IV. A poco de analizar la sentencia recaída en el "sub iudice" en la medida de los agravios expuestos por el recurrente, se advierte que los mismos constituyen una reedición de los fundamentos brindados al tribunal al momento de alegar en la etapa oral (ver Debate fs. 1701 vta./1717 - réplica fs. 1716/1717 vta.), los que han obtenido una sólida respuesta por parte del sentenciante. Sin embargo, el impugnante acude a esta instancia casatoria en procura de una nueva revisión de la sentencia con idéntica hipótesis defensiva, salvo en lo relativo al primer agravio (pedido de nulidad por falta de fundamentación del punto VII de la sentencia en crisis), donde se advierte una modificación de la estrategia. Luego de realizar la ampliación de la acusación el Ministerio Público Fiscal en el debate (Ver debate fs. 1366/1367), la defensa realiza protesta de recurrir en casación "[...] para el supuesto que se admita la ampliación [...]" (ver debate fs. 1367 y vta.), de igual modo, al ofrecer pruebas producto de la ampliación realiza reserva de ello "[...] del futuro decisorio a dictarse, para el supuesto de que mi defendido reciba condena en base a la ampliación de la acusación formulada [...]"(fs. 1419/1420). Ahora bien, al momento de recurrir en casación lo realiza con fundamentos contrarios y disímiles a lo expuesto con anterioridad (ver postulado de casación fs. 1784 vta./1785). Pese a las deficiencias, en consonancia con el criterio adoptado por nuestro más Alto Tribunal en el precedente "Casal", siendo reiterado por numerosos fallos de este S.T.J. sobre la base de la doctrina alemana del "Leistungsfähigkeit", este "[...] tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable [...]" -punto 23 in fine, Casal-, por lo que se procedió a responder los agravios en

forma conjunta, a fin de posibilitar la comprensión y análisis de los mismos. V. En consecuencia, a efectos de lograr una acabada comprensión del caso en estudio, luego de analizar la sentencia, es conveniente recrear la reconstrucción histórica de los sucesos delictivos realizada por el "a quo", conforme a la plataforma fáctica originaria, que tuvo por acreditado lo siguiente. "[...] Primer Hecho: En el año 2000, sin poder precisarse con exactitud el mes y día, el imputado C. A. R. V., abusó sexualmente de su hija M. J. V., quien por entonces contaba con diecisiete años de edad, en el domicilio sito en ... de esta ciudad de Santo Tomé, donde convivía con su concubina P. M., estando ausente ésta, realizando tocamientos y manoseos por todo el cuerpo, practicarle sexo oral, rozar su pene por la vagina hasta eyacular sobre la misma, actos que realizó doblegando la voluntad de su víctima, ejerciendo para ello un abuso coactivo o intimidatorio de poder por su condición de progenitor, amenazándola con privarla del sustento económico que le proveía. Segundo Hecho: A mediados del año 2007 sin poder precisar mes y día, en horas de la noche, en circunstancias que el imputado C. A. R. V. había salido a pasear con su nieta de cuatro años, A. M. B. V., hija de M. J. V., la llevó a su consultorio médico, sito en calle ... casi ... de esta ciudad de Santo Tomé, donde bajo la excusa de jugar al Dre., le quitó la ropa, la acostó en la camilla, y comenzó a acariciarle la vulva para luego practicarle sexo oral pasándole la lengua por la vagina, contándole la niña lo sucedido a su madre al regresar a su casa, diciéndole que le diga al "tata", refiriéndose al abuelo, que no le haga más eso porque la barba le picaba y le hacía cosquillas en la "chocha", como llamaba a su vagina, y eso le molestaba [...] -vide Sentencia fs. 1767 vta.-.

VI. Revisada la causa, el primero de ellos debe ser tratado previo a todo otro tema, criterio reiterado de éste S.T.J., que ha dicho "in re" Sentencia N° 106/06, N° 78/07 corresponde en primer término tratar los agravios referentes a la inobservancia de normas procesales o afectaciones a principios constitucionales, "[...] ya que su eventual acogimiento, [...] conduce a la declaración de nulidad de la sentencia impugnada, (y) torna inoficioso todo pronunciamiento acerca de la alegada aplicación errónea de la ley sustantiva." (Cf., PALACIO, Lino E., "Los recursos en el proceso penal", Abeledo Perrot, 1998, p. 149). La aludida causal de nulidad por falta de fundamentación del Punto VII del decisorio en crisis no puede prosperar, atento que el tribunal no solo funda sino motiva sobradamente las razones en el Considerando VII de la Sentencia, fs. 1740 vta./1741 vta., las que pueden no ser del agrado de la defensa no obstante ello no habilita para restar validez a dicho pronunciamiento. Cabe tener presente unas aclaraciones previas, el "a quo" se expidió únicamente respecto a la plataforma fáctica originaria. Sin embargo, en los albores del debate, luego de declarar M. J., el MPF solicita la ampliación de la acusación en los términos del art. 406 del C.P.P., bajo la modalidad de delito continuado en virtud del relato de la víctima, a los cuales me remito "brevitatis causae", basta decir que amplió de la siguiente manera: el primer hecho, lo ubica temporalmente alrededor del año 1999 - acceso carnal-; el segundo hecho en julio del 2000 -al regresar de su viaje de Bariloche-; luego en tres oportunidades entre el 15 y el 21 de diciembre del 2000 -con motivo de la confección del vestido del baile de recepción, ciudad de Sao Borja (Brasil)- y el último hecho el 1 de enero del 2001 también en la ciudad de Sao Borja (Brasil) -ver Debate fs. 1366/1367-. Se aplicó el procedimiento conforme al art. 406° del CPP, se informó al imputado la ampliación y la defensa técnica solicitó la suspensión del debate, para preparar y ofrecer nuevas pruebas, acto que se materializa a fs. 1419/1420. Una vez reanudado el juicio, por Resolución N° 120 -fs. 1498/1499- se resuelve la incompetencia respecto a los hechos sucedidos en la ciudad de Sao Borja -Brasil- y se admite la prueba solicitada al primer y segundo hecho de la ampliación. No obstante, al momento de alegar el acusador público manifiesta, "[...] los hechos enrostrados al imputado V. se encuadran en el Delito de: Abuso Sexual con Acceso Carnal Agravado por el vínculo por haber sido cometido por su progenitor o por un ascendiente previsto por el Art. 119 1er párrafo en relación del 3er y 4to párrafo inc "b" del Cód. Penal, en Concurso Real, Art. 55 del Cód. Penal, con el Delito de: Abuso Sexual Gravemente Ultrajante Agravado por haber sido cometido por su ascendiente, progenitor, previsto y penado por el Art. 119, 1er párrafo, en función del 2do párrafo y 4to párrafo, apartado b, del Cód. Penal, dos veces reiteradas en calidad de Delito Continuado, tres hechos en Concurso Real, dos en perjuicio de su hija M. J. V. y uno en perjuicio de su nieta, la menor M. B., todos en carácter de autor material de dichos delitos.[...] ver debate fs. 1701 "in fine". Como se observa el MPF, al momento de sostener la acusación, desprende el hecho del acceso carnal sin considerarlo inmerso en la modalidad del delito continuado, sino que lo erige como hecho nuevo en calidad de concurso real con los restantes, excediendo la propia vía procesal escogida para ampliar la acusación, art. 406 del C.P.P., que faculta dicha modalidad cuando resultare un hecho que integre el delito continuado atribuido o una circunstancia agravante del mismo; por ende el decisorio resulta respetuoso del debido proceso y del principio de congruencia. Asimismo, sostiene el "a quo", no considera a los sucesos ampliados en el debate como delito continuado, cuando los hechos han recibido un tratamiento independiente e individualizado, determinando acciones que tuvieron principio y fin, distingue incluso el sobreseimiento dictado (fs. 651/657) del procesamiento alcanzado (fs. 643/652) o la desestimación de otros. "[...]En consecuencia, a los fines de resguardar el principio de congruencia como garantía del debido proceso, en el entendimiento que el hecho anexado a la acusación originaria respecto de M. J. V. (con ocurrencia temporal en julio de 2000 y espacial en el domicilio de la Sra. E. V.), no integra el delito continuado respecto del contenido en la requisitoria fiscal que diera apertura al juicio, debe ser desprendido del análisis de la presente sentencia, por tratarse de un hecho nuevo, al igual que

aquellos en los que el Tribunal se ha declarado incompetente en razón del territorio, en base al lugar de presunta concurrencia en la ciudad de Sao Borja-Brasil, tal cual se ha decidido por Auto N° 120 y ser remitidas las piezas pertinentes al Fiscal de Instrucción [...] -vide sentencia fs. 1741 vta.-. Cabe argumentar al margen de la característica del tipo progresivo de delito, para considerar una unidad de acción o delito continuado, la reiteración inmediata del acto carnal, al mismo furor erótico y habla de la unidad natural de la acción, acción única que satisface la realidad que se juzga. Por el contrario, cuando se vislumbra la existencia de conductas espacio- temporalmente diferenciadas, fruto de actividades psicológicas también distintas, cabe distinguir acciones jurídico-penales diferentes por producirse con un hiato temporal que las separa. Cumple cada una de ellas el total de los requisitos típicos del precepto y surge, como manifestación de una renovación de voluntad que se reitera, tras agotado su cumplimiento con ejecución de la acción inicial, debe estimarse la existencia de una pluralidad de acciones y cada una de ellas es punible conforme al tipo en que sean subsumibles. De acuerdo a autorizada doctrina como la expuesta en "Los Delitos Sexuales en la Ley Penal Española", RUIZ VADILLO, Enrique Marcos Lerner Editoria, p. 27. Párrafo aparte merece reseñar la estrategia defensiva desplegada, que hace reserva de recurrir en casación en el hipotético caso que el Tribunal se pronuncie en base a la ampliación formulada (ver debate fs. 1367 y vta. - fs. 1419/1420) e incluso al momento de alegar, cita a Jauchen en cuanto afirma que, "[...] la requisitoria fiscal de elevación a juicio o el auto del juez de elevación a juicio constituye la base sobre la cual habrá de tratar el mismo suscribiendo objetiva o subjetivamente su objeto temático y en definitiva la prohibición al Tribunal de condenar al imputado por un hecho distinto del descrito en la acusación [...]" -ver debate fs. 1702 vta.-. No escapa a esta judicatura que en un primer momento manifiesta la férrea defensa a que el tribunal tome en cuenta la ampliación. En consecuencia resulta contradictoria la postura nulidicente del defensor con el posterior postulado casatorio, donde se queja de la falta de pronunciación del sentenciante, lo que a corolario no es cierto, sino que además resta fuerza y coherencia a la pretensión de la parte. VII. Continuando con el análisis de los agravios esgrimidos por la defensa, es dable recalcar lo dicho por este S.T.J. "in re" Sent. N° 135/08 Considerando III y V : "[...] Se alega inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva [...] expreso ante todo que la corrección o incorrección de la aplicación de la ley está referida a la plataforma fáctica que quedó acreditada en la sentencia. Esto quiere decir que cuestionar el material probatorio tiene la finalidad de provocar variaciones fácticas estableciendo hechos a los cuales es factible que no sea aplicable la calificación dada en la sentencia. La alegación de este agravio debe tender a poner en evidencia que a los hechos que la sentencia tuvo por acreditados no corresponde la ley que se aplicó. La impugnación dirigida a cuestionar el razonamiento de la sentencia sobre la base de la valoración de las pruebas constituye agravio formal que se relaciona con la observancia de las reglas de la sana crítica racional, del principio "in dubio pro reo", etc. Si se comprueba que la sentencia es ilógico o absurda, que no justifica el grado de certeza necesario, entonces se anulará, no porque aplicó mal la ley sustantiva sino porque no se respetaron de los principios que deben observarse al momento de evaluar el caso en sus dos aspectos: objetivo y subjetivo[...]" Hecha la anterior salvedad, se procederá a responder los agravios en la medida que fueron reseñados con anterioridad, salvo que sea beneficioso tratar algunos de ellos en forma conjunta a fin de continuar el hilo de los argumentos y evitar reiteraciones, a pesar de que los mismos no resultan congruentes con la naturaleza enunciada por el casacionista. Realizado el análisis de la causa y controlada la sentencia, no se aprecia los vicios adjudicados por la defensa. El Tribunal "a quo" ha observado las reglas de la sana crítica racional (de la lógica, de la psicología y experiencia común), en la valoración de los elementos probatorios incorporados al proceso (pericias oficiales, informes técnicos, testimoniales) y ha arribado al grado de certeza necesario para condenar al encartado. En relación al "complejo de pruebas" sindicado por la defensa, cabe advertir que en el sub judice se aprecia conteste la dificultad probatoria ínsita en este tipo de delito, donde el lugar de comisión corresponde a ámbitos privados, alejados de la vista de terceras personas que conlleva a la ausencia de testigos directos y sin la existencia de rastros o evidencias físicas. En la mayoría de los casos el tiempo de la "notitia criminis", opera como inversamente proporcional para la obtención de pruebas, así cuanto mayor sea el tiempo para sacar a la luz lo acontecido, más se diluye la obtención de pruebas y menos evidencias físicas al respecto habrá. Es así, que la declaración de la víctima juega un rol fundamental en estos casos, al decir de la C.S.J.N. que "[...] la declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejen rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios. [...]" C.S.J.N. Fallos 309:319. No puede ser dejada de lado, la circunstancia que en el presente caso se adiciona el vínculo familiar existente entre víctimas y victimario (padre - hija, abuelo - nieta), la modalidad abusiva mediante juegos y prebendas, con la corta edad de la segunda víctima que no supera los 4 años, impone extremar la protección por su condición de niña con ninguna posibilidad de defensa de la agresión sexual. Siguiendo con el tratamiento de los agravios, cabe referirse a la "supuesta" imposibilidad de obtener el testimonio directo de la niñita, a través de la Cámara Gesell. Y la férrea defensa de la progenitora para evitar la revictimización de la niña y la del recurrente para controlar las pruebas de cargo. En ese sentido, para entender la posición de esta judicatura al respecto, es oportuno realizar algunas consideraciones previas. Independientemente del modelo que se

adopte, incumbe al magistrado indicar la utilidad y pertinencia de una medida probatoria, cualquiera sea la parte que la peticiona. Del mismo modo que la defensa pretende, la valoración de la conducta de la progenitora de la víctima, ello no es óbice para considerar la propia del imputado que anoticiado del proceso, conforme surge de la constancia de fs. 128 (21/10/2008), optó por ausentarse -legalmente del país según la defensa- y no participar del mismo; materializándose recién su comparendo con la declaración de imputado en septiembre de 2010 -fs. 574/579-, pasados casi 2 años de haberse iniciado estas actuaciones. Ello, al solo efecto de denotar que la investigación prosiguió y las medidas probatorias a las víctimas fueron realizadas. En consecuencia los 3 peritos oficiales, es decir la Lic. H., la Lic. R. y el Dr. G. trabajaron en los puntos de pericia pertinentes tanto con la niña como con la madre, fs. 173/176, fs. 280/281, fs. 278/279 y fs. 571, practica realizada en octubre y en noviembre de 2008. Asimismo, consta en autos la participación del Dr. V. y la Dra. P., quienes examinaron a las víctimas de autos, el primero de ellos a la madre a comienzos del 2009 y la segunda a la niña a finales del 2008, por lo que si bien deponen en el debate como testigos -fs. 1590/1594 y fs. 1594 vta./1597-, estrictamente exceden dicho calificativo al poseer conocimientos técnicos especializados, la opinión de los expertos adquiere la jerarquía de un informe técnico, como lo fue valorado por el "a quo" en consonancia con Sent. N° 130/12 -Considerando V- de este Alto Cuerpo. En similar sentido, la Lic. en Psicología G. y la Dra. en Psicología A., quienes atendieron a la niña, en agosto de 2008 y del 2009 al 2011 respectivamente. La primera de ellas, para determinar si había consecuencias psicológicas por una conducta de abuso y la segunda profesional para brindar tratamiento psicológico. Sin olvidar que la incorporación del art. 250 bis al código de rito, por ley 5889 se produce con posterioridad cuando los exámenes ya fueron realizados.

No escapa a esta judicatura, la vulnerabilidad propia de una de las víctimas por el tipo de infracción penal, por tratarse del delito de abuso sexual y se agrega el plus, por su condición de niña, sujeto de protección por sus particulares características de la más amplia normativa internacional, por mencionar una nada más la Convención de los Derechos del Niño, signada por la República Argentina que asumió el compromiso de [...] proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales [...] art. 34 y sumado a la condición de fémina, la Convención Belem do Pará, por lo que en estos casos se deben llevar adelante las medidas más adecuadas, para mitigar los efectos nocivos o negativos del ilícito (también conocido como victimización primaria) y, a su vez, procurar que el daño no se vea potenciado como consecuencia de su participación con el sistema de justicia (victimización secundaria); en todas las fases del procedimiento penal, en aras de salvaguardar la integridad física y psicológica de la niña. Al decir de la Dra. B. la víctima menor de edad es titular de una doble protección jurídica: en tanto víctima y en tanto niño, a lo que agregó su condición de mujer. Por otra parte, la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, consagra en su art. 16 Inc. i) la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos. Conforme lo desarrollado por MEDINA, Graciela "Violencia de Genero y Violencia Doméstica" Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 205. Es así, que en el específico caso de M. fue examinada por 3 peritos oficiales, 1 consultora técnica de parte y 2 Psicólogas, estas últimas con posterioridad a la conducta disvaliosa, expertos que con las garantías del caso, dado su condición de niña, examinaron y escucharon a la misma, conforme se refleja de la constancia de autos. Todos los profesionales mencionados, independientemente si fueran peritos oficiales o consultores técnicos, han intervenido en el debate brindando su conocimiento experto de las actividades realizadas, con lo cual la defensa ha ejercido el debido contralor de tales medidas probatorias. El "a quo" de esa manera evitó con ello la revictimización de la niña y posibilitó el pleno contradictorio al respecto. Máxime cuando ello solo fue respecto a una de las víctimas, atento que la madre-denunciante-víctima ha participado ampliamente en el proceso y reproducido los dichos de la niña fielmente en todas las oportunidades, lo que demás está decir, también fue confrontado por el casacionista. Por otra parte, este S.T.J. por Sent. N° 108/08, hizo lugar al recurso de casación por el MPF, anulando una sentencia absolutoria y la audiencia de debate que le precedió, por afectación de la Convención de los Derechos del Niño. En virtud, que el tribunal de juicio decidió recibirle declaración durante el debate, a pesar que la psicóloga forense había declarado que la menor no se encontraba en condiciones de prestarse a tal acto. Las quejas de la defensa, dirigidas al mayor o menor grado de credibilidad de la progenitora, no puede ser receptada si bien articula la pretensión que el sentenciante ha sobrepasado la valla de intermediación y valorado arbitrariamente la misma, al expresar supuestas contradicciones e irregularidades entre lo depuesto en etapas anteriores y el testimonio brindado en el juicio. Al respecto, es dable puntualizar que la defensa gozó de amplias facultades para interrogar a la testigo -ver fs. 1354/1366, especialmente fs. 1362/1364-, realizando idénticas preguntas y cuestionamientos que reproduce en casación, a lo que la deponente respondió cada una de las supuestas contradicciones y expresó la razón de sus dichos. No obstante ello, es criterio de este Alto Cuerpo que "[...]No se debe olvidar que el debate es la etapa central y por excelencia dentro del proceso, en el que importa la oportunidad en la que, se producen las pruebas y la intervención directa de todos los sujetos procesales en forma oral y pública con plena posibilidad de contradicción, lo que permite el contralor de las partes por excelencia, de ahí el mayor valor que ha otorgado el tribunal de juicio al testimonio prestado por los testigos en el juicio oral[...]" Sent. N° 116/12. Especialmente, cabe resaltar que este tribunal casatorio, encuentra

como límite de la amplia revisión, la impresión causada a los miembros del tribunal, propio de la inmediación y oralidad, la que solo puede ser controlada a través de las actas donde se refleja lo que estos deponen. En la sentencia impugnada, el tribunal da pormenorizado detalle de la percepción lograda "[...] la testigo-víctima-denunciante, ha efectuado en el debate una exposición de los hechos sumamente circunstanciada, describiendo a través de la narrativa su historia personal y familiar, sin discriminar sólo aquellos sucesos que dieron apertura al juicio, reproduciendo en cambio fielmente los acontecimientos con los que produjo la noticia criminis, según consideró pertinente a fin de otorgar verosimilitud a su relato [...] Según se apreció de visu la testigo-víctima-denunciante, se condujo con solidez durante el relato a pesar que se la vio movilizada, por momentos con mucha angustia, quebrándose en varias ocasiones, específicamente al narrar cuando se dio cuenta que estaba pasando con su hija lo mismo que sucedió con ella, que eso no iba a parar y debía tomar coraje, al igual que cuando contó cómo pudo ponerlo en palabras ante su madre y hermana y de igual modo, al relatar el hecho en el que hubo penetración. En lo restante se la observó más calma, muy segura, con respuestas coherentes, pese a que durante el interrogatorio se la hizo retroceder y avanzar a lo largo de todas sus vivencias, sin que se notaran grietas ni contradicciones, no sólo en esta exposición, sino en relación con sus declaraciones anteriores [...] ver sentencia fs. 1746 vta./1747. Son criterios harto reiterados por este S.T.J., la carencia de relevancia del tiempo que media entre la interposición de la denuncia y el hecho, habida cuenta las especiales características del suceso, donde se debe conjugar que en el campo de los delitos sexuales, se vinculan a razones de pudor, intimidación de la persona. (Sent. N° 5/11, N° 69/13 -entre muchas otras-). Por otra parte, "in re" Sent. 40/06 se dijo "[...] La remoción del obstáculo legal para la investigación de los delitos de abuso sexual funciona como prerrogativa para la víctima y nunca como una garantía para el imputado, por lo que carece de importancia el tiempo que media entre el acaecimiento del hecho y la formulación de la denuncia, fuera del que resulta de la posible prescripción [...]". Dichas consideraciones deben ser tenidas en cuenta, puesto que corresponden a la dificultad probatoria ya mencionado anteriormente y desde otro punto de vista, a la esencial protección de la víctima. Admitir cuestionamientos a esta última, relativos a la demora o tardanza en propiciar la denuncia contraria el espíritu mismo de la ley, adiciona un plus de revictimización a modo de violencia institucional. Es indudable que la perpetración de los sucesos llevados a conocimiento del "a quo" fueron llevados al amparo de la privacidad, en un marco intrafamiliar. Asimismo, "[...] cabe señalar que las víctimas de incesto sufren perjuicios que aparecen muchos años después de que cesa el hecho, porque la agresión incestuosa se mantiene latente en la víctima durante la edad adulta, y cuando los perjuicios se manifiestan la víctima ignora la relación de causalidad que existe entre los hechos incestuosos y sus problemas psicológicos. Solamente la terapia le permite a la víctima reconocer el nexo que existe entre sus problemas psicológicos y la agresión sufrida, y es recién allí cuando la agredida está en condiciones de accionar [...]" LAMM, Jocelym, B., *Easing Access to the Courts for Incest Victims* citado en Graciela Medina ob. cit. p. 591. Analizada la causa, es de advertir que las alegaciones de la defensa que el "a quo" considera solo los familiares de la línea materna, en exclusión del resto de ellos, basta decir al respecto que carece de asidero, a la luz de las probanzas rendidas. El tribunal valora la totalidad de los testimonios rendidos de los familiares sin distinguo. Respecto a las sobrinas y la hermana del imputado cabe apuntar que son las únicas cuya declaración coincide en alguna medida con la versión del imputado de lo sucedido en la reunión familiar donde admitió los hechos. Sin embargo, estas personas no estuvieron presentes en la misma, solo dan cuenta lo que se les dijo, de igual modo que la familia paterna quienes tampoco estuvieron presentes. Ahora bien, los que si participaron de la reunión son coincidentes en las circunstancias de tiempo, modo, lugar y el contenido salvo el encartado. Por tanto, no se advierte un sentido restringido o estricto sino una limitación propia del conocimiento adquirido de dichos testigos y por ende resulta lógica su valoración. Siguiendo con el estudio de la causa, respecto a los testimonios brindados por los familiares que participaron de la reunión, el "a quo" refleja su impresión "[...] gracias al invaluable aporte de la inmediación, es que pudimos apreciar que coincidentemente B., M. y M., se quebraron al recordar el momento de la confesión, más exactamente, al relatar la reacción de M. cuando escuchó de boca de su padre admitir semejantes hechos, cuando que todos esperaban una negativa y una explicación razonable. Es evidente que al evocar ese hecho, es decir traerlo al presente por medio del recuerdo, volvieron a vivirlo, y por ello resulta aún más creíble que esto sucedió, que no fue armado como un libreto para recitar. Incluso, M. respondiendo una pregunta de fiscalía manifestó que no obstante la imagen que él tenía de su padre, pensó que todo era cierto porque no había motivo que pudiera explicar tremenda confesión, le creyó porque no había explicación lógica, por eso quería escuchar la versión de él, y cuando confesó, cayó toda su imagen. Estas apreciaciones permiten dar crédito a las afirmaciones contundentes de la familia del imputado, constituyendo así prueba que acredita con fuerza indiciaria la existencia de los hechos y la autoría del mismo, sin que ello implique otorgar carácter de confesión extrajudicial a sus dichos[...]" ver fs. 1752. Ahora bien, del mismo modo pero a la inversa, se agravia de la valoración efectuada por el "a quo" de la impresión causada por su pupilo, "[...] con el discurso apreciado de visu en la declaración del imputado en la audiencia, y a su vez con su nivel de realidad. Ello es así, por cuanto a pesar de haber manifestado su gran desilusión, el dolor que le causó la denuncia y la reacción de sus hijos, no se notó que la palabra fuera acompañada de emoción,

cuando desmintió algunas afirmaciones de su familia argumentando que por ellas estaba siendo injustamente acusado, dijo simplemente que era una canallada, relacionándose así con lo dicho acerca de la racionalización del relato desprovisto de emoción [...] -ver fs. 1765 vta.- a lo que cabe responder con idénticos argumentos, tanto en uno como en otro sentido el límite del tribunal de casación no puede saltar la valla de la inmediación, tarea ínsita del sentenciante que cuenta con la posibilidad "in visu", lo que no evidencia una falacia o un signo de arbitrariedad, sino una consecuencia de la impresión brindada, por lo que los agravios exceden el marco de control de la casación. Independientemente de ello, no es cierto que el afecto y la cohesión familiar no hubieran quedado acreditados, conforme a la línea de argumentos expuestos por los testigos de descargo. "[...] ¿Cómo podés calificar tu vínculo con tu tío V. Contesta: Excelente. En realidad, antes de lo que pasó nosotros teníamos vínculo de tío - sobrina, trabajamos juntos, pero en realidad, después si lo pude conocer, un poquito más, porque tuvimos tiempo de estar juntos [...] M. L. -fs. 1561 vta.-; "[...] Si, si, lo que pasa es que yo con mis hermanos tengo una muy buena relación, porque le llevo diez años, prácticamente yo a él si bien, le tomo como si fuera mi hermano menor pero más lo tomo como si fuera mi hijo. Siempre lo protegí mucho [...] M. E. V. M. -fs. 1563-, por lo que una vez más escapa a esta judicatura el alegado signo de arbitrariedad del tribunal denotado por la defensa, cuando a la luz de las testimoniales resulta sobreabundante realizar preguntas al respecto. Párrafo aparte merece considerar, no se vislumbra en los sentenciantes reparo alguno o una concepción prejuiciosa, tendenciosa, subjetiva o mediatizada, analizada el acta del debate en sus 170 fs. aproximadamente, los magistrados han observado una mesura a lo largo de todo el proceso, con muestras de haber tomado las precauciones dadas las especiales circunstancias del caso respecto a los medios de prensa; tanto respecto a las víctimas, a su pudor e intimidad; como al imputado, especialmente respecto al cuadro de salud, han brindado, admitido prueba y escuchado ampliamente a todas las partes intervinientes sin distinguir. Por lo que escapa a esta judicatura, la aludida concepción, habida cuenta que en procura de la verdad real era menester empaparse de la dinámica intrafamiliar, atento al ámbito natural de producción del hecho criminoso. Por otra parte, debo decir que esta judicatura "in re" Sent N° 12/12 arribó a la solución consistente en que la conminación de nulidad cuando se trate de preguntas indicativas, capciosas o sugestivas formuladas durante las declaraciones de testigos, peritos e intérpretes, solo respecto a la declaración del imputado es nula, de nulidad absoluta en tanto se haya afectado la libertad para declarar. Así lo expresa "[...] las preguntas indicativas, capciosas o sugestivas son inadmisibles, de allí que el magistrado o funcionario que interviene en su recepción, además de no poder formularlas, deberá rechazar las provenientes de las partes que los hayan efectuado. Pero si a pesar de estas prohibiciones esta clase de preguntas se formularen y fueren respondidas, se suscita la cuestión de la validez de la declaración. Cuando se trata de la declaración del imputado, en la medida que se haya afectado la libertad para declarar, se tratará de una nulidad absoluta del acto. No ocurrirá lo mismo con las declaraciones de los testigos, peritos o intérpretes, atento a la falta de conminación genérica o específica de esa sanción, y sin perjuicio de que las respuestas no sean valoradas en razón de la inadmisibilidad de las preguntas. Si lo último hubiera sucedido, podrán viciar la motivación de la sentencia que se base decisivamente en ellas [...]" CAFFERATA NORES y TARDITTI, Cód. Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, comentado T. I, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 376; se corrobora del escrito recursivo, que las preguntas expresamente transcriptas que a juicio de la defensa son inadmisibles, fueron realizadas a testigos, a saber víctima (hija del imputado), la madre de esta última y al hermano de la denunciante. Del plexo del art. 413 del C.P.P., se establece el procedimiento a seguir en caso de una pregunta inadmisibles, y la alegación de la imposibilidad de objetar las mismas, no se corrobora del acta la circunstancia que alguien haya obstaculizado su labor defensiva, atento que la defensa no profirió objeción alguna y la excusa que no lo hizo, por cuanto las mismas provenían del propio tribunal puesto que serían rechazadas, obedece a una futurología por parte del recurrente, carente de asidero legal, lo que me releva de mayores comentarios al respecto. Los vanos intentos defensivos de desvirtuar y descalificar los dichos de la víctima, de estado de "cosificación" o "juegos de seducción", referido a un aprovechamiento de la situación económica por parte de M. J., de banalidades que no representaban cosas de primera necesidad, a tenor del descreimiento instalado en la defensa, se extrae de las propias testimoniales de los testigos de descargo propuestos por la defensa que "[...] el tío C. era una persona que estaba presente, económicamente ellas dependían mucho del tío C., económicamente sobre todo [...] El tío C. toda la vida se hizo cargo de todas ellas, todas, M. J. queda embarazada, su madre le dijo que no se iba a hacer cargo, digamos que tenía el apoyo de su papá. El padre de M. era un chico que tenía 14 ó 15 años, ósea que no trabajaba y él era sostén económico de M. J. y de M. Era el imputado, el Dr. V., de M. también, de M. también, de R. también [...] M. D. L. fs. 1553 vta. "in fine" y fs. 1556; "[...] ¿Pero cómo se entiende que hayan podido armar esto siendo que el sostén económico de toda esta familia era el Dr. V.? ¿Cómo se entiende que lo denuncien sabiendo las consecuencias que esto acarrearía? Pero no se olviden que ellas dependían totalmente de su padre [...] M. E. V. M. -fs. 1564 vta.-. Por otra parte, a fs. 1357 vta. M. J. expresó, "[...] Si bien yo tenía un padre que abusaba de mi pero fuera del abuso el estaba presente, y yo terminaba eligiendo ese pseudo cuidado que venía de ese lado, yo no tenía otra cosa, ahora lo puedo ver pero estaba sola ahí [...]" Consecuentemente, los embates defensivos se centraron en descalificar a los expertos, excepción hecha de la Lic. H.,

particularmente al Dr. G. y la Lic. R. por cuanto participaron tanto en las pericias realizadas a las víctimas como al encartado. Sin embargo, controladas las actuaciones la defensa al ser notificada de dicho examen, (fs. 642) no objetó la participación de los mismos. De ese modo, cuestiona la valoración e intenta el descrédito de la actuación conjunta de la Lic. R. y el Dr. G., por circunstancias que no se relacionan con la pericia realizada a las víctimas. Así, el arribó una vez comenzada la entrevista de la Lic. R., se vincula a la pericia al imputado y no a M. J. y M.; la junta médica en que participó el Dr. G. por la enfermedad del "mal de Chagas", resulta una cuestión encomendada ajena a la pericia e incluso, la supuesta falta de detalles de las características pedófilas atribuidas al encartado, fueron objeto de una detallada explicación en la audiencia de debate. -ver fs. 1536-. Los cuestionamientos realizados, se condicen más con técnicas propias de la corriente identificada como "backlash" que a una crítica seria y empírica al desempeño y conocimiento técnico de los expertos. Adviértase que el objetivo final de esta corriente es: a) invalidar las denuncias de maltrato o abuso sexual de menores; b) convertir al denunciante en un sospechoso; c) tornar imperceptible el límite entre la víctima y su victimario; d) desacreditar a los peritos y a los informes periciales; e) ignorar los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño. En consecuencia, el ejercicio de la defensa no solo realiza un embate contra los profesionales, sino se colige un ataque lego de la Psicología y la Psiquiatría como ciencias. "[...] Dentro del drama jurídico no es raro que se pregunte al perito psiquiatra acerca del número de entrevistas que mantuvo con el examinado y cuánto tiempo duró cada una de ellas. Esta pregunta, [...] quiere ser un sutil señalamiento con el que se procura socavar la confiabilidad del dictamen psiquiátrico. Ese tipo de crítica se basa en la suposición de que un examen prolongado es más digno de crédito que uno relativamente breve [...] Pero ahí no terminan los reparos. El hecho de que una simple conversación puedan deducirse afirmaciones muy concretas sobre episodios sumamente graves [...] desconcierta y hasta genera un vago sentimiento de desconfianza en algunos espíritus [...] La formación técnica del perito psiquiatra le permite rescatar de los elementos que aparecen durante la entrevista, la esencia real del comportamiento de una persona, trascendiendo la significación convencional o vulgar que no tiene utilidad por el hecho de ser ingenua (o no científica)[...] Aunque haya en el examinado un interés especial en parecer lo que no es, el perito puede conocer la realidad del ser humano que tiene enfrente[...] la naturaleza del examen psiquiátrico lo aleja de ser un vacuo parloteo entre dos personas comunes. El psiquiatra, en su actividad, no mantiene charlas triviales, sino que todo lo que sucede en la entrevista lo ha de tamizar desde la óptica de su ciencia [...] Zazzali "La pericia psiquiátrica" p. 112/115. Adviértase, que idénticos planteos fueron realizadas a las profesionales de psicología, algunas de las cuales también partieron del relato o trabajaron a partir de lo que las examinadas trajeron a la entrevista y otras adicionaron test u otras operaciones técnicas. Si bien es dable entender la posición del casacionista, dado el rol del defensor que pretenda una disímil valoración, a raíz de la inveterada jurisprudencia de este Cuerpo, donde los informes psicológicos-psiquiátricos adquieren una categoría superlativa como elemento de juicio inculminatorio. Así este S.T.J. ha confirmado sentencias condenatorias "[...] con fundamento cierto en exámenes psicológicos, que se expidan positivamente respecto de la exteriorización en la víctima de los trastornos y actitudes que presuponen la existencia de un abuso sexual infantil (ASI), [...]" Sent. N° 98/07, 28/09, 97/09, 12/10, 12/12 entre muchas otras. Asimismo, el "a quo" expresó respecto al informe y la ampliación en el debate de la Lic. H. "[...] si bien no detectó en M. indicadores de haber padecido una conducta abusiva, no puede afirmar fehacientemente la no existencia de los mismos y su eventual expresión a futuro, signos que dependen de la permanencia en el tiempo y de quien provenga la misma. Lo que condice con lo expresado anteriormente, en cuanto a que el contacto físico lo registró como un juego, dentro del contexto de una relación de afecto y cariño con su abuelo [...] -ver sent. fs. 1759 y vta.-. Continúa el tribunal con los otros dos peritos oficiales, (G. y R.) en la ampliación del informe, fs. 571, elaborado por ambos profesionales "[...] mencionan la presencia de indicadores indirectos que surgen del relato de la historia de la niña, observando la presencia de una persona mayor y de juegos de seducción con la misma, pero no se evidencian signos de los esperados en las situaciones traumáticas que experimentan la mayoría de las víctimas de abuso, destacando que las situaciones se dan dentro de un marco de seducción por medio de juegos y prebendas inducidas por medio de adulto [...] ver Sent. fs. 1760. Particularmente, no es cierto el reproche del recurrente que no hay informe psicológico que indique la existencia de un abuso sexual infantil. Así, las periciales efectuadas son contestes respecto a M. J. que se hallaba manifiesto. En M., aclaran los profesionales que primero peritaron a la niña que la edad de la víctima y la modalidad comisiva, marco de seducción (juegos y prebendas), retrasan la aparición de los signos, hasta la adolescencia donde se resignifica el acto (H., R. y G.). Con posterioridad se adiciona al complejo probatorio el testimonio de los expertos, la Dra. P. y la Dra. en Psicología A., la primera de ellas quien advirtió signos directos que indicaban el ASI, "[...] conducta sexualizada que la niña desplegó en forma espontánea [...] que consistió en tirarse en un sofá, levantar las piernas y tocarse los genitales a la vez que miraba a la médica para ver si la estaba observando o no, apreciándose además que varias veces usó un término adultificado [...]" -ver Sent. fs. 1762-. A su turno, la Lic. A. clarificó que durante el tratamiento psicológico, "[...]la pequeña verbalizó que su abuelo le tocaba la "chocha" graficando el significado genital de esta palabra a través del juego con una muñeca, para luego dar unos detalles más de cómo sucedía esto, bajo un estado de angustia

[...] -ver Sent. Fs. 1762 vta.- opiniones técnicas que confluyen e ilustran el ánimo de los sentenciantes. En relación a la niña, es dable recalcar que el lenguaje que utilizó es acorde a su corta edad y la propia naturaleza del acto, disfrazado de juegos y cariños le impidió introyectar su real sentido, exigir que un niño de esa edad otorgue precisiones y lo exponga como pretende el recurrente a lo largo de su discurso defensivo -el tata me besó la chocha- implica un contrasentido y una exigencia desmedida, atento olvida la condición de niño de esta última. Justamente es lo inocente del comentario sin atisbo de culpabilidad o reproche a su progenitora, que permite reforzar la mecánica de "juego", "muestra de cariño" y "prebendas" en el que era realizado de lo cual rotundamente dan acabada cuenta las pericias. La participación de la Lic. A., cobra relevancia atento que es la profesional con mayor contacto con la niña, motivo de la terapia que llevaba adelante. La circunstancia que sus servicios hayan sido abonados, no es objeto para que la misma sea invalidada, en estos casos, el sentenciante debe apreciar sus informes con extrema cautela y en conjugación con el resto del acervo probatorio como es el caso de autos con arreglo a las reglas de la sana crítica. El alegado complot familiar, no resiste el menor análisis al menos que también hayan participado del mismo los distintos peritos actuantes, incluso H. a quien la defensa le confiere mayor credibilidad. Como lo expresa el "a quo", "[...] En consecuencia se erigen como sustento de credibilidad y veracidad de las afirmaciones de la víctima y denunciante, corroborando la ocurrencia de los hechos que la victimizaran a ella y a su hija, diluyéndose de este modo toda posibilidad de complot entre los familiares de aquellas para perjudicar al imputado, a menos que también los peritos sean sospechados de participar en él [...]". Respecto al reconocimiento del patrón de conducta, que la tiene a M. J. como víctima, no considero que se trate de una violación al "ne bis in idem" o un nuevo juzgamiento de etapas precluidas o sobreseimientos; por el contrario observo la estimación del tribunal del método histórico en la apreciación de los hechos, a fin de descubrir el fenómeno en su cabal y completa dimensión, conforme a las directivas de la C.S.J.N. en el "leading case" Casal. Sin perjuicio de lo dictaminado por los peritos del daño experimentado por las víctimas que fuera reflejado por el "a quo", es de advertir que el tribunal mensura la "extensión o el mayor daño", conforme a la manda del art. 41 del C.P., respecto a M. J., la elección de una nueva víctima dentro de la misma progenie, no necesita de pericia alguna atento que al sufrimiento propio, hay que adicionar el sufrimiento e impotencia de lo sucedido con su hija. Por otra parte, es dable advertir que la subsunción jurídica, fue encuadrada de la siguiente manera: Abuso sexual gravemente ultrajante, mediando abuso coactivo o intimidatorio de una relación de poder, agravado por la condición de ascendiente, dos hechos, en concurso real (arts. 119 2do párrafo, en función del primero, en relación al 4to. Párrafo, inc. b), 12, 40, 41, 45 y 55 del C.P.), lo que no debe confundirse o asimilarse al inc. a) del cuarto párrafo del citado artículo, el que positivamente requiere la demostración y comprobación específica de ese plus mayor al daño "normal" que ocasiona este tipo de ilícito, lo que exime de mayores comentarios. VIII. Finalmente, el planteo constitucional de la defensa no puede prosperar, habida cuenta que el "a quo" mensura correctamente los aspectos del art. 40 y 41 del C.P., para determinar la pena aplicable, la que se encuentra debidamente fundada. Particularmente, el legislador al determinar las conductas subsumidas en el segundo y tercer párrafo, cuando concurra algunas de las circunstancias agravantes del cuarto párrafo del art. 119 del C.P., conmina con idéntica escala penal. Basta decir al respecto, que la mentada ley 25.087 tuvo en su génesis la modalidad del sistema español, que toma idéntica postura (atribuir idéntica escala penal en ambos supuestos al concurrir alguna de las agravantes mencionadas). Así lo advirtió la doctrina, quien señaló: "[...] En el tipo agravado, se observa que la ley somete a la misma pena conductas que en su forma simple están sometidas a penas diferentes. Ello puede ser contabilizado como un error de la ley, sin embargo, los abusos sexuales gravemente ultrajantes para la víctima por su duración o por las circunstancias de su consumación, son hechos que por sus características pueden ser aún de mayor entidad ultrajante que los del tercer párrafo y que en el Cód. Español de 1995, que sirviera de modelo a nuestro legislador, están equiparados en su pena (arts. 179 y 181 C.P.E.). Además, en las figuras de la promoción y la facilitación de la corrupción y de la prostitución de menores de 18 años y de 13 años (arts. 125 y 125 bis), al igual que en el tipo sustituido, a pesar de que en ambas edades se aplican escalas diferentes, en el tipo agravado del 2º párrafo de esas disposiciones, se establece una escala única y otro tanto ocurría en el texto derogado, por lo que podría pensarse que no es errónea la decisión legislativa[...]" GAVIER, Enrique A., Delitos contra la Integridad Sexual. Análisis de la Ley 25.087. Antecedentes Parlamentarios, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999, p. 45. Por lo que la normativa en cuestión trasluce un posicionamiento del legislador, fundado en determinadas posturas científicas (analizado su fuente o precedente legislativo extranjero) y resulta ajeno al control de constitucionalidad que pretende la defensa. La C.S.J.N., en autos "Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas causa n° 6491" (Fallos 314:424), ha dicho que "[...] La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable"; que "En virtud de la facultad que le otorga el art. 67, inc. 11 -actual 75 inciso 12- de la Constitución Nacional, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo, y en su

consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente"; que "Sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada"; y que "Se puede introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad, pero el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal". Criterio compartido reiteradamente por éste S.T.J., "in re" Sent. N° 33/06 que: "[...] La declaración de inconstitucionalidad de una norma o de alguna de sus partes amerita necesariamente la demostración de quien lo pretende, de los agravios que le origina en concreto esa disposición, resultando insuficientes los meramente conjeturales" y "En reiteradas oportunidades el más alto tribunal de la Nación señaló que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de alguna de sus partes es un acto de suma gravedad institucional que deba ser considerada como ultima ratio del orden jurídico [...]". IX. Por todo lo expuesto, la medida recursiva intentada resulta inconducente en definitiva, por lo que concluyo que, la sentencia se encuentra debidamente fundada, reúne los requisitos de validez, resulta inamovible en sus fundamentos la que ha arribado a una solución inobjetable con los argumentos expuestos por el recurrente; por tanto, propongo que se confirme la Sentencia N° 46, glosada a fs. 1732/1773. Con costas conforme al art. 574 y concordantes del C.P.P. Así voto. El Dre. Niz dijo: Que adhiero al voto del Dre. Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos. Así voto. El Dre. Semhan dijo: Que adhiero al voto del Dre. Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos. Así voto. En mérito del presente Acuerdo, el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente: Sentencia N° 10 1°) Rechazar el recurso de casación incoado por la defensa técnica y en consecuencia confirmar la Sentencia N° 46 con costas. 2°) Insertar y notificar.

Alejandro Chain Fernando Niz Guillermo Semhan

013866E