

- [Sentencia](#)
- [Sumarios](#)

Texto de la Sentencia

FALLO N°52/21 - SALA "A": En la ciudad de Santa Rosa, capital de la Provincia de La Pampa a los quince días del mes de octubre del dos mil veintiuno, se reúne la Sala A el Tribunal de Impugnación Penal, integrado por el Juez Pablo Tomás Balaguer y la Jueza sustituta María Eugenia Schijvarger, asistidos por la Secretaria María Elena Grégoire, a los efectos de resolver el recurso de impugnación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, Marcos Hernán Sacco, contra la sentencia dictada por la Audiencia de Juicio de la Primera Circunscripción Judicial en el legajo n°93483/1 -registro de este Tribunal-, caratulado: “M., P. E. s/ Recurso de Impugnación”y del que **RESULTA:**

I.) Que el Juez Andrés Aníbal Olié en ejercicio unipersonal de la jurisdicción de la Audiencia de Juicio de la Primera Circunscripción Judicial, mediante Sentencia n°21/2021 del día 22 de abril de 2021 en el punto primero condenó a P. E. M. por resultar autora penalmente responsable de los delitos de exhibiciones obscenas, agravadas por la edad de la víctima, como delito continuado en perjuicio de J. L. M. S., en concurso real con el delito de abuso sexual simple, cometido sobre un menor de 13 años, agravado porque el hecho fue cometido por quien tenía la guarda del niño, como delito continuado en perjuicio de T. J. A. S. (artículo 129, primero y segundo párrafo, artículo 119, primer párrafo, primer supuesto, cuarto párrafo inciso b) y 55 del C.P.), a la pena de cuatro años de prisión y accesorias legales, sin costas (artículos 346, 444 y 445 del C.P.P.).

II.) El representante del Ministerio Público Fiscal, Marcos Hernán Sacco, presenta recurso de impugnación en los términos del artículo 387 inciso primero y tercero del C.P.P. Alega que existió una errónea aplicación de la ley sustantiva y una errónea valoración de la prueba. Manifiesta que se encuentra habilitado para el remedio procesal interpuesto, conforme el artículo 390 del C.P.P., y en definitiva solicita que se condene a M. a la pena de 18 años de prisión en orden a los delitos de: “1) Abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de realización, calificado por haber sido cometido por la encargada de la guarda, como delito continuado, en concurso real con exhibiciones obscenas, en perjuicio de B. B. M. -de 4 años de edad- (art. 119, 1° párrafo, 1° supuesto, 2° párrafo, 2° supuesto, en relación al 4to. párrafo inciso "b"), 129, 1° y 2° párrafo y art. 54 –a contrario sensu – del C.P.; 2) Abuso sexual simple como delito continuado en concurso real con Abuso sexual con acceso carnal calificado por haber sido cometido por la encargada de la guarda, en perjuicio de T. J. A. S., de 11 años de edad- (Art 119. 1° párrafo, 1° supuesto, y 3° párrafo en relación al 4to. párrafo inciso "b" y art.55 del CP). Todo en concurso material (art. 55 del C.P.), debiendo responder M. en calidad de autora (art 45 del mencionado cuerpo legal) correspondiendo que dichos episodios sean contemplados y valorados en el marco de la Ley 26061.”

III.) Admitido formalmente el recurso deducido, se le dio el trámite previsto para el procedimiento común, quedando la Sala A que intervendrá integrada por la Juez Pablo T. Balaguer y Jueza Sustituta María Eugenia Schijvarger. Notificadas las partes y realizada la audiencia del art. 397 del C.P.P. en la que fue entrevistada P. E. M. mediante la plataforma Zoom, ha quedado la presente a disposición de la Sala para emitir su voto, y;

El Señor Juez Pablo T. Balaguer dijo:

1. El recurso de impugnación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal resulta formalmente admisible en los términos de los arts. 387 y 390 del C.P.P.-Ley 3192-.

Asimismo, la impugnación se encuentra debidamente motivada -art. 393 en relación con el art. 387, ambos del C.P.P.-, brindando el marco de tratamiento que este Tribunal revisor debe realizar -art. 383 del C.P.P.- En principio cabe afirmar que el Recurso de Impugnación interpuesto por el Ministerio Fiscal resulta admisible a tenor de lo establecido en los arts. 387 incisos 1º y 3º, 389 y 390 de nuestro ordenamiento procesal.

Asimismo, los agravios del impugnante, conforme la competencia asignada mediante el recurso de impugnación a esta jurisdicción, deberán ser examinados a la luz de las constancias probatorias incorporadas legítimamente, prescindiendo de todas aquellas cuestiones que resultan propias de la inmediación, tal como fuera fijado por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal en el precedente "Casal".

Ello así, y en consideración a que ese Alto Cuerpo en la jurisprudencia aludida señala que "la revisión así entendida implica la eliminación de las limitantes por cuestiones de hecho y de derecho, debiendo aplicarse en nuestro derecho la teoría que en la doctrina alemana se conoce como del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento. Así lo ha sostenido nuestro Superior Tribunal al expresarse sobre las facultades recursivas de quienes llevan adelante la acusación en el proceso, y en lo que respecta al acusador público concluyó que: "...de la letra expresa del código, existe paridad absoluta entre todas las partes para lograr la revisión integral de la sentencia, conforme a las pretensiones articuladas por ante el tribunal intermedio" ("LESCANO, Roberto Fabián en causa por abuso sexual mediando violencia física agravado por haber existido acceso carnal s/ recurso de casación," legajo nº 34031/3, Sala B del STJ, sentencia de fecha 08-03-217).

Por otra parte teniendo en cuenta la edad de los niños T., J. y B. al momento de los hechos -11, 6 y 4 años respectivamente- la preservación del interés superior de niños, niñas y adolescentes es idea rectora en nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño señala que "en todas las medidas concernientes a los niños, que adopten las instituciones públicas o privadas, los tribunales, los órganos legislativos o las autoridades administrativas una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño".

En concordancia con las directrices emanadas de dicha legislación, también se ha expedido nuestro Máximo Tribunal al poner de manifiesto que "la consideración primordial del interés del niño -art. 3. 1- impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamadas al juzgamiento de los casos" (C.S.J.N., Fallos: 328:2870; 234:975, entre otros).

Establecido el marco normativo y la legislación especial sobre la valoración de la prueba en este tipo de delitos, se analizará el presente Legajo.

Teniendo en cuenta lo expresado, habré de ingresar al examen de las cuestiones planteadas conforme a la sistemática abordada por el recurrente, la que fuera sostenida por el Ministerio Público Fiscal durante todo el proceso desarrollado en el presente legajo -orden que se puede apreciar en la sentencia-, con la amplitud de conocimiento y revisión expuesta.

2. B. B. M.. Análisis de los agravios.

El Fiscal recurrente inicia su alocución con la exposición de aquellos agravios que integran el presente recurso, exteriorizando cuestionamientos a la sentencia referidos a la acusación que le formulara a P. E. M. en la consumación de los hechos de los que resultó víctima el menor **B. B. M.**

Que, en tal sentido, reitera que los hechos consumados por M. contra B. consistieron en: "*haberle colocado sus partes íntimas (vagina) y orinado en la boca del niño; haber llevado a B. y a su hermana J L. S., de 6 años de edad al momentos de los hechos, al baño de la vivienda mostrándoles cómo orinaba y sus partes íntimas, obligándolos a que ambos tocan/frotaran su vagina, haciéndolo el niño b. y rehusándose J. a ello, asimismo obligarla a la niña a bañarse juntas. Hechos ocurridos entre los días 20/09/219 y el 15/11/219 en el domicilio donde residían los niños, sito en la calle de esta ciudad*".

Conforme a esa descripción fáctica la calificación jurídica que seleccionó el acusador público fue la de “*abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de realización, por ser la encargada de la guarda, como delito continuado, en concurso real con exhibiciones obscenas, agravadas por la edad de la víctima*” (artículos 119, 1º párrafo, 1º supuesto, 2º párrafo, 2º supuesto, en relación al 4º párrafo inciso b, 129 1º y 2º párrafo y 54, a contrario sensu del Código Penal).

2.1. Como primer cuestionamiento relacionado con ello -a la recreación fáctica y su calificación jurídica- la fiscalía sostiene que el juez de audiencia lo trató valorativamente en los considerandos de la sentencia pero, al momento dictar el fallo, no expresó resolución en ningún sentido; con lo cual, los hechos en que resultó víctima el niño B. no fueron resueltos por el juzgador.

2.2. Expresa la fiscalía que el Juez dio por acreditados en los considerandos del resolutivo los hechos respecto a B. a partir de las pruebas producidas, haciendo mención a las declaraciones testimoniales brindadas en el debate –F. S., J. S., C. M. y N. C.-; como así los relatos de J. L. S. y J. P. efectuados bajo la metodología de Cámara Gesell en razón de su edad (ver considerando 15 a 18).

El acusador cita el apartado 19 en el que el juez hace referencia a la acusación mantenida en el debate, el que transcribo textualmente:

“19. Recordemos que la acusación fiscal contra M., siempre con relación al niño B., conforme la acusación que fue mantenida en el debate, consistió en “haberle colocado sus partes íntimas (vagina) y orinado en la boca”.

La pregunta que tenemos que contestar en este punto es si estos sucesos se ven corroborados por la prueba producida.

Filtrados aquellos hechos narrados por B. que pueden configurar diversas hipótesis de malos tratos contra un menor, pero que no poseen encuadre penal en los términos de la acusación fiscal, queda subsistente el hecho al que alude el fiscal en su acusación y que podría sintetizarse diciendo que M. orino, colocando la vagina en la boca de B..

Este hecho aparece ajustado a las pruebas producidas y reseñadas en los apartados 14 a 18 de esta sentencia.”

2.3 a) Es aquí donde el fiscal recurrente señala que el juez comete el error de haber recortado los hechos por los que fuera acusada M., consignando el *a quo* como base fáctica a valorar y conforme lo que considera como la acusación fiscal que fuera mantenida en el debate lo siguiente: “***haberle colocado sus partes íntimas (vagina) y orinado en la boca***”.

Al respecto la Fiscalía sostiene que los hechos de los que B. fue víctima -tal como los enunció en su alegato- se pueden dividir en dos: *el primero* es haberle colocado las partes íntimas (vagina) y orinado en la boca del niño.

El segundo hecho, consiste en haber llevado a B. y a su hermana J., de 6 años de edad al momento de los hechos, al baño de la vivienda mostrándole cómo orinaba y sus partes íntimas, obligándolos a que ambos tocaran/frotaran su vagina, haciéndolo el niño B. y rehusándose J. a ello, asimismo obligar a la niña a bañarse juntas. Hechos estos que acontecieron en más de una oportunidad.

2.3. b) Por otro lado, sobre el delito de **exhibiciones obscenas**, sostiene el fiscal que el sentenciante además de haber parcializados los hechos en que fue víctima el niño B., con las mismas evidencias, arriba a soluciones totalmente dispares. Resuelve que la acusada M. cometió contra J. el delito de exhibiciones obscenas, y respecto de B. surge de los considerandos de la sentencia que no sería delito.

La crítica que señala el fiscal recurrente y es mencionada en lo sustancial en el párrafo anterior, fue fortalecida con una argumentación extensa, útil y legítima, a la que me remito para no reiterar, dado que se encuentra plasmada en esta incidencia recursiva y se exhibieron las partes al momento de producir de manera oral sus informes.

El fiscal más adelante agrega que la situación fáctica de que tanto J. como B. eran obligados por la niñera a ver su cuerpo desnudo no fue analizada ni valorada por el juez en la recreación sintetizada que realiza en el considerando 19 al expresar que "...orino, colocando la vagina en la boca de B..".

El recurrente se refiere al relato de J. sobre los hechos vividos por B. y lo que contaran los testigos en el debate, los que describe como relatos contestes, veraces y coincidentes con su acusación, para resaltar la contradicción. Ya que ante similitud de hechos y analizando los mismos elementos de prueba llega a soluciones contrapuestas y en definitiva determinar que respecto de la niña se configuró el delito y no para B..

Lo que, a entender del fiscal, constituye un acto de marcada arbitrariedad en los términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y deviene en la invalidez del acto jurisdiccional.

Agrega que mantiene esa arbitrariedad porque el juzgador realiza una errónea valoración de la prueba que tuvo en su poder para juzgar a la imputada respecto de los hechos que dañan a B..

Sostiene que "En definitiva, la sentencia recurrida, presenta insuficiencias que la invalidan como acto jurisdiccional, porque se origina a partir de una segmentada valoración del testimonio de J., desprovista del restante material probatorio, el que fue apartado sin exponer razones de tal decisión y sin ser refutados de forma sustancial y con solidez, por lo que deviene arbitraria por valoración omisiva y contradictoria."

2.4. Luego retoma el hecho señalado en el apartado 2.3 a) de la presente y manifiesta que según los argumentos del juzgador dicho fundamento fáctico aparece ajustado a las pruebas producidas y reseñadas en los apartados 14 a 18 de la sentencia.

Al momento de efectuar el **encuadre jurídico**, el *a quo* sostiene en el apartado 20 que el abuso sexual y sus agravantes (artículo 119 y siguientes del Código Penal) y las exhibiciones obscenas (artículo 129 del Código Penal) se relacionan con el bien jurídico que diversos autores describen como "reserva sexual de la víctima"; "libertad sexual"; "pudor sexual"; "decencia sexual"; "integridad sexual"; "autodeterminación o indemnidad sexual", etc, y concluye que todas tienen la sexualidad como foco esencial del bien jurídico protegido.

En tal sentido concluye que "no cualquier tocamiento o acercamiento físico, ni cualquier acto de desnudez, a pesar de ser conductas que objetivamente (tipicidad objetiva) podrían tener encuadramiento formal en los artículos 119 y/o 129 del C.P., califican para admitir su tipicidad. Se requerirá siempre una significación o connotación de tipo sexual."

Respecto de ello el fiscal se pregunta cómo es posible que en una misma sentencia donde los damnificados son 3 menores, siendo la niñera la imputada, respecto de dos de ellos si existe connotación sexual u obscena (T. y J.) y respecto de B. no.

Reitera en este punto que tal como acusó y sostuvo en los alegatos, durante el tiempo que M. tuvo a cargo a los menores desplegó sobre ellos diferentes conductas destinadas exclusivamente a satisfacer su libido sexual.

Por ello pretende que la calificación jurídica sea la de abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante y fundamenta esa petición.

Agrega que discrepa tajantemente con la interpretación del juzgador de entender los hechos vividos por B. como maltrato infantil, conforme el análisis del apartado 21 del fallo.

Resalta otra contradicción en la sentencia que aparece en el apartado 43 cuando analiza la extensión del daño causado respecto de J. y T. quienes conjuntamente con B. debieron comenzar terapia psicológica para superar los hechos que juzgaron.

3. Las consideraciones que tuvo el juez de audiencia respecto a los hechos en que fuera víctima el niño B. y, al valorar que el accionar que se le achaca a P. E. M. no constituyó delito, motivó una profunda crítica plasmada en distintos puntos de agravio por parte del órgano persecutor los que procedo a analizar.

3.1. En primer lugar, y a fin de ordenar el estudio de los agravios, corresponde señalar los hechos por los que fue acusada M. respecto de el niño B. conforme lo expuesto por el fiscal, consistieron en: “...haberle colocado sus partes íntimas (vagina) y orinado en la boca del niño; haber llevado a B. y a su hermana J. L. S., de 6 años de edad al momentos de los hechos, al baño de la vivienda mostrándoles cómo orinaba y sus partes íntimas, obligándolos a que ambos tocaran/frotaran su vagina, haciéndolo el niño b. y rehusándose J. a ello, asimismo obligarla a la niña a bañarse juntas. Hechos ocurridos entre los días 20/09/219 y el 15/11/219 en el domicilio donde residían los niños, sito en la calle de esta ciudad”.

3.2. Así, debo dar respuesta al planteo propuesto por el fiscal recurrente referido a que los hechos en que resultó víctima el niño B. B. M. no fueron resueltos, ello sin perjuicio de cual fuera la manera o el sentido valorativo de análisis de la conducta que se le endilga a M..

Lo cierto es que le asiste la razón el recurrente en cuanto a su reclamo ya que, basta con efectuar una simple lectura del resuelvo de la sentencia y advertir que el Juez Olié omite resolver la situación procesal de P. M., obviamente conforme al criterio que fue considerado. Va de suyo que, conforme a los fundamentos expresados por el Juez Olié, debió resolver la absolución de P. M. por los hechos que fuera acusada referidos siempre a aquellos que resultara víctima el niño B..

Tampoco se efectúan una explicación al respecto sobre esa ausencia en la parte dispositiva de aquellos hechos, con lo cual podría sostenerse que, inclusive, la persona sometida a proceso no ha obtenido respuesta de manera completa por la que fuera acusada.

3.3. Ahora bien, de acuerdo a las manifestaciones efectuadas por el recurrente en cuanto a que esta falta de resolución convierte a la sentencia en un acto jurisdiccional inválido y, en todo caso, no se trataría de aquellas situaciones donde el juez de grado adoptó un determinado criterio que lo hubiese llevado a una errónea decisión sobre la autoría responsable.

Y no fue así, porque directa y expresamente no sucedió en el *sub judice* ya que no absolvió ni condenó por los hechos que merecieron valoración. Al respecto, entiendo que resulta de aplicación aquella disposición contenida en el artículo 399 del C.P.P. (conforme a la reforma n° 3192) que dispone textualmente: “*Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte..., o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, el Tribunal de Impugnación resolverá directamente sin reenvío*”. Este último aspecto resultó reglamentado por el Acuerdo n° 3685 del Superior Tribunal de Justicia estableciéndose “... que los casos de reenvío deberían limitarse estrictamente a aquellos supuestos del artículo 387, inciso 2 del Código Procesal Penal, en los cuales la inobservancia de las formas procesales fuera de tal magnitud que tornaren imposible al Tribunal de Impugnación Penal dictar una sentencia condenatoria o absolutoria. En el resto de los supuestos, apelando a las reglas de la sana crítica racional,

necesariamente deberá expedirse positivamente...” (conf. al fallo dictado por S.T.J. en el legajo 78569/3, caratulado “MORALES, Ángel Felipe S/ recurso de casación”).

En consecuencia, a pesar de que el fiscal calificó como inválida la sentencia impugnada, entiendo que se está en condiciones dictar sentencia desde esta alzada y así evitar un reenvío para la realización de un nuevo debate, lo que se torna innecesario máxime si tienen en cuenta la temática tratada en el legajo y la existencia de menores víctimas.

3.4. Como segunda queja, nos encontramos que el juez decisor -siempre conforme a lo expresado por la parte recurrente- efectúa un recorte equivocado de los hechos por los que fuera acusada P. E. M. respecto de los que fuera víctima el niño B..

Nuevamente le asiste la razón al representante del Ministerio Público en ese recorte de los hechos que señala por parte de la jurisdicción al sostener que a partir de las pruebas producidas dio por acreditado el hecho que tuvo como protagonista al niño B. en calidad de de víctima al describir en el considerando n° 19 de la sentencia textualmente lo siguiente: **“Recordemos que la acusación fiscal contra M., siempre con relación al niño B., conforme la acusación mantenida en el debate, consistió en ‘haberle colocado sus partes íntimas (vagina) y orinado en la boca’”**(la negrilla y el subrayado me pertenecen).

No obstante esta descripción que efectuara el juzgador en el resolutivo ahora cuestionado, precisamente, en el considerando n°3 destaca que al momento de efectuar su alegato de apertura, el Sr. Fiscal realizó un relato de los hechos que se le imputan a P. M., **conforme el auto de apertura que fue transcrito en el apartado 2 de esta sentencia.** En ese apartado indicó los hechos de la siguiente manera: **“a) Respecto al niño B. B. M., de 4 años de edad al momento de los hechos, haberle colocado sus partes íntimas (vagina) y orinando en la boca del niño; b) Haber llevado a B. y a su hermana J. L. S., de 6 años de edad al momento de los hechos, al baño de la vivienda mostrándoles cómo orinaba y sus partes íntimas, obligándolos a que ambos tocaran/frotaran su vagina, haciéndolo el niño B. y rehusándose J. a ello, asimismo obligarla a la niña a bañarse juntas. Hechos que acontecieron en más de una oportunidad...”** (la negrilla y el subrayado me pertenecen).

3.5. De la revisión los audios del debate y en particular los del Ministerio Público Fiscal al expresar la base fáctica los hechos por los que acusa a P. M., se advierte que en la formulación de la acusación durante el procedimiento intermedio (artículo 288 y s.s. del C.P.P.), en oportunidad que se le cede la palabra al efectuar el alegato inicial inmediatamente después de abierto el debate (artículo 317 segundo párrafo del C. P.P.) y, en ocasión de la discusión final cuando se le concedió la palabra para que formule el alegato final sobre la prueba producida (artículo 336 del C.P.P.), siempre mantuvo la misma descripción de los hechos conforme a la mención que el mismo Juez de Audiencia efectuó al inicio de los considerandos, concretamente en los apartados 1 y 2 del decisorio, el cual fue destacado en el presente voto en el párrafo anterior en negrilla y entre comillas, siendo individualizado como hecho a).

Así, puntualmente a partir del minuto 29 de la pista 5 del alegato de clausura de la audiencia de debate del día 14/04/21 -actuación n°2562070-el Fiscal manifiesta que:

“En cuanto a la calificación jurídica señor juez que la fiscalía hizo mención al inicio, voy pasar a fundamentar la misma y en lo que respecta al primer suceso respecto de B., que es el niño menor, la fiscalía dijo que se condecía el recorte fáctico con abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de realización, calificado por haber sido cometido por la encargada de la guarda, varios hechos, en concurso real con exhibiciones obscenas.

Entiende la fiscalía que corresponde dicha calificación jurídica en razón del delito previsto en el segundo párrafo del artículo 119, ello es un abuso sexual, infantil en este caso, gravemente ultrajante por la circunstancia de realización.

Y eso lo sostengo no solamente porque tengo por acreditado los dichos o los hechos que se le imputan a M. sino también porque entiendo que el accionar de la imputada dista sobre manera de poder ser encuadrado en una figura de abuso sexual simple.

Al hablar de abuso sexual infantil con sometimiento gravemente ultrajante, debo obligadamente tener en cuenta cuál es o cuál fue la conducta de M. la que consistió en un inequívoco sometimiento de humillación al niño B..

Véase que es la autora, la imputada quien tomó la decisión sobre el comportamiento sexual y de esa forma somete el niño mediante tratos de índole sexual y sumamente humillantes a los fines de satisfacer los deseos sexuales de la imputada.

También debo mencionar que los actos achacados a M. ya por si solo son sumamente dañosos y humillantes para cualquier persona y mucho más lo es para un niño de 4 años de edad. No solamente por ser niño que ya de por si lo torna una persona vulnerable conforme las reglas de Brasilia.

También el contenido vejatorio al cual se vio sometido este niño en donde el sometimiento es real, patente llegando a la cosificación de este niño a los fines de la imputada poder satisfacer justamente, sus deseos sexuales.

Y por qué digo todo esto de sometimiento, de sumamente vejatorio, de sumamente humillante. Y para ello me tengo o me baso justamente en los dichos del niño que los pudimos comprobar a través de los diferentes testigos en donde el mismo siempre dijo que P. le hacía a tomar pis, que P. le ponía su parte íntima en su cama, en la cara, en la boca y que producto de ello el mismo vomitaba.

Véase su señoría si no es un hecho ya de por sí en donde la imputada pone bajo su esfera de control a esta a persona para someterlo a los fines de satisfacer su libido sexual, sus deseos sexuales la cual entiendo que era frotar su vagina sobre la cara del niño. A consecuencia de ello el niño pudo dar fe o pudo contar que es lo que le pasaba. También dijo el niño que le pasaron en una reiteración de veces, no le pasó una sola vez por eso entendía que P. era mala.

Fíjese también la mente o el inconsciente de un niño de 4 años de edad en dónde puede decir es mala pero las consecuencias que el niño tuvo que vivir eran de total magnitud de sometimiento y humillantes para él.

No tengo dudas de que el hecho existió de la forma en que lo pudo contar el niño a su mamá, a su papá, a su abuela.

El niño textualmente y surge de la denuncia dijo: 'P. es mala. Me deja sólo me dice pelotudo, me hizo tomar pis muchas veces, yo vomité. En mi casa, se sacaba la ropa y me hacía poner la boca ahí.' En referencia a la vagina. También hizo referencia a ello J. y la prima de los hermanos en su declaración en cámara Gesell.

Por eso digo no hay dudas. Si bien es cierto que la fiscalía no puede o no encontró la forma de poder elegir otra calificación jurídica como puede ser la de un abuso sexual con acceso carnal, entiendo que sería forzado irme a esa figura. La más grave del 119 pero entiendo que esta figura es la que corresponde justamente por el accionar de la imputada.

En cuanto a si hubo un sometimiento también es un término totalmente discutido a nivel doctrinal y jurisprudencial pero no tengo dudas que acá hubo un sometimiento.

Y entiendo por sometimiento el exponer a la víctima bajo el dominio de otra persona reduciendo de esta manera al sujeto pasivo a un estado de cosas sobre la que se ejerce el dominio o disponibilidad, anulando la libertad o la autodeterminación.

No tengo dudas de que acá hubo sometimiento imagínese el cuerpo de un niño de 4 años de edad y el cuerpo de la imputada que tenemos la posibilidad de verla y el hecho que acabo de mencionar en donde la misma le fregaba o le pasaba la vagina por la cara al punto de hacerlo vomitar. Si eso no es sometimiento, sinceramente no encuentro otra palabra para decir que es eso.

En cuanto a lo humillante no hay lugar a dudas de que es un acto sumamente humillante para cualquier persona y mucho más lo es para un niño de 4 años de edad.

En cuanto a las exhibiciones obscenas en este caso este delito no sólo es para B. sino también para J..

Continúa en la pista 06 del audio del alegato de clausura de la audiencia de debate del día 14/04/21:

El artículo 119 nos habla justamente de que este tipo penal se encarga de las exhibiciones obscenas y no hay lugar a dudas en cuanto a los hechos tal como quedaron acreditados como dije respecto de B. y de J.. En dónde el accionar de la imputada indefectiblemente cae en este tipo penal y véase que tal surge de la denuncia de los testimonios de S., de M. y de C. y también de los dichos de los niños en donde la imputada se hacía ver su cuerpo cuando se bañaba. Obligaba a la nena a bañarse con ella. J. dijo que la obligaba ‘que ella no quería ver que se metía en la ducha sin ropa, yo no quería ver y ella me obligaba ella me decía mirá y yo me daba vuelta lo mismo le pasó a B.’. Justamente esa conducta de la imputada cae en ese tipo penal.

La progenitora de los niños y también el padre dieron fe de esa circunstancia en esta sala de audiencias a la cual ya me he remitido y que lo dejo a criterio de su señoría para que la escuche nuevamente.

Si bien es cierto que doctrinal y jurisprudencialmente está discutido y se discute mucho qué es lo obsceno. Lo cierto es que la conducta hoy reprochada a la señora M. no hay lugar a dudas ni para la jurisprudencia ni para la doctrina de que es obsceno, justamente. En el caso que nos ocupa según los actos de la imputada estamos ante exhibiciones obscenas donde la misma deliberadamente obligó a los niños B. y J. a qué mirarán sus partes íntimas: cola, vagina y pechos. A veces con ropa interior dijeron los niños y otras veces totalmente desnuda, negándose los niños. Este tipo de conducta sin duda alguna ingresa en el ámbito de protección de la norma a la que he hecho referencia tanto en su faz objetiva como subjetiva.

Para D’Alessio resumidamente, a su estilo, dice que la acción típica de este tipo de delito consiste en descubrir, poner a la vista o mostrar lo obsceno, por ejemplo la desnudez. Que no es ni más ni menos lo que ha pasado con P. respecto de B. y de J....”

3.6. Sin embargo, el juez *a quo*, erróneamente y sin explicación razonable alguna, solamente valoró que **M. le colocó las partes íntimas (vagina) y orinó en la boca a B.; y, omitió describir y por supuesto valorar que, M. también llevó a B. y a su hermana J., al baño de la vivienda mostrándoles cómo orinaba y sus partes íntimas, obligándolos a que ambos tocaran/frotaban su vagina, haciéndolo el niño B. y rehusándose J. a ello, asimismo obligarla a la niña a bañarse juntas.**

Es así como desde un aspecto netamente objetivo se advierte el recorte de la plataforma fáctica que efectuara el *a quo*, motivo por el cual lo lleva, entre otras consideraciones a tener en cuenta o pronunciarse sobre cuestiones técnicas de manera errónea en cuanto a la aplicación de la ley sustantiva al caso concreto y que, desde ya, tuvieron su señalamiento acertado por parte del fiscal recurrente.

En el considerando individualizado con el número 21 segundo párrafo de la sentencia, el juez valoró - siempre partiendo desde el recorte que él efectúa sobre los hechos- que las circunstancia de exhibición de las partes íntimas de la acusada a B., no le resulta “un hecho que se pueda separar de la acción que él mismo describe como ‘me hizo pis en la boca’; más bien uno implica al otro y transcurren de modo inseparable: la exhibición genital fue a propósito de la intención de evacuar sobre él.”

3.7. El juzgador, a partir del mencionado recorte de los hechos omite valorar la segunda parte de la descripción hecha por el fiscal referida a que, así como J. era obligada a ir al baño por M. lo mismo le pasaba a B. y la exhibición de la desnudez consumada por M. era para los dos, tanto para B. como para J., siendo aquí en donde luce el razonamiento contradictorio de parte del Juez, tal como fuera planteado por el fiscal recurrente.

A esta altura del análisis, resulta indudable que, la evaluación efectuada por el juez deviene incorrecta y producto del recorte que realiza de los hechos al tomar en cuenta que la exhibición consumada por M. de su partes íntimas obedecen tan solo a cuando le orina en la boca a B. y, por ello subsume las exhibiciones obscenas en el abuso sexual.

3.8. Definitivamente, es luego de obligarlos a ir al baño y mostrarles su desnudez a los niños donde M. consuma las exhibiciones obscenas tanto a J. -por lo que fue condenada- como a B..

Aquí se nota, al decir de Germán Bidart Campos (“La mala valoración de la prueba en la sentencia arbitraria y la interpretación judicial de la conducta delictuosa”, revista EL Derecho, tomo 131, pag. 625 marzo 9 de 1988) que: *“De algún modo, y aunque la Corte al dictar las sentencias no hace filosofía del derecho, nuestro comentario queda autorizado en vislumbrar que lo que con inmediatez ha visto e interpretado el alto tribunal es la mismísima realidad jurídica de la conducta objeto del proceso penal, de esa conducta que es expresión fenoménica de la persona humana. Las pruebas de esa conducta fueron mal valoradas por el inferior y, como resultado, la subsunción normativa quedó afectada; será necesario que el tribunal del reenvío proceda a sumergirse otra vez a un conjunto de probanzas y a reinterpretar la conducta a que ellas se refieren. Después, y recién después, podrá decidirse si cabe encuadrar esa conducta en la norma penal que la tipifica y sanciona como delictuosa”*. Sin perjuicio de la que no resulta necesario el reenvío -según ya se expresado- advertida la errónea valoración es que, recién a la luz de la prueba aportadas en el debate, corresponde analizar la subsunción que propuso la acusación.

3.9. Respecto a las afirmaciones efectuadas por la defensa de P. M. en esta instancia en la audiencia prevista en el artículo 397 del C.P.P., en la oportunidad de contestar el informe que previamente había efectuado la Fiscalía, alegó que el Ministerio Público Fiscal no la había acusado a M. por aquellos hechos que ahora cuestiona y pretende que se la condene, entre las que destacó que la desnudez efectuada por M. no se encontraba dirigida a B. y es por eso que en definitiva el Juez no resuelve la pretensión de la fiscalía, dado que ésta no acusó por ello.

3.10. Esta afirmación mantenida por la letrada no se corresponde con la realidad procesal del legajo. Tal como ya lo he sostenido anteriormente (ver apartados 3.4 y 3.5), la fiscalía en las distintas instancias procesales se mantuvo con la misma recreación de los hechos y con su calificación jurídica referida a las conductas efectuadas por M. cuando se encontraba el cuidado de los menores B., J. y T..

3.11. En conclusión, respecto del delito de exhibiciones obscenas le asiste razón al Ministerio Público Fiscal, no fue parte del análisis efectuado por el juez sentenciante por ende corresponde a esta alzada en virtud de la impugnación positiva, analizar la prueba producida para determinar si los hechos descriptos por el acusador público constituyen delito.

3.12. Para ello, en principio, y producto de la revisión integral que he realizado del presente, debo dejar sentado que coincido con la postura del fiscal, en el sentido de entender que todas las conductas desplegadas por M. hacia los niños conllevan una connotación sexual. En palabras del recurrente, durante el tiempo que M. tuvo a cargo a los menores desplegó sobre ellos diferentes conductas destinadas exclusivamente a satisfacer su libido sexual.

Es por ello que no concuerdo con el razonamiento del juez sentenciante cuando analiza los hechos y concluye que dos de los tres niños fueron víctimas de delitos contra la integridad sexual y uno de ellos solo fue víctima de humillaciones sin intención sexual por parte de su autora.

3.13. En primer término surge que B. no prestó declaración en cámara Gesell de acuerdo al informe nº550/19 de la OAVyT de fecha 30/12/19 realizado por Lic. Gisella Periy Lic. Ana Laura Sauré.

“En virtud de la solicitud de evaluación del niño B. B. M. de 4 años de edad se considera que, de acuerdo a las características que presentaría el niño, descriptas por su madre, y observadas por este equipo, vinculadas a lo esperable para la etapa psicomadurativa (es decir, la temprana infancia acompañada del inicio de la adquisición del lenguaje, ubicación temporo espacial en desarrollo, sentimientos de vergüenza e introversión ante extraños) como a las particularidades y condiciones de realización que requiere la Cámara Gesell, se considera que esta última no presentaría las condiciones adecuadas para recepcionar el relato de un niño de 4 años de edad, viéndose obstaculizada su efectiva participación en la actualidad. En virtud de lo cual, se sugiere como alternativa incluir a B. en espacio de tratamiento psicoterapéutico, aspecto que es conversado con la progenitora, a quien se orienta en virtud de los recursos disponibles para tal fin. De acuerdo a ello, se sugiere aguardar la evolución de dicho espacio a fin de reevaluar su aptitud respecto de la posibilidad de participar de la mencionada entrevista.”

La Lic. Peri en el debate declaró sobre las tareas que desarrollan en la oficina en la oportunidad de realizar los informes y en particular sobre la situación de B..

Cuestión que fue expuesta en la sentencia en el apartado 14.

3.14. Sin embargo, J., J. y T. declararon en cámara Gesell (punto 7 de las pruebas documentales incorporadas al debate de fecha 4 de diciembre y 24 de abril de 2020).

3.15. Corresponde señalar que del audio de cámara Gesell de la niña J. se puede extraer claramente de varios pasajes de su relato situaciones que B. le contó a J.. A partir del minuto 2:26 del audio agregado en la actuación Nº 2189865 “03 - Pista 1 Leg 93493 J. M.” la niña es clara al relatar que “...a mi hermano le hacía tomar pis.” “Al más pequeñito”. “B.” “...porque él me contó”. A preguntas si le había contado algo más la niña contesta que “también le hacía ver cuando ella estaba en el baño de mi casa” A la pregunta de la Licenciada ¿y qué lo hacía ver? J. contesta “todas esas cosas cuando ella estaba en el baño” “lo hacía esperar hasta que se cambie cuando estaba bañándose”.

3.16. De la declaración de J. A. S. -madre de los niños- en la audiencia de debate a partir del minuto 8:00 cuando el Fiscal le consulta cómo es que ella toma conocimiento de los hechos; J. declara que B. no se quería quedar con M. porque era mala, porque le pegaba. A partir del minuto 8:30 aproximadamente del audio surge que es su sobrina J. quien le dijo: “Tía ¿sabes por qué B. no se quiere quedar con P.?” “Porque él dice que le hace pis en la boca y que es mala y que le pega.” Y luego S. manifiesta que: “Yo lo senté a mi hijo y le pregunté qué estaba pasando y ahí fue cuando él me relató que ella le hacía pis en el boca y que le sacaba la ropa, y que lo dejaba solo, le pegaba y me mostraba como le pegaba con cachetadas...”

Refirió que habló con T. porque lo veía angustiado y éste le narró los hechos que él padeció. El fiscal le preguntó si pudo hablar con J. (minuto 11:04 aprox.) y contestó: “Si hablé con J. y me dijo que sí que ella la trataba mal, la insultaba, le decía cosas feas, que en una oportunidad también los metió en el baño para que la miren como hacía pis. Que los obligó a tocarla, que B. la tocó y J. se opuso a tocarla” “que la tocaran en sus partes, en la vagina...”.

A la pregunta del fiscal de cuántas veces fue la comisaria contestó: “Fui el sábado y el domingo fui a hacer una ampliación porque los nenes me contaron más cosas (...) J. eso, que la trataba mal (...) que en varias ocasiones había pasado eso lo del baño que los había obligado a que le toquen sus partes íntimas. Se sacaba la ropa y les decía que la miren como hacía pis y que la miren que estaba en ropa interior en bombacha y corpiño...” (a partir del minuto 15:30 aproximadamente).

3.17. Lo hasta aquí analizado es conteste con la declaración de **F. S.**, madre de J.. En su declaración refirió que B. le manifestó que no quería que lo cuide más P., que era mala y que le hizo pis. Al respecto expresó que creyó que era un malentendido, que era el niño quien se había hecho pis. Sin embargo es su hija J. quien insistió con que B. le había contado que la niñera le hizo pis en la boca y que él vomitó y luego le pidió que escuchara a B..

3.18. El padre de B., **C. M.**, al declarar en el debate dijo: “B. me decía que P. le pegaba y lo retaba (...) Que lo llevaba al baño tanto a J. como a él y que lo hacía que la miraran mientras ella hacía pis y se daba vuelta. En una oportunidad que ella se dio vuelta le había puesto su vagina en la boca a B. que le hizo tomar el pis en varias de las cuales él la terminaba devolviendo (...) vomitaba.” (desde el minuto 6:30 aproximadamente).

3.19. Por su parte, **N. G. C.**, abuela de B., madre de C. M., declaró que los tres niños eran tratados por igual, como sus nietos. Al ser preguntada por el fiscal sobre cuándo toma conocimiento de los hechos, la testigo explica que luego de la denuncia, pero que antes los niños le habían manifestado que P. era mala, pero lo atribuía a que tal vez no se conocían. Sin embargo en un momento dado le llegó a preguntar a J. cómo era la chica que cuidaba a los chicos, si la conocía. A lo que le contestó que la conocía de rugby que un hermano de ella iba a rugby con T. que parecía buena. Luego relató que dos días antes de realizar la denuncia, J. S. le llevó a B. porque el niño lloraba y porque no quería quedarse con la niñera, pero reiteró que le adjudicaba ese comportamiento a que era una persona nueva para ellos.

Después de la denuncia, J. le contó que la niñera era mala, que le hacía cosas. Refirió que: “Por momentos ella se desnudaba y los hacía que la miraran (...) se sacaba toda la ropa, se quedaba en bombacha y corpiño dice (...) nos decía que la miráramos y después se sacaba todo lo otro (...) y después me agarraba a mí (...) me ponía la mano así y me decía que la tocara (...) allá en la cola me decía ella (...). Cuando B. se ve que escucha eso, que ella me contaba, él se baja de la cama y se viene hasta donde estábamos nosotros y me dice: abuela ¿sabes qué? La P. a mí también me llevaba al baño y me hacía pis en la cara. ¿Cómo que te hacía pis en la cara? Si dice abuela. Pero ¿qué te hacía? No, dice, ella estaba desnuda dice, y me metía como que le metía la cabeza debajo de la vagina de ella” (a partir del minuto 8:00).

3.20. La **Lic. Virginia Carretero**, fue examinada por el Fiscal sobre las tres cámaras Gesell realizadas. En lo que respecta a los hechos que damnificaron a B., sobre el final de la declaración explicó que existen coincidencias en los relatos de T., J. y J.. Todos refirieron a la niñera como protagonista de los hechos, T. señaló que escuchó a su prima contar que a B. le hacía tomar pis. J. y J. lo escucharon de B.. Concluye que los tres relatos reúnen criterios de credibilidad.

3.21. Por último, la **defensora Silvina Blanco Gómez** al efectuar el alegato de clausura manifestó que correspondía la absolución de P. M. por la orfandad probatoria que se pudo ver a lo largo del debate. No obstante, subsidiariamente procede a contestar sobre la calificación jurídica y el pedido de pena.

Centró su alegato en la circunstancia de haber sustentado el fiscal los hechos que se le imputan a su defendida en el relato que hicieron dos de las víctimas y en relación a los testimonios que prestó el círculo familiar más cercano a los niños y entiende que esos testigos carecen de la objetividad que se requiere como estándar mínimo para poder sustentar tamaña acusación y el pedido de pena.

A su vez, expresó que la falta de objetividad no se debe al vínculo familiar sino por la forma en que han atravesado el proceso y que quedó expuesto en el debate.

Por ello, recorrió la prueba producida, el testimonio de M. M., del Sr. M., la prueba documental de la denuncia, las noticias que circularon en relación a los episodios que vivenció la familia M. tuvieron como objetivo dejarla expuesta. Señaló que tanto J. S. como Ca. fueron reticentes a contestar sobre esos episodios violentos.

También se refirió a los sesgos de los adultos respecto a manifestaciones de los niños que luego no fueron probados, específicamente se refirió a hechos que habrían tenido como víctima a B..

Sobre los restantes testigos, se refirió a Peri como Carretero, quienes declararon sobre la realización de las cámaras Gesell. La Lic. Carretero informó sobre la credibilidad del testimonio de los niños y la Lic. Peri informó que los niños se encontraban en condiciones psicoemocionales de poder prestarse al acto pero nada hace al “ocurrimento de los hechos.”

Sobre las *exhibiciones obscenas* que damnifican al niño B. B. M., se remite a las críticas realizadas al momento de alegar sobre ese delito respecto de J. L. S..

Concluyó que, corresponde la absolució porque que tanto orinar como bañarse son dos acciones que naturalmente deben realizarse desprovistas de ropa, que no tienen en sí mismas un contenido sexual, y fueron realizadas en el ámbito propio, que es el baño.

Alegó que la sola desnudez no habilita la configuración del delito sino que es necesario que exista contenido sexual. Entiende que en las acciones de orinar y bañarse no se encuentran corroboradas. Que a la niña le produzca desagrado por una cuestión de pudor no coloca a M. como sujeta activa de exhibir su cuerpo con un contenido sexual. Entiende que no significa que encuentra acreditado en el marco de las circunstancias en que la niña relata que ocurrieron.

Luego continúa en su alegato con el análisis de la figura de abuso sexual gravemente ultrajante, lo que será motivo de observación en los acápite siguientes.

3.22. A esta altura del análisis es posible afirmar que se encuentran probados los hechos descritos en el apartado 3.1.

Se arriba a la conclusión antes señalada del estudio en conjunto de la prueba mencionada en los apartados 3.13 a 3.20 Claramente es la niña J. quien devela la situación que los niños sufrían cuando quedaban al cuidado de P. M. a través de lo que B. le había contado.

J. fue quien le expuso a J. S. lo que el pequeño B. le había referido. La escena descrita por la madre de los niños cuando J. le hace saber la razón por la que B. no se quería quedar con la niñera es coincidente con lo que escuchó y describió T..

Por su parte la niña J. al momento de brindar declaración en cámara Gesell describió claramente cuál era la actitud de P. M. cuando la obligaba a presenciar su desnudez tanto a ella como a su hermano B..

Es en base a ese testimonio que se puede aseverar que no es suficiente para desvirtuar el razonamiento condenatorio que las conductas de P. fueran aquellas que “naturalmente conllevan desnudez” conforme argumentó la defensa en el alegato de clausura. Es decir, el hecho de que los niños tuvieran que ver a P. cuando orinaba o se bañaba, más allá de ser actos que naturalmente conllevan desnudez o cierta desnudez eran presenciados por los niños porque la acusada los obligaba a ello.

Se debe tener en cuenta que, conforme a la jurisprudencia imperante, el concepto de lo que es obsceno depende de valoraciones sujetas a circunstancias de tiempo y lugar al tratarse de un concepto dinámico y variable (conforme a la cita efectuada en el “Código Penal Comentado y Anotado”, Parte Especial, Andrés D’Alessio, Tomo II, pag. 203).

En conclusión, observándose que a partir de la incorrecta fragmentación de los hechos por parte del juez de audiencia es que se desecha la pretensión de la fiscalía, en definitiva, de acuerdo al análisis realizado comparto con la parte acusadora que B. fue víctima del delito de exhibiciones obscenas, ello valorado en el contexto de las situaciones que le tocaron padecer del cual se desprende que tuvieron una connotación sexual.

3.23. Por ende, reitero corresponde hacer lugar al recurso del Ministerio Público Fiscal y condenar a P. M. por el delito de exhibiciones obscenas en perjuicio del niño B. B. M. (art. 129 primer y segundo párrafo del

Código Penal) como delito continuado atento a la reiteración de ocasiones en que se llevaron adelante.

4. Corresponde ahora analizar el planteo recursivo del fiscal en lo concerniente al **delito de abuso sexual gravemente ultrajante**.

4.1. En el recurso se plantea que la valoración hecha por el juez -nótese que el juez decisor tan solo consideró la acusación a M. consistente en que “haberle colocado sus partes íntimas (vagina) y orinado en la boca”- sobre el hecho que describió y que calificó como “abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por ser cometido por las persona encargada de su guarda y exhibiciones obscenas contra un menor”.

El *a quo* luego de haber efectuado algunas consideraciones respecto al bien jurídico según autores que no identifica, menciona el fallo “LABARRIEL, Carlos Daniel s/Recurso de Impugnación”, causa registrada en el Tribunal de Impugnación con el n° 42/12 de fecha 11 de junio del año 2013, Sala “A”, se explayó en el análisis del hecho en el sentido que, solamente la intención de M. era humillar, denigrar y maltratar al niño, pero de ninguno modo advierte que esa conducta afecte el bien jurídico protegido por los artículos 119 y 129 del Código Penal al no aparecer con una significación de naturaleza sexual u obscena y menos aún que su accionar haya estado subjetivamente orientado a tal fin. Que, en función de esas razones y de conformidad a lo que dispone el artículo 6 del C.P.P., estimó que el hecho vinculado con el niño B. B. M. resulta atípico (Conf. considerando 21).

4.2. A partir de esta valoración efectuada por el juez, corresponde formular varias reflexiones en pos de dar respuesta a los cuestionamientos mencionados en los agravios del recurrente. Adelanto que mantengo en este punto el mismo hilo de análisis reflejado en el apartado 3.12 y por ende, voy a disentir con la postura adoptada por el Juez de Audiencia.

Por lo que, en consecuencia, respecto al presente hecho haré lugar al recurso planteado por la fiscalía al estar en todo de acuerdo con su postura.

4.3. Como ya dije, el Juez de Audiencia recortó la plataforma fáctica de aquellos hechos por los que fuera acusada P. M. en lo que se refiere al menor, sin valorar el haber llevado a B. al baño de la vivienda mostrándole como orinaba y las partes íntimas, obligándolo a que tocara/frotara su vagina. Yerro que, aparece de manera reiterada tanto en el remedio que habilitó esta instancia revisora y que, de manera proporcional y por su magnitud procesal, aparece mencionado en el presente voto y cuyas implicancias ofrecen derivaciones de desatención a las pretensiones de la parte acusadora que justifican la queja formulada en esta instancia y ante las cuales se le debe hacer lugar.

Esas consideraciones fragmentadas y aisladas de las conductas reprochables y habiéndose prescindido de una visión global y de conjunto, no sólo en el mismo hecho, sino que, también, en el contexto del resto de todos los injustos ventilados en legajo y en lo que se investigó a la acusada en la afectación con su conducta de bienes jurídicos similares; aparece como consecuencia de ello, el resultado disvalioso efectuado por el *a quo*, con premisas contradictorias en su estructura lógica de todo el resolutivo, constituyendo así en uno de los estándares de sentencia arbitraria.

Para ser más claro, aquello que fue considerado como atípico en el quehacer conductual de P. M. con respecto al niño B., no parece serlo con lo que habrían sufrido sus otros dos hermanos, frente un marco probatorio que es común a todos y que el propio juzgador detalló en los considerandos de la sentencia.

4.4. En tal sentido, el Superior Tribunal de Justicia en el legajo registrado con el n°47952/2 dictó un fallo en el que sostuvo que: “Está vedado, en esta etapa procesal, el análisis de los hechos y la valoración de los elementos probatorios, pues no se trata de una tercera instancia, pero sí es necesario realizar un control de logicidad de la sentencia recurrida cuando ello puede desembocar en un supuesto de arbitrariedad, al tratar de

modo desigual, dos plataformas fácticas de similar tenor”. Luego de efectuar cita de la doctrina, en el mismo fallo señalaron: “*En atención a dicha reseña, si bien nunca se puede establecer una identidad plena de hechos, respecto de los imputados [E.] y [L.] existe una imbricación entre ellos que resulta imposible de escindir y en consecuencia dar una respuesta disímil*”. Que en el apartado 5° del fallo dictado por la Sala “B” del Superior Tribunal se consideró: “Que la ley adjetiva exige que los votos que conforman una sentencia sean motivados ‘**valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica**’ (art. 340 del C.P.P.) siendo pasible de ser considerada defectuosa ante su falta de fundamentación o cuando sea contradictoria” (el resaltado me pertenece).

En el mismo fallo del legajo n° 47952/2 entre otras consideraciones -a las cuales me remito por resultar útiles en el sub judice- destacaron lo siguiente: “Las circunstancias objetivas que prueban el acceso carnal (no controvertido), el testimonio de la víctima y el dictamen pericial psicológico son elementos que, de ordinario, operan como umbral probatorio en este tipo de sucesos. Ese umbral, o estándar de prueba, es el que opera para aceptar una hipótesis como probada y aquél suficiente para derrotar la presunción de inocencia (cf. Ferrer Beltrán, Jordi; ‘Motivación y racionalidad de la prueba’; Editora Jurídica Grijley; Lima (Perú), 2017; págs.218/219). (...) En igual sentido, dicho estándar probatorio se utiliza en muchos otros hechos contra la integridad sexual, de similares características, que se gestionan en el sistema judicial pampeano.”

Y, finalmente los integrantes del Superior Tribunal citaron tal como lo sostiene Andruet que: “...el cumplimiento del principio ontológico de razón suficiente, se refiere más o menos a lo que podríamos denominar como la base fáctica de lo que ha sido objeto de pretensión en el pleito y sobre la cual, cada una de las partes a los fines de mejorar y/o sostener sus propios aspiraciones de triunfo, han podido acreditar. Desde este punto de vista, el cumplimiento del principio de razón suficiente ontológico impone el deber del sentenciante no ya de fundamentar sus decisiones, sino antes que ello, considerar la totalidad de extremos de naturaleza fáctica que han sido materia de debate. La razón suficiente ontológica miraría así, a la completitud de la masa factual sobre la cual, el fallo habrá de ser dictado; siempre como es obvio, que se traten de aquellos extremos fácticos probatorios, que tengan una entidad que delimiten su misma calidad de impostergable a los fines de juzgar la completitud del plexo.’ (‘La teoría del razonamiento correcto y su acogimiento en la jurisprudencia en el T.S.J. de Córdoba’; Armando S. Andruet(h,); pág. 29; disponible en: www.secretarias.unc.edu.ar)”.

Nada más identificado con el caso en análisis es la frase con la que termina su trabajo el maestro Germán Bidart Campos al que se ha hecho referencia con anterioridad, al expresar: “En suma, la interpretación que se hizo de la conducta, mediante la ley procesal y, como consecuencia, mediante la ley penal, no arrojó la mejor solución posible y preferible. Seguramente por ello la Corte acudió a uno de los estándares de sentencia arbitraria”

4.5. Así, aún en la hipótesis que se aceptara el hecho tal como fuera descrito por el Juez de Audiencia, entiendo que esa evaluación que le asignó a la conducta realizada por P. M. consistente en orinarle a B. colocando la vagina en la boca, resulta errónea y alejada de un análisis que fuera efectuado a partir de la aplicación de la interpretación metodológica que resulta mencionada en nuestra manda procesal respecto a la prueba producida como lo es la “sana crítica racional”. Entendida ésta como la apreciación de los elementos probatorios rendidos en el proceso conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y artes afines.

Acudiendo entonces a un razonamiento con la utilización del sentido común, la pregunta que cualquier persona se puede formular es si efectivamente, la intención que tuvo en vista la acusada consistía en humillar, denigrar y maltratar al niño -tal como lo valoró el juez en el resolutivo cuestionado-, por qué motivo o razón no orinó al niño en otra parte del cuerpo, evitando así la visualización por parte de B. de aquellas partes íntimas de la acusada. Y, por no tener o, mejor dicho, al no encontrar respuesta alguna que justifique ese accionar, es posible advertir que, además de querer exteriorizar un maltrato hacia el niño B., M. tuvo toda la intención de exhibirle su órgano sexual que, conforme a las circunstancias de realización y la asimetría respecto a la edad del menor, ese desnudo resultó lascivo,

Ello con las implicancias en los posibles daños en lo que se refiere a la incipiente formación sexual del menor. Esta circunstancia no es un dato menor en el análisis del delito que se le endilga a M. y que trataré más adelante al momento de abordar la postura de la defensa conforme el alegato de clausura.

4.6. De la lectura completa del fallo que fuera citado por el Juez Olié (fallo 10/13 del 11 de junio 2013 en causa n° 42/12), es indudable que son varias las circunstancias que difieren de aquel precedente con el caso en tratamiento en el presente legajo. Como dato objetivo se debe destacar que en el precedente no existía aquella asimetría entre la víctima y su victimario; que, además, quedó acreditado en aquella causa -registrada con el N° 42/12- que el imputado se había bajado los pantalones y su ropa interior mostrando su trasero al denunciante en el contexto de un discusión entre ambos; y, ese acto, tan solo tuvo la intención por su parte de insultar al denunciante.

Por lo cual y conforme lo analizado, el fallo citado pierde pertinencia como precedente válido y aunque constituya desde lo dogmático una fuente válida de derecho, no se puede dejar de señalar que no resulta útil para asentar la valoración de que con su conducta M. haya tenido un accionar con cualquier intención distinta a la que sostuviera el fiscal en su alegato.

4.7. Así, a partir del apartado 15 el juez sentenciante analiza los hechos de los que habría sido víctima B..

Reitero que, siempre teniendo presente el recorte efectuado en la plataforma fáctica y que ya fue expuesto. Sin embargo, el análisis de la prueba resulta útil y pertinente a los fines de arribar a una conclusión respecto del delito endilgado materia de análisis en el presente apartado.

Manifiesta el *a quo* que los hechos se conocen a partir de la declaración en cámara Gesell de su prima J. P. y su hermana J..

Transcribo lo pertinente de ese análisis:

“15. (...) A este respecto declaró J. P. (de 6 años de edad al momento de la declaración) que B. le dijo que 'a él le hacía tomar pis' (minuto 2.19). Esto se lo contó cuando estaban jugando y entonces su prima le preguntó porqué no se quería quedar con P. M., a lo que contestó diciéndole que lo asustaba y le apagaba las luces. 'El B. me dijo que a él le hacía tomar caca' (minuto 3.01).

Por su parte, a este mismo respecto sostuvo J. que 'a mi hermano B. le hacía tomar pis, él me contó' (2.39 minutos). 'También lo hacía ver cuando ella estaba en el baño (...) dijo que lo hacía esperar hasta que se cambiara cuando ella se estaba bañando' (minuto 3.08). También le contó 'que a la leche le ponía pis' (minuto 4.15).

16. La conversación mantenida por B. y J. queda corroborada por lo que también F. S. (madre de J. y tía de los niños y niñas abusadas) declaró durante el debate. Refirió que su hermana (J. S., madre de los niños) le pidió que fuera a buscarlo a B. a su casa porque no quería quedarse con M.. Cuando lo llevó a su casa el niño le dijo que no quería que M. los cuidara porque era mala y que 'le hizo pis', a lo que ella no le dió importancia porque pensó que era el propio niño el que se había hecho pis. Pero más tarde, cuando estaba jugando con su hija nuevamente vienen juntos y le repite que le había hecho pis en la boca a B..”

17. J. S. es la madre de los niños (...) Estrictamente, con relación a los hechos vividos por B., relata que el niño le dijo que M. 'le pegaba, lo dejaba solo y le hacía pis en la boca'.

Al momento de formular la denuncia (documento 1 y 2), en lo relativo a B. afirmó que a partir de los dichos de su sobrina J. P. supo que su hijo había manifestado que M. 'era mala y le hacía pis en la boca (...) es mala, me deja solo, me dice pelotudo y me hizo tomar el pis muchas veces, yo vomite, en mi cama se sacaba la ropa y me hacía poner la boca ahí (refiriéndose a la vagina)'.

18. Cuento también con las declaraciones efectuadas durante el debate por C. M. y N. C. (padre y abuela de B.) Su padre relató que le dijo que M. 'le pegaba y lo encerraba en la pieza, los insultaba y los asustaba con fantasmas (...) que le hacía pis en la boca, le puso la vagina en la boca, le hacía tomar el pis y terminaba vomitando'

Por su parte, N. C. sostuvo que en oportunidad que J. le dijo que le iba a contar algo (respecto de lo cual luego se ampliará al referir a los hechos vinculados a la niña), circunstancia en la cual B. le dijo que 'lo llevaba al baño, le hacía pis en la cara, estaba desnuda y le metía la cabeza abajo de la vagina', en relación siempre a M..”

4.8. Sumo a ello la declaración de T. en cámara Gesell -Actuación n° 2093858- a partir del minuto 12 de la pista 1 cuando la licenciada le pregunta: “¿Cómo es que tu mamá se entera de esto T.?, el niño contesta: “porque yo no sabía pero una vez mi prima estaba jugando con mi hermano”.

“Lic.Carretero:¿Con B.?.

T.: Si. A ellos dos también les pasó. A mi hermano y a mi hermana, pero yo no sabía eso. Estaba jugando con mi hermano, mi prima dice: ‘no porque al B. la niñera le hace pis en la boca. B. no se quiere quedar con la niñera porque la niñera le hace pis en la boca’

Lic.Carretero: ¿esto lo dice quién? ¿Tu prima?

T.: Si. Y después mi mamá le dice ¿qué? Y lo llamó a mi hermano (...) Con mi hermano pasaba eso cuando yo iba a la escuela con mi hermana. Mi hermana contó que a ella la llevó al baño y le agarró la mano así y dijo que le toque.”

4.9. Hasta aquí obra el análisis de las pruebas que determinan que el hecho existió, que se encuentra probado y a contrario de lo resuelto por el juez sentenciante y, basado en el inherente contenido sexual de las acciones desplegadas por M. su conducta reúne los presupuestos para configurar el delito de abuso sexual gravemente ultrajante.

4.10. Ahora bien, la defensora en lo penal Silvina Blanco Gómez al momento de efectuar el alegato de clausura sobre el delito de *abuso sexual gravemente ultrajante* manifestó que no se encuentra probado que hayan ocurrido las acciones y la prueba basada en los testigos del grupo familiar en modo alguno sanean la falta realización de cámara Gesell. Ello en virtud de no haber podido escuchar la declaración del niño a consecuencia del informe que desaconsejó la declaración del niño.

Entiende que existió un relajamiento por parte del Ministerio Público Fiscal. Al respecto se remitió al antecedente del Superior Tribunal de Justicia “Pérez Daniel Eduardo” Legajo n° 679/3 donde se analizan los casos donde la víctima no comparece al proceso y la defensa se ve inhabilitada de contrainterrogar. Al decir esto, aclara que no pretendía contrainterrogar al niño. Pero, se debieron arbitrar otros medios de prueba, por ejemplo una pericia donde la defensa hubiera podido participar activamente en la determinación sobre la ocurrencia de los hechos. Agregó que, sin embargo la fiscalía solo llevó a los testigos de oídas que para nada reúnen criterios de objetividad y no resultan prueba independiente.

Luego analizó que lo que han dicho los testigos y la niña J. es que P. M. orinaba en la boca a B..

C. declaró que B. le dijo que le hacía poner la cabeza debajo de la vagina, lo que llama la atención a la defensa que utilizara un término de esas características un niño de 4 años que carecía de conocimientos sobre sexualidad conforme la pregunta de Fiscalía a la madre del niño. Y se remite al argumento los sesgos de los adultos.

Para la defensa, lo cierto es que ni orinar en la boca ni poner la cabeza debajo de la vagina son actos que configuren la figura básica de abuso sexual.

“El abuso sexual gravemente ultrajante lleva la figura base del abuso sexual que por las circunstancias, la duración deben ser para la víctima un sometimiento gravemente ultrajante y de allí la mayor severidad en la sanción.”

Entiende que no ha quedado probado que haya existido un tocamiento, un frotamiento un rozamiento de la cara o la boca de B. y la vagina de M., que es la figura base.

Cita al autor Villada en su obra "Delitos Sexuales" de Editorial La Ley. Explica que el autor entiende que el daño debe estar verificado. El concepto de gravemente ultrajante se explica por las secuelas o el estado que el trato sexual le generó a la víctima. Esta es tarea de los peritos, de los especialistas de la salud o la conducta. Y entiende que existe orfandad al respecto porque no ha sido probado el daño causado.

4.11. De lo alegado por la defensa surgen distintos aspectos sobre los que corresponde expedirse.

Sobre la base de la falta de declaración del niño B. en cámara Gesell, la defensa asienta su postura.

En primer término alegó sobre la falta de objetividad de los testigos pertenecientes al grupo familiar, los disturbios que ocurrieron en el domicilio donde se encontraba M. y que son testigos de oídas los que declararon en el debate. A su vez, afirmó la inexistencia de prueba independiente y cuestionó el contenido de ciertos testimonios.

Como antes dije, el análisis que corresponde realizar de la prueba en el presente caso tiene como base que se trata de delitos contra la integridad sexual cometidos contra un niño de 4 años de edad, por quien fuera la persona en la cual la madre de los niños depositó su confianza para que les brinde los cuidados correspondientes en el horario -de 8 a 10 horas diarias- en que ella no se encontraba en su domicilio porque debía trabajar.

Por ende resulta atinado citar la conocida jurisprudencia de la CSJN en el caso "Vera Rojas" (Fallos: 320:1551), donde el Tribunal Supremo, luego de destacar las dificultades probatorias propias de los delitos contra la integridad sexual, establece que en estos casos deben meritarse la totalidad de las pruebas incorporadas al proceso, en su conjunto y no analizar individualmente algunas evidencias y descartar otras injustificadamente.

Asimismo, la circunstancia de no contar con el testimonio del niño surge de la recomendación de las profesionales que tiene a su cargo el acompañamiento en las distintas instancias del proceso penal a los testigos.

En este caso, en la audiencia de debate, la Lic. Peri explicó su desempeño y detalló que se realizó la evaluación de Apto (así le llaman) para determinar si B. se encontraban en condiciones de participar en la cámara Gesell. Manifestó que se valoran si están presentes las condiciones entre ellas, el contexto familiar que acompaña a los niños, niñas víctimas del presunto delito; los adultos referentes; la distancia que tengan con el agresor al momento de realizar la denuncia y fundamentalmente los recursos en término. Desde lo cognitivo en función de la etapa psicomadurativa y lo emocional.

Respecto de B. en el momento de la entrevista tenía 4 años, de acuerdo a las características que vieron en él, lo que refirió su mamá y las características de la etapa psicomadurativa que atravesaba, no era adecuado para el niño declarar en cámara Gesell.

Sin embargo tanto los hermanos de B., como su prima pudieron brindar su testimonio en la sala Gesell. Testimonios que han sido evaluados y reúnen criterios de credibilidad, de los que se es posible extraer pasajes en los que describen que a su hermanito le pasaba lo mismo que a ellos. Y en el caso de J. reprodujo lo que B. le contó sobre P..

4.12. A lo largo del análisis que se ha efectuado, ha quedado en evidencia que los niños les contaron a los adultos cercanos, por ejemplo J. le contó su madre y luego a su tía lo que B. le había referido; J. a su abuela y el propio B. también lo hizo y T. eligió contarle a su mamá.

Por lo que la alegada falta de objetividad en los adultos pertenecientes al círculo familiar no existe en el sentido que pretende darle la defensa, puesto que estos testigos aportan datos del hecho, desde sus vivencias, y es justamente por esta razón que han sido llamados a brindar testimonio para acreditar la teoría de la parte acusadora.

En tal sentido:

“...en la lógica del nuevo sistema, para el cual los testigos son siempre testigos de parte y no terceros auxiliares del tribunal. Así, la regla general de los testigos que una parte presenta a juicio es que ellos tengan una predisposición favorable respecto de la teoría del caso que esa parte sostiene, al menos en tanto la versión de ese testigo es, precisamente, consistente con la del abogado que lo ofrece como prueba. Cuando decimos, entonces, que se trata de un testigo “amigable” a la parte que lo presenta, no nos referimos a un testigo que está dispuesto a mentir ni a desvirtuar la realidad que él –o ella– cree conocer. La cuestión opera más bien al revés: precisamente porque la versión del testigo es consistente con la teoría del caso de la parte, es que ésta decide presentarlo a juicio. Y, en ese sentido, el testigo está al menos comprometido con su propia versión de los hechos. El testigo cree saber qué fue lo que ocurrió. Y esa historia que el testigo tiene para contar respalda, al menos en algún grado, la teoría del caso de la parte que lo presenta.” (Conforme Andrés Baytelman Aronowsky – Mauricio Duce Jaime. “Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba” Grupo Editorial Ibañez. ISBN:978-958-8297-20-0; p.96)

Al respecto hay que destacar que aún cuando el niño expresaba en palabras que no se quería quedar con la niñera, que era mala, la reacción de la abuela fue pensar que se trataba de una situación que se debía a que hacía poco tiempo que P. cuidaba a los niños y que necesitaban más tiempo. En sus palabras lo tomaba en el nivel de que era una persona nueva, no lo puso en “*esta dimensión*”.

Por su parte, la tía pensó que era B. quien se había hecho pis y que P. se habría burlado y en un principio no dio importancia al relato de su hija J..

Incluso el papá manifestó que pensaba que la actitud de B. se debía a la separación de pareja.

Es decir en un primer momento los adultos minimizaron los dichos de los niños por distintas razones que tienen en común la confianza depositada en P..

La confianza que J. S. le tenía a M. se debía a tener buenas referencias de la joven por el club de rugby al que asistía su hijo T., Los testigos aportados por la defensa (por ejemplo S.) refuerzan la impresión que tuvo la madre de los niños al contratar a P..

Por otra parte, discrepo con la interpretación que la defensa le da a la palabra vagina, cuando la abuela de B. describe lo que el niño le dijo. La defensa argumenta que esa palabra no es propia de un niño pequeño que no ha tenido educación sexual.

Entiendo, que trata de la palabra utilizada por la adulta para figurar lo que el niño le había relatado. No es una palabra que utilizara B..

Por lo tanto, no advierto en los testimonios cuestionados por la defensa circunstancias que autoricen a restarle calidad a la información aportada.

4.13. En segundo término cita el fallo “Pérez Daniel Eduardo” del Superior Tribunal de Justicia sobre la imposibilidad de contrainterrogar al testigo porque la víctima no comparece al proceso.

Al respecto solo voy a agregar que en el caso citado, la víctima era una mujer que contaba con la mayoría de edad y que no pudo declarar en el debate. Situación que no es asimilable a la presente donde la víctima es un niño de 4 años al momento de ser evaluado por la OAVyT. Por ende, me remito a las consideraciones efectuadas con anterioridad sobre el interés superior del niño y la importancia de su protección.

4.14. En tercer lugar, y en referencia a otros medios de prueba que se debieron arbitrar, alegó la defensa sobre la importancia de una pericia donde hubiera podido participar activamente.

En este punto, debo remitirme a lo ya expresado sobre el delito endilgado y la protección del interés superior del niño, niña y adolescente. Acertadamente, el acusador priorizó la no re victimización apoyado en una recomendación profesional, y basó su teoría del caso en lo que surgió de las declaraciones prestadas por otros testigos, declaraciones que tienen un punto en común, el niño B. como víctima de distintos maltratos, algunos de los cuales configuraron delitos contra la integridad sexual.

4.15. Por último, corresponde analizar el razonamiento expuesto por la defensa sobre el delito por el que fue acusada M..

Su lógica parte de que no fue probada la figura básica del abuso sexual sobre la que se asienta el abuso sexual gravemente ultrajante. Que el grave daño para configurarlo tampoco ha sido probado y que le corresponde a profesionales de la salud expedirse al respecto (con cita del autor Villada).

Claramente es un planteo defensivo que impacta directamente en la ponderación de la tipicidad de las conductas desplegadas por M..

Otra vez debo remitirme al análisis y razonamiento antes efectuado, en la oportunidad de expedirme acerca de la valoración -que no comparto-realizada por el Juez y plasmada en el apartado 20 y 21 sobre la intención de M. de humillar al niño y la falta de naturaleza sexual u obscena de la conducta.

Entiendo que la figura endilgada de abuso sexual se encuentra configurada porque a entender de la parte acusadora, con quien coincido, la conducta de P. M. determina una mayor criminalidad del hecho que "... reside en un mayor desprecio por la dignidad e integridad personal de la víctima que implica llevar a cabo hechos que por su duración o por las circunstancias de su realización, son gravemente ultrajantes" (conf. GAVIER, Enrique: obra citada por Figari, Ruben "Delitos de índole sexual" 2ª. Ed. Cordoba: SS Editores, 2011. p.106).

Claramente la conducta de apoyar la vagina en la cara del niño y orinarle es una conducta humillante, y en ese aspecto coincido con el Juez sentenciante. Sin embargo refuerza el razonamiento condenatorio el hecho de que el niño refiriera que luego vomitaba.

4.16. El aprovechamiento de M. de la circunstancia de tener bajo su guarda al niño durante varias horas al día (hasta 12 horas de acuerdo a lo manifestado por J. S., minuto 16:00 de la pista 8 de la declaración en el debate) y someterlo, no solo a él sino a sus hermanos también, a su designio sexual fortalece el criterio condenatorio adoptado en el presente fallo.

Por ello, respecto al alegado "relajamiento" en el acusador público que manifiesta la defensa basada en que no se realizó la cámara Gesell y tampoco se probó el daño causado en la salud del niño para lo que debe existir la opinión de un especialista de la salud o la conducta debo sentar que no coincido, y ello más allá de ser la postura sustentada por el autor Villada. Esta posición es posible corroborarla en la página 99 del libro de Jorge Luis Villada "Delitos sexuales. Abuso sexual. Sometimiento gravemente ultrajante. Violación. Estupro. Corrupción y prostitución." Buenos Aires: Ed. La Ley. 2006.

En definitiva, si bien es una posición que respeto, no la comparto.

Particularmente en el presente caso el fiscal al examinar a sus testigos, si no surgía de su relato, le preguntó a cada uno de ellos acerca de si notaron cambios en la personalidad de los niños.

Así, J. S. relató que: "No lo veo bien y me preocupa, B. está muy agresivo, se frustran por nada, tira las cosas, tiene miedo no quiere que lo deje con nadie más que con su papá o con su abuela o con su tía" "B. se deja bañar solamente conmigo o con su papá nada mas." "duerme vestido". "Antes no eran así" (a partir del minuto 20:00)

El padre del niño, C. M., relató que B. se sentía triste, no jugaba como jugaba antes” Cuando yo lo bañaba a B. se negaba a que le saque la ropa. Pasó de dormir en ropa interior por sufrir el calor a dormir vestido. Bañarlo, solo se deja con él o su mamá –N. C.-, está reacio a dejarse sacar la ropa.

N. C., describió que dos días antes de que realizara la denuncia J. le llevó a B. para que lo cuidara porque no se quería quedar con la niñera porque el niño lloraba y no se quería quedar con ella. Que ya comenzaba a notar cambios de conducta e incluso relató la situación vivida cuando entró a su negocio una joven de 14 años que se llama P. y B. al escuchar el nombre se aterrorizó y dijo P. es mala.

A mi entender, más allá de lo que pueda aportar a la valoración de la prueba que le corresponde realizar al Juez la opinión de un profesional de la salud, los testimonios referenciados son suficientes para acreditar la configuración del delito.

4.17. En conclusión y consecuentemente con lo que se viene expresando, corresponde hacer lugar al recurso que fuera interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal. Por ello doy por probados los hechos cometidos por P. E. M. en los que resultó víctima B. B. M. y la calificación en un todo de acuerdo con propuesta por el acusador público, a saber: *“haberle colocado sus partes íntimas (vagina) orinándole en la boca a B. y haberlo llevado al baño de la vivienda mostrándole cómo orinaba y sus partes íntimas, obligándolo que le tocara/frotara su vagina”*; hechos que se deben calificar como abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de realización, calificado por haber sido cometidos por la encargada de la guarda, como delito continuado, en concurso real con exhibiciones obscenas” (conforme a los artículos 119, 1º párrafo, primer supuesto, 2º párrafo, segundo supuesto, en relación con el 4º párrafo inciso “b”), 129, 1º y 2º párrafos y 54 -a contrario sensu- todos del Código Penal).

T. J. A. S.. Análisis del recurso.

5. El segundo tema a tratar, plateado por el Fiscal en el escrito recursivo, se refiere a las discrepancias con respecto a la calificación jurídica que el juez de audiencia le asignó a los hechos el Juez de Audiencia cometidos por P. E. M. y que tuvieron como víctima al niño T. J. A. S..

5.1. Que, no obstante de haber aceptado la descripción fáctica que efectuara el fiscal recurrente, recreada de la siguiente manera entre los considerandos 34 y 36 de la sentencia:

“36. Conforme lo referido en los puntos 30 a 35 de esta sentencia, debe tenerse por probado que, entre los días 20 de septiembre hasta el 15 de noviembre de 2019, en el domicilio ubicado en la calle de esta ciudad, P. M. en varias oportunidades besó en la boca a T. S. e hizo que le tocara los senos por debajo de la ropa. Asimismo, en una oportunidad, hizo que se desnudara y encontrándose también ella desnuda introdujo el pene de T. S. en su vagina.”

Contrariamente a las pretensiones del acusador, el juzgador calificó a esos hechos como constitutivos de abuso sexual simple, cometido sobre un menor de 13 años de edad, agravado por quien tenía la guarda del niño como delito continuado, conforme al primer párrafo del artículo 119, inciso b) del Código Penal.

5.2. Resulta así que, el motivo concreto que plantea el impugnante es la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva advirtiendo que con su razonamiento el decisor contradujo fuertemente el marco normativo Nacional e Internacional respecto a los derechos y garantías de niños/as y adolescentes, convirtiéndose esa resolución en una sentencia arbitraria. Sostiene el fiscal que, a partir de la reforma constitucional del año 1.994 se incorporó al ordenamiento jurídico en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, con ese rango, el bloque de tratados internacionales, los que menciona y haciendo especial referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño, estando obligados los estados partes a respetar y promover el derecho implementando las acciones que aseguren el pleno ejercicio de los mismo.

El fiscal completa su argumento, haciendo una extensa referencia a aquellos instrumentos internacionales que, según él, la dan la razón a su postura impugnativa en especial lo relacionado con la temática de los menores víctimas, como lo es la declaración de la Asamblea General de la Naciones Unidas al aprobar la “Declaración de los Derechos del Niño”, transcribiendo de manera específica los artículos aplicables al caso en concreto, los que, en razón de posteriores reiteraciones en el presente voto y, por economía procesal, por el momento me remitiré a ellos.

Asimismo, realizó el fiscal citas relacionadas con la reforma del año 1999 al Código Penal referidas a la ampliación sobre el sujeto activo del delito analizado en *sub judice* a partir de una interpretación amplia sobre el sujeto activo o victimario del ilícito del delito en cuestión. Destacó el fiscal recurrente que el Tribunal de Casación de La Provincia de Buenos Aires en el fallo registrado con el n° 67.136 del año 2015 con el voto del Vocal Natiello sostuvo que: “...la ampliación (la del sujeto activo) tiene su justificación en la comprobación de que los efectos psicológicos y físicos, emocionales y sexuales sobre la víctima son los mismos en estos casos que en lo que menciona la figura tradicional”.

Que, efectuando un razonamiento inverso, el Dr. Sacco apuntó a demostrar que, a partir de las consecuencias psicológicas y el daño que sufriera T., su madre debió acudir a un espacio terapéutico, siendo a partir del cual, su demostración estaría dirigida a la afectación del bien jurídico protegido por la norma y conforme a lo expresado en el fallo mencionado, donde se expresó que esos efectos no tienen distinción de sexo a partir de la inversión de que la víctima sea un masculino y, su victimaria, se trate de una persona de sexo femenino. Esa sería la razón de la reforma, protegiendo de manera integral a la víctima ante los ataques de los victimarios.

Además, sostuvo una marcada desigualdad en referencia a la víctima de estos hechos perversos los cuales fueran calificados con una notable liviandad por el solo hecho de que el sujeto pasivo es un masculino y su activo es de género femenino y, a la inversa es totalmente distinto.

Que en el primer supuesto, tal como surge en el legajo, se califica como abuso sexual simple, mientras que, en el segundo, como abuso sexual con acceso carnal. En tal sentido y vinculado con lo que viene sosteniendo cita el legajo n° 1217 de este Tribunal de Impugnación a cuyo fragmento me remito.

Analiza también que, conforme al hecho por el que fuera acusada M. y en el marco legal que el mismo lo encuadró, las circunstancias descriptas en el tipo consisten en que debe existir acceso carnal, es decir la introducción del órgano sexual masculino en el orificio natural de otra persona, de modo que produzca el coito; de tal manera, afirma que en el caso de autos se dan los tres factores objetivos de la conducta típica: a) abuso sexual de persona de uno u otro sexo; b) que la persona abusada sea menor de trece años y c) que hubiere acceso carnal por cualquier vía. Que, en el sentido mencionado en el apartado c), la víctima fue clara cuando contestó que: “...me hizo poner mi parte dentro de ella... en su parte de adelante...”. Que, con todos los apartados analizados se formula la pregunta o de alguna manera cuestiona la correcta significación del tipo penal al hacer alusión a “el” que abusare sexualmente ¿se refiere sólo al sujeto activo masculino en su capacidad fisiológica de penetrar, o inclusive también al abusador de sexo femenino?

Luego de profundizar el análisis gramatical de la norma, el fiscal Sacco hace hincapié en que le queda claro que el agravamiento del tipo penal simple prescripto en el párrafo tercero no debe entenderse como aplicación limitada al varón. En primer lugar por el alcance general de la norma y así que no se restrinja al género masculino sino dirigidas a todas las personas sujetas a justicia.

Y, en segundo lugar, porque la propia norma supera el género (masculino, femenino) con la fórmula verbal “hubiere”, eliminándose así la posibilidad de la aplicación de la norma solo a un varón, que podría haberse entendido con la vigencia de la norma con anterioridad a la reforma del año 1.999 con su redacción anterior -“cuando tuviere acceso carnal”-, donde la forma verbal personal parecía únicamente al rol funcionalmente “activo” de macho penetrador.

En pos de avalar su postura, el fiscal recurrente citó doctrina como Jorge Eduardo Buompadre (Manual de derecho penal. Parte Especial. Ed. Astrea. 2012, págs. 196 y s.s.); José Luis Clemente (Abusos sexuales. Editora Córdoba, págs.98); Víctor Félix Reinaldi (Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25.087. Marcos Lener, Editora Córdoba, 2 da edición, págs. 104 y s.s.), Manuel Gómez Tomillo (Derecho Penal Sexual y Reforma Legal. Análisis de una perspectiva política criminal. Profesor Titular de la Universidad de Valladolid); Eugenio Raúl Zaffaroni (confr. Código Penal y Normas Complementarias.

Análisis doctrinal y jurisprudencial. David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni. Tomo 4. Editorial Hammurabi, págs. 512 y s.s. en el comentario de los arts. 118/119 de Javier A De Luca y Julio E, López Casariego); el Código Penal de Costa Rica en el artículo 156 (cfr. Art. 156 de C.P.C.R. reformado por la ley 8590 del 18 de julio de 2007 en www.iberred.org) y Ley Orgánica de España nº 11/1999, del 30/4/99, en el Capítulo I, “De las Agresiones Sexuales”, el art. 180 inciso 3º (en http://www.boe.es/boe/dias_1999/05/01pdfs/A16099-16099.pdf). Opiniones a cuya lectura me remito y que en síntesis expresan de manera coincidente las pretensiones que fueran formuladas por el Ministerio Público Fiscal en el recurso.

Finalmente, el impugnante se expresó en el sentido que, los caso de “violación inversa” o “abuso sexual impropio”, si bien son difíciles de imaginar o de poco reconocimiento por parte de los tribunales, de ningún modo pueden ser excluidos del tipo penal del artículo 119 del Código Penal al encajar típicamente tanto en su aspecto subjetivo como objetivo, por lo que conforme a la reforma y su nueva redacción del artículo 119 del Código Penal, sujeto activo de este delito tanto puede ser un hombre como una mujer, claro está se haya establecido que “hubiere” acceso carnal por cualquier vía.

5.3. Por ello, solicitó que se declare la invalidez de la sentencia dictada por el Juez de Audiencia, por la que se la condenó a P. E. M. por los delitos de abuso sexual simple, cometido sobre un menor de 13 años, agravado porque el hecho fue cometido por quien tenía la guarda del niño, como delito continuado en perjuicio de T. J. A. S..

En virtud de ello, que se la condene respecto a estos hechos como: autora penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple como delito continuado, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal calificado por haber sido cometido por la encargada de la guarda en perjuicio de T. J. A. S. de conformidad a lo dispuesto en los artículos 119, 1º párrafo, 1º supuesto, y 3º párrafo con relación al 4º párrafo inciso “b” y 55 del Código Penal).

5.4. Para dar respuesta a los agravios planteados por el representante del Ministerio Público Fiscal, previamente debo, y aunque más no sea a manera de síntesis, referirme a los argumentos que fueran utilizando por el Juez Olié para expedirse de la manera que en definitiva lo hizo al momento de resolver aquellos hechos en los que resultó víctima el menor T. J. A. S..

Asimismo, cabe la aclaración de que el propio Juez de Audiencia en el considerando 36 de la sentencia, destacó que entre los considerandos 30 a 35 del mismo decisorio, tuvo por probados los hechos tal como fueron relatados por la fiscalía y según surge de la acusación y de los alegatos cuando efectúa el reproche penal a P. E. M..

5.5. Ahora bien, al momento de calificar esos hechos es cuando aparecen las disidencias con el acusador público, al afirmar que respecto a la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo del delito de abuso sexual con acceso carnal al haber obligado a un varón -tesis ésta que fue sostenida por la defensa de M. en el transcurso del debate respecto a este hecho-; el juzgador señala que con posterioridad a la reformada la Ley Nº 25.087 y luego de modificar la expresión “tenga acceso carnal” por “hubiera acceso carnal”, la doctrina ha dividido sus opiniones en una tesis amplia y otra restrictiva. Mencionado como autores de referencia de la primera a Buompadre -amplia- y a Donna en la segunda -restrictiva-; dando las razones en que se basan cada uno de estos autores (a las que me remito en los considerandos 38 y 39).

Y es en el considerando 39 que el juez luego de admitir que existen buenas y autorizadas razones dogmáticas relativas a la interpretación del tipo penal del artículo 119, tercer párrafo del Código Penal, se inclina por sostener la posición restrictiva.

En el sentido de que solamente un varón puede ser “sujeto pasivo” -textualmente consigna el término pasivo, pero, seguramente más allá de ser un error de tipo, quiso decir lo contrario o sea activo- del delito de violación mediante acceso carnal, conclusión que se ajusta de mejor modo al principio de legalidad en materia penal, artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y artículo 9 de la Convención de Derechos Humanos y art. 9 del Pacto Internacional de Derecho Civil y Políticos.

En apoyatura de su postura, profundizando sobre el principio de legalidad cita a Zaffaroni. También remarca el principio de máxima taxatividad legal que prohíbe la aplicación de la analogía, significando, su violación, la abrogación del carácter discontinuo y fragmentario del sistema de ilicitud penal, importando una flagrante

violación al principio de legalidad, siendo acompañado por la máxima taxatividad interpretativa. Es así que cita y transcribe el fallo “Costa” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (331.858).

En función de ello, sostiene que la conducta atribuida a M. es atípica del delito de abuso sexual mediando acceso carnal, por lo cual analiza, conforme fuera solicitado por la defensa de M. de manera subsidiaria, que la conducta tiene encuadre en el abuso sexual simple previsto en el primer párrafo del artículo 119 del Código Penal.

Es así como analiza aquellos actos cometidos por la acusada que reproduce la norma aludida de manera típica desde el punto de vista objetivo y también subjetivamente. Los besos en la boca, provocar tocamientos en los senos por debajo de la ropa, desnudez forzada y la introducción del pene en la vagina, son todas conductas que describen un claro designio libidinoso o sexual por parte de la acusada, afirma el juzgador.

5.6. Pues bien, de acuerdo al análisis efectuado, ha llegado el momento de decidir respecto al punto de tensión procesal al que arribaron el órgano persecutor y la judicatura, en cuanto a qué calificación le corresponde asignar a la conducta consumada por la acusada P. E. M. en el hecho por el que obligó a T. J. A. S. a que le introdujera el pene en su vagina. Así, me encuentro en condiciones de adelantar, sin perjuicio de dar las razones de ello en el devenir del presente voto, que me voy a pronunciar por la postura que fuera exteriorizara por el fiscal impugnante.

5.7. Coincido con el Juez Olié que, respecto a la interpretación del tercer párrafo del artículo 119 del Código Penal existen y existieron -con anterioridad a la reforma del año 1.999 (Ley N°25.087) y posteriormente- opiniones encontradas por parte de la Doctrina, estableciéndose la teoría “amplia” y la “restrictiva”.

La primera -la amplia-, sostiene que la mujer puede ser sujeto activo de abuso sexual con acceso carnal, entre los que se puede mencionar a Jorge Buompadre y otros, con sus fundamentos.

La segunda teoría, en la que se encuentran enrolados autores como Donna, Edwards, Laje Anaya y Figari, consideran que, solamente, el hombre puede ser sujeto activo del delito en cuestión ya que es quien se encuentra en condición de penetrar con su órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona.

Que, a partir de esta clasificación interpretativa, el juez de audiencia se inclina por la segunda teoría, resultándome absolutamente respetable la elección. Ya que, al final de cuenta se trata de tomar posición respecto al conflicto por el que fuera a resolver desde la jurisdicción dando las razones de su decisión en miras de impartir justicia.

5.8. Lo cierto es que, conforme a los argumentos formulados por el decisor y tal como él las calificara como buenas y autorizadas razones dogmáticas, mencionando así la normativa constitucional (arts. 18 y 19 del C.N.) e internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art.9), entiendo que en el caso sometido a examen, existen una innumerable cantidad de argumentos que, de alguna manera, opacarían la posible existencia referida a la taxatividad legal e interpretativa en que se incurre -siempre según el juzgador- con la aplicación de la “teoría amplia” al considerar a la acusada P. M. como autora del delito de abusos sexuales con acceso carnal en perjuicio del menor T. J. A. S. en aquellas circunstancias de tiempo y lugar en que se dieron como demostrados los hechos.

5.9. Sí bien la controversia interpretativa no resulta sencilla y su consecuente aplicación menos aún, lo cierto es que la normativa que neutraliza los argumentos utilizados por el *a quo*, se encuentran en las mismas disposiciones, pero, en otros artículos de la propia Declaración Universal de Derechos Humanos aludida con anterioridad por el decisor.

Con una significación específica en el artículo 19 que estipula: “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia de la sociedad y del Estado*”; y, en el artículo 5.1 con terminología más general establece que: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*”. Que, en igual sentido lo sostiene el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en síntesis determina: “*Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna(...), a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*”.

De igual manera, vale la pena hacer mención como instrumento internacional válido para el caso sub examen referido con la minoridad y como fuente anónima de la vulnerabilidad, lo dispuesto en “Las Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de la Personas en Condición de Vulnerabilidad”-XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia del 4 a 6 de marzo de 2.008- cuya parte pertinente reza: “1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad (3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: **la edad**, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico” (conforme fuera considerado en el fallo n° 04/2021 en el legajo registrado con el n° 78569/4).

Para un mayor abundamiento argumentativo, también nos encontramos con la “Convención sobre los Derechos del Niño”, con su jerarquía constitucional a partir de la reforma de la carta magna en el año 1994 en la que se incorporó en el artículo 75 inciso 22° de la Constitución Nacional y que fuera aprobada por la ley nacional n° 23.849 el 27 de septiembre del año 1.990, la que en su artículo 3.1 estipula que: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones pública o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se entenderá será el interés superior del niño”*. Asimismo, el artículo 19 1 de la misma Convención establece: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo custodia de los padres, de un representante legal o cualquier otra persona lo tenga a su cargo”*.

Que a nivel nacional fue sancionada la “Ley de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes” (n° 26.061) en cuyo artículo 1° -conforme a la Convención- dispone que: *“Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño”*.

5.10. Obsérvese que, a partir de la letra de todo el plexo normativo al que me he referido con anterioridad, surgen los fundamentos para dar una preeminencia a la aplicación de una tesis o teoría amplia que postula que la mujer puede ser sujeto activo del delito tipificado en el tercer párrafo del artículo 119 del Código Penal, en razón de que en el propio injusto en tratamiento, la víctima resulta ser un menor de edad. Sin que esta interpretación de manera alguna se afecte el principio de legalidad consagrado por los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional conforme lo expresara el juez de audiencia.

Incluso resulta útil mencionar a Rubén E. Figari con su trabajo titulado “El Tipo penal de abuso sexual con acceso carnal en la legislación penal argentina” (disponible en <http://www.rubenfigari.com.ar/el-tipo-de-abuso-sexual-con-acceso-carnal-en-la-legislacion-penal-argentina/>) aborda con profundidad el tema en cuestión e, inclusive, luego de enumerar los autores que se pronuncian por la dos teorías, adhiere a la tesis restrictiva al decir que: *“...respetando los enjundiosos argumentos que al respecto se vierten, debe prevalecer la idea, por sobre toda otra consideración de orden gramatical, que la acción típica contenida en la conducta prevista en el art. 119, tercer párrafo, es el ‘acceso carnal’, sobre el cual ya se ha hecho el desarrollo correspondiente en el punto III), y ha quedado claro y sobre eso existe un acuerdo total en la doctrina, que debe entenderse como la penetración o introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona, sin que sea necesario alcanzar la perfección, o que se produzca la eyaculación, o que la penetración sea completa en un orificio natural o naturalizado de la víctima, de modo de posibilitar la cópula o un equivalente a la misma, sea por vía normal o anormal .Por ende, de acuerdo a estos conceptos, quien está dotado fisiológicamente para acceder carnalmente es el hombre y no la mujer.”*

5.11. Conforme a lo expresado por Figari y su mirada desde un punto de vista fisiológico, aparece en la vereda de enfrente -entre otros- Jorge Buompadre (“Derecho Penal. Parte Especial” Segunda edición actualizada., Ed. Mave, Buenos Aires, 2003) quien entiende que existen seis razones para sostener que el sujeto activo del delito puede ser tanto un hombre como una mujer, la cuales el a quo ya las mencionó en el considerando 38 de la sentencia; siendo la última razón, enumerada por el propio Buompadre, la que brinda un argumento valedero en la aplicación del presente caso al decir que:

“...el bien jurídico que se protege en este delito permite desarrollar la tesis de la libertad sexual de la persona que se ve afectada cuando la conducta abusiva es llevada a cabo tanto por un hombre como una mujer, pues de lo que se trata en definitiva es que el comportamiento sexual debe configurar una conducta abusiva de la que se prevalece el autor, sea porque la víctima es menor de trece años, sea porque haya utilizado algunos medios expresamente determinados en la norma, o porque se trata de una víctima especialmente vulnerable”.

La posición argumental señalada con anterioridad se encuentra directamente imbricada con aquellas apreciaciones mantenida por Figari en el trabajo mencionado -apartado V- donde expresa que:

“Se ha dicho que el texto legal constituye en sí un punto de referencia, pero no un criterio sólido y definitivo, de allí que se puede advertir una distinción entre el denominado tipo de texto y tipo de interpretación. Por el primero, se entiende el tipo legal tal como se presenta en sentido literal, según el lenguaje corriente y ordinario, en tanto que el tipo de interpretación será aquél que está diseñado a los fines de la aplicación del derecho. Para una mayor claridad se puede decir que el tipo de texto tiene su apoyatura en la comprensión de la ley cercano al sentido original de las palabras y el texto de interpretación es una comprensión de la ley exigida en función de la aplicación del derecho. Como el legislador no se expresa a veces en un lenguaje riguroso sino apelando a formulaciones un tanto amplias y a veces imprecisas, es válido apelar al tipo de interpretación, pero para ello también es necesario recurrir a una toma de posición, es decir, una decisión cuyo límite es que el texto legal pueda exhibirse como deducible del fundamento elegido”.(cita 80 Bacigalupo, Enrique “Delito y punibilidad”, p. 23 Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999).

5.12. Entonces, a partir de aquellos criterios por los que se pronuncian los doctrinarios y, como ya lo adelantara anteriormente, conforme mi humilde opinión, la teoría en la que se funda que tanto el hombre como la mujer puede ser sujeto activo de la configuración del delito previsto y penado por el artículo 119, tercer párrafo del Código Penal, resulta ser la que se ajusta a ese diseño normativo.

5.13. Así como la doctrina planteó sus disidencias en las teorías amplia y restrictiva, paralelamente y como consecuencia de ello, en la jurisprudencia sucedió algo similar.

Resulta importante destacar el fallo que fuera citado en el recurso por el Fiscal Sacco, dictado el 18 de agosto de 2015, por la Sala IV en la causa nº 67.136. (El Derecho-Digital, 2016 cita:ED-DCCCXXV-961) y en cuyo decisorio, los Jueces integrantes de la Sala votaron adoptando la teoría amplia (voto de la mayoría –Juez Natiello y adhesión del Juez Maidana-) y por la teoría restrictiva (voto de la minoría del Juez Kohan), siempre referida a la calificación jurídica que fuera elegida respecto al injusto por el cual fuera recurrida la sentencia dictada por el juez de grado.

En el voto de la minoría (Juez Kohan) del precedente se expresó: *“consideró que sólo puede ser sujeto activo del delito de abuso sexual una persona de sexo masculino, siendo el concepto de acceso carnal implica la introducción del órgano sexual masculino en la vagina, ano o boca de la víctima”;* *“la figura de abuso sexual con acceso carnal constituye un delito de mano propia, desde que solo puede tener acceso carnal y, por ende, realiza la acción típica, el individuo penetra con su aparato genital en la vagina, en el ano o en la boca del sujeto pasivo....(conf. causa 34.821 Sala II voto del Dr. Celesia).* Y cita a Donna el que sostiene: *“sólo puede ser el hombre, ya que es el que posee, como es obvio, el miembro viril, que sirve para la penetración* (“Delitos contra la integridad sexual” Ed. Rubinzal-Culzoni, pag. 60).

Quien encabezó el voto de la mayoría (juez Natiello) sostuvo que: *“que el bien jurídico protegido por el Título III, Capítulo II del Código Penal es sin lugar a dudas la protección de la libertad sexual -entendida ésta como el derecho de la persona de elegir voluntaria y libremente el trato erótico y determinar su conducta sexual- el victimario del delito tipificado en el artículo 119 del digesto de fondo, en pos de una correcta aplicación del constitucional principio de igualdad establecido en del artículo 16 de la*

Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, puede ser tanto el hombre como la mujer. Este último caso ha traído desde antaño discusiones doctrinales al respecto”.

5.14. Es en el apartado II.a. del considerando del fallo, el Juez Natiello expresa correctamente -por los lo menos conforme a mi parecer- que **"las nuevas y modernas concepciones sobre el bien jurídico y las relaciones sexuales han cambiado y abierto el panorama, amplían el marco de aplicación y agregan nuevas discusiones al respecto. La reforma operada por la ley 25.087 no es incoherente, ya que justamente, conforme a los nuevos paradigmas y concepciones sexuales, intenta proteger con más amplitud la 'integridad' y la libertad sexual de que quien es víctima de un hecho aberrante contra dicho bien protegido."**

Luego de acudir a lo expresado en los debates legislativos y la mención de los instrumentos internacionales que concuerdan con la teoría que sostiene el magistrado mencionado *ut supra* también sostuvo que: **“es por ello la inspiración del legislador al reformar el Código Penal, allá por el año 1.999, va en concordancia con la nuevas y sistemáticas protecciones positivas, y justifica de ese modo una ampliación del ámbito de protección que -en el caso- tiene un inescindible correlato en la ampliación del sujeto activo o victimario del ilícito en cuestión... Es el mismo argumento legislativo que sostiene “Esta ampliación (la del sujeto activo) tiene su justificación en la comprobación de que los efectos psicológicos y físicos, emocionales y sexuales sobre las víctimas son los mismos en estos casos que en los que mencionaba la figura tradicional.”**

En definitiva, debo subrayar con especial énfasis que el fallo anteriormente mencionado reviste una alta significación conceptual en los votos en él expresados, aún con el que no comparto la postura tomada, por lo que me remito a todos sus consideraciones.

5.15. Pero, lo más interesante resulta que, el caso ventilado en el sub judice y aquel que tuviera tratamiento del precedente del Tribunal de Casación Bonaerense nos ofrece un identidad fáctica en cuanto a los hechos. Según Rubén Figari, acudir al tipo de interpretación para obtener una mayor claridad, ante un lenguaje como expresión legislativa poco precisa, al momento de tomar decisión sobre el caso, la selección de una postura amplia tanto en el presente como en el anterior, constituye una resolución de equidad para los casos en concreto, cuyo punto de partida argumental adquiere importancia transcendental en la vulneración de la libertad sexual del menor víctima.

Frente a ello, cualquier fundamento asociado a las teorías restrictivas, aparece, según mi humilde criterio, como ajeno o apartados de la realidad, en la imposibilidad de considerar como sujeto activo a la mujer en el delito de abuso sexual o basadas sobre una supuesta analogía penal en contraposición de los artículos 18 y 19 del Código Penal. Realidad que, a partir de la teoría restrictiva deja de tener una visión global y de conjunto, solamente afincada en una construcción meramente liberatoria de responsabilidad y sin que se haga la debida deducción del texto legal.

5.16. Consecuentemente con lo que vengo sosteniendo, el recurso interpuesto por el fiscal debe prosperar en cuanto a la calificación jurídica por la que fuera acusada P. E. M. referida a los hechos en que resultara víctima T. J. A. S.; los que constituyen los delitos de abuso sexual simple como delito continuado en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por haber sido cometido por la encargada de la guarda; todo en concurso material (artículos 119, 1º párrafo, 1º supuesto, y 3º párrafo en relación al 4º párrafo inciso b) y 55 del Código Penal).

6. Imposición de la Pena

El fiscal impugnante como último ítem solicita que desde este Tribunal se imponga la pena a P. E. M. conforme a la calificación efectuada de los hechos por los que fuera acusada. En definitiva, conforme los fundamentos que anteceden, se hizo lugar a la totalidad de las pretensiones que efectuara el acusador público.

Por lo que, corresponde imponerle la pena a M. ante la sustancialmente calificación más gravosa a la que arribara este Tribunal luego de la tarea revisora que fuera motivada por el Ministerio Público Fiscal con respecto al decisorio dictado por el Juez de Audiencia.

Los delitos por los que este Tribunal ha encontrado responsable en calidad de autora a la Sra. M. son:

a) Exhibiciones obscenas, agravadas por la edad de la víctima como delito continuado, **en perjuicio de J. L. M. S.**, (art 129, primero y segundo párrafo del Código Penal) en concurso real con;

b) abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización, calificado por la guarda, como delito continuado en concurso real con exhibiciones obscenas **en perjuicio de B. B. M.** (arts. 119 primer párrafo, primer supuesto, segundo párrafo segundo supuesto en relación al cuarto párrafo inc b); art 129 primer y segundo párrafo y art 54 a *contrario sensu*, todos del Código Penal), en concurso real con

c) abuso sexual simple como delito continuado en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal, calificado por la guarda (art 119 1º párrafo, 1º supuesto y 3º párrafo en relación al 4º párrafo inciso b) y 55 del CP), **en perjuicio de T. J. Al. S.**;

Que la tipificación tiene una escala penal con un mínimo 8 años y un máximo de 48 años, tal como lo consignara el propio fiscal impugnante y es a partir de ello que solicita que se la condene a P. M. a la pena de 18 años de prisión efectiva.

Que habiéndose escuchados los audios concernientes a la argumentación que formulara el fiscal en el alegato final referidos a su pretensión punitiva (actuación 2562070 pista 6) conforme a la aplicación de los artículos 40 y 41 del Código Penal, al momento de ponderar el pedido en este sentido reconoce la existencia de circunstancias de atenuación, como lo son la ausencia de antecedentes, la edad de la acusada y los proyectos que tenía sobre los estudios universitarios.

Que, asimismo, señala el acusador como agravantes los siguientes: la multiplicidad de hechos consumados en un espacio tiempo contra víctimas menores de edad; que, como naturaleza de la acción y el modo de cómo ejecutarla (conforme al artículo 41 del Código Penal). Expresó en sus alegatos finales que M se aprovechó del lugar que ocupaba y de quienes le habían depositado la confianza en el cuidado de los menores; que en menos de dos meses ocurrieron los hechos, constituyendo M. un peligro para el resto del cuerpo social; que se valió de un contexto de intimidación existente en la casa; los buenos valores como la educación y las costumbres que le fueron inculcados según el relato de su padre. Siendo por ello que la fiscalía no encuentra el motivo para cometer estos delitos; y, por último se refirió a los efectos dañosos que presentan los menores a partir de la consumación de los injustos en los que resultaron víctimas, debiendo afrontar en la actualidad tratamientos psicológicos como consecuencia de los traumas sufridos. Conforme a ellos es que en definitiva, solicita que se le imponga la pena de 18 años de prisión.

A su turno, la defensa de M. efectuó su alegato de cierre sobre la prueba producida en el cual solicitó que a su defendida, en caso de ser condenada, se le imponga el mínimo que fuera solicitado en subsidio por el hecho en que resultó víctima el niño T. J. A. S. y que, coincide con los atenuantes que fueron mencionados por la fiscalía relacionados con que no tiene antecedentes y la juventud de su defendida, sus proyectos sobre sus estudios universitarios, que participaba de un proyecto solidario como lo es el club Calfucurá Club. Además, disiente con el fiscal al considerar como agravantes los dichos que fueron expresados por el padre en la audiencia de debate oral, el que tan sólo depuso para favorecer a su hija y de ninguna manera considera que se puede tener como una circunstancia que agrave su condición frente al injusto.

Escuchadas que fueron las partes sobre aquellas circunstancias que cada uno valora como atenuantes y agravantes y por no ser este acápite un caso en que el Tribunal deba efectuar una revisión de la pena y sí imponer la sanción ante una nueva calificación de los hechos, entiendo que de conformidad a lo que dispone los artículos 40 y 41 del Código Penal las pretensiones del acusador se encuentran en principio fundadas.

6.1. Análisis de cuantificación de pena

Como se dijo, este Tribunal ha encontrado responsable a la acusada por los siguientes delitos:

a) Exhibiciones obscenas, agravadas por la edad de la víctima como delito continuado, **en perjuicio de J. L. M. S.**, (art 129, primero y segundo párrafo del Código Penal) en concurso real con;

b) abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización, calificado por la guarda, como delito continuado en concurso real con exhibiciones obscenas **en perjuicio de B. B. M.** (arts. 119 primer párrafo, primer supuesto, segundo párrafo segundo supuesto en relación al cuarto párrafo inc b); art 129 primer y segundo párrafo y art 54 a *contrario sensu*, todos del Código Penal), en concurso real con

c) abuso sexual simple como delito continuado en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal, calificado por la guarda (art 119 1º párrafo, 1º supuesto y 3º párrafo en relación al 4º párrafo inciso b) y 55 del CP), **en perjuicio de T. J. A. S.**;

Tal como lo ha identificado el MPF esta tipificación tiene una escala penal en abstracto de un mínimo de 8 años y un máximo de 48 años de prisión.

Durante el debate el acusador en su pedido de pena solicitó la imposición de 18 años de prisión, es decir 30 años por debajo del máximo de la escala, constituyendo para la judicatura el tope máximo posible para la cuantificación de la pena en el caso concreto.

Corresponde entonces analizar si en razón de lo actuado en el debate esos 18 años cuantificados por el MPF resultan razonables o si como pretende la defensa deberían fijarse en el mínimo. Dicho mínimo, atento a la subsunción legal y la escala que se considera aplicable es de 8 años.

De la lectura del art 40 del Código Penal surge de manera explícita que la pena debe mensurarse, bajo un parámetro para fijar la condenación que son las circunstancias atenuantes o agravantes.

En razón de que el tipo penal aplicable (a los hechos que como delito continuado se cometieron en perjuicio de J., T. y B.) prevé en su descripción que la víctima tiene menos de 13 años, estas circunstancias no deben tenerse en cuenta para seleccionar el grado de reproche en razón de la prohibición de doble valoración.

Con relación al tipo penal aplicable a los hechos en perjuicio de T. incluye la guarda y el acceso carnal. Por su parte en relación a B. el hecho también está calificado por la guarda. Por ende dichas circunstancias no pueden volver a valorarse negativamente. Sí, en cambio, podemos analizar:

La naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutar el hecho en perjuicio de J.: Aquí sí cabe ponderar como agravante en la ponderación de la pena la circunstancia apuntada por el MPF en relación a que M. era quien los cuidaba, y desde esa posición traicionó la confianza que la madre de la niña depositó para confiarle su cuidado.

La naturaleza de la acción en perjuicio de B.: A fin de determinar en qué tramo de la escala penal corresponde situarnos cabe reflexionar acerca de la “intensidad típica” para concretar una valoración acerca de la gravedad del delito. Para ello se impone desglosar en la esfera de las conductas ¿cuáles quedan abarcadas por este tipo penal? Es entonces que debemos pensar en las posibles acciones que abarca esta figura penal desde la más leve hasta la más intrusiva. De todas las posibles formas fácticas donde se excede del abuso simple pero no se llega a acreditar el acceso carnal, la Sra. M. eligió una acción **de las más invasivas**, cual es colocar la vagina en la boca del niño para luego orinar.

Advierto que este hecho en el “degradé” de intensidades posibles de acciones debe ubicarse como muy intrusivo. Y en este aspecto es acertado el análisis que hace el Ministerio Público.

Dicho en otros términos ¿consumó los actos menos lesivos que abarca la figura? Entendemos que colocar la vagina en la boca del niño para luego orinar resulta un acto de connotación sexual altamente intrusivo y disruptivo. Ello analizado dentro del contexto de exhibiciones obscenas realizadas en el baño y de la circunstancia de haber obligado a B. a frotarle su vagina. Recordamos a este fin que el hecho es:

“haberle colocado sus partes íntimas (vagina) y orinado en la boca del niño; haber llevado a B. y a su hermana J. L. S., de 6 años de edad al momentos de los hechos, al baño de la vivienda mostrándoles cómo orinaba y sus partes íntimas, obligándolos a que ambos tocan/frotaran su vagina, haciéndolo el niño b. y

rehusándose J. a ello, asimismo obligarla a la niña a bañarse juntas. Hechos ocurridos entre los días 20/09/219 y el 15/11/219 en el domicilio donde residían los niños, sito en la calle de esta ciudad”.

Es por ello que teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, y la intensidad típica es que corresponde trepar en la escala penal holgadamente por encima del mínimo.

“...El marco penal configura una escala de gravedad continua en la que el legislador establece todos los casos posibles, desde el más leve hasta el más grave que se pueda concebir y de crecimiento paulatino. La escala penal se supone dividida en tres segmentos, de los cuales se reserva el límite inferior para los casos más leves, el tramo del medio para los intermedios y el superior para los hechos de máxima gravedad...” (TOCr. N°14- 20-10-99 “P.P.P” DJ 2000-3544 Publicado en El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia de Edgardo Alberto Donna y otros T.I pág.406/407 Rd. Rubinzal Culzoni).

La naturaleza de la acción en perjuicio de T., no advierto otras agravantes adicionales para mencionar en los términos en los arts 40 y 41 que no caigan en la doble desvaloración, puesto que la penetración (los actos del tipo) y la guarda ya están consideradas en la calificación legal que corresponde a estos hechos.

La extensión del daño: Esta cuestión también orbita en contra de la condenada al momento de evaluar la intensidad de la pena. En primer lugar cabe poner de relieve que existe un daño psicológico que hoy no se puede medir y que recién aflorará cuando las víctimas transiten el proceso terapéutico.

Recordemos que diversos testigos han dado cuenta de las afectaciones que hoy pueden percibirse en los tres niños. Así resulta que

De las declaraciones de la Señora J. S. (Actuación 2553263 Pista 7 minuto 19:00) surge que al ser consultada por el fiscal si los niños iniciaron terapia, la madre explica que después de denunciar, T. asistió a violencia familiar y fue tres sesiones nada más porque se le complicaba para llevarlo porque quedaba muy lejos, y después con la pandemia no los pudo llevar más. Sin embargo hace unos meses J. y B. están yendo hace mes, mes y medio. Los lleva al Hospital, a infanto juvenil y estaba a la espera del turno que le consiguió a T. en la posta del aeropuerto.

“No los veo bien (a los niños) y me preocupa, B. está muy agresivo, se frustran por nada, tira las cosas, tiene miedo no quiere que lo deje con nadie más que con su papá o con su abuela (19:37) o con su tía” “B. se deja bañar solamente conmigo o con su papá nada mas (20:07).” “duerme vestido”. Antes se septiembre de 2019 no eran así. (21:21) T. está muy deprimido, no quiere salir de adentro de la casa, le cuesta estudiar se tira en la cama no se quiere levantar, duerme mucho”.

El Sr. C. J. M. M. (padre de B.) (Actuación 2553263 pista 10 minuto 8:06 a 10:28 aprox.) explica a preguntas del Fiscal respecto a qué cambios notó en B. a partir de que la Sra. M. empieza a cuidarlos, explica que desde el nacimiento de B. hasta que se separó convivió con la madre del niño. A partir de la fecha de quiebre, cuando M. empezó a cuidarlos explicó que *“los notaba más agresivos, que ellos se encerraban que buscaban estar solos, que B. estaba triste, no jugaba de la misma forma que antes, J. se cerraba un poco en eso de hablar y disfrutar los juegos y las charlas que teníamos nosotros (9:52) por ahí en el tema de bañar a B., él se negaba a sacarse la remera, el pantalón, me costaba mucho eso, lo mismo cuando nos acostamos a dormir, siempre dormíamos en ropa interior porque sufrimos el calor y dormimos destapados, y eso dejó de hacer, igual que bañarlo, si bien lo baño yo o mi mamá, por otra persona que no sea yo o mi mamá (a preguntas de MPF aclara que su mamá y la abuela de B. es la Sra. C. no se deja, ni sacarle la remera, ya no es lo mismo”.*

A partir del minuto 10:20 de la pista 8 (Actuación 2553263) la testigo N. C. dijo sobre T. *“si lo observaba muy nervioso, como que no se podía concentrar, a veces en las cosas, en los juegos que hacía que por ahí jugábamos. O el solo hecho que por ahí a veces estábamos mirando una película o algo y él como que se desconectaba de eso, como que estaba ido, estaba en el lugar pero no estaba, estaba como ausente. Y después muy nervioso, muy nervioso. “*

Minuto 11:20 “el solamente al nombrarla a ella era tremendo para ellos”

A su turno, la testigo F. D. S. (Actuación 2553263 pista 9, Minuto 12:58). Es hermana de J. y tía de los niños víctimas. Expresó que J. se puso agresiva, que antes no era así. Antes era muy respetuosa y tenía buenos

modales. Después se puso agresiva, grosera, como agresiva. "Me contestaba mal, antes no era así." (13:19).

El MPF también apuntó que hace dos años que ocurrieron los hechos, y si bien los anteriores tratamientos se vieron interrumpidos por la pandemia, los dos niños más chicos aun continúan con terapia.

Va de suyo que acorde a las reglas de la experiencia común, estos niños deberán elaborar lo ocurrido en el espacio terapéutico y será más adelante (transcurrida la psicoterapia) cuando dejen la niñez y enfrenten la situación de vincularse sexualmente, es decir cuando tenga edad madurativa y psicológica para acceder a un vínculo de pareja afectivo y sexual es que se podrá ponderar la magnitud del daño.

Si bien esto no puede saberse hoy en punto a cómo será, sí estamos en condiciones de advertir de las máximas de la experiencia que dicho tránsito lo será en condiciones desfavorables a aquellas que concurrirían si no hubiese transitado por esta situación disruptiva.

Es decir que de acuerdo a lo que pudo probarse en juicio, con respecto al daño, debemos considerar que existe una afectación tal como lo que los testigos que depusieron en el debate pueden aportar hoy.

Esta afectación es advertible por los sentidos al escuchar la situación en que hoy están los niños.

Sin embargo, aunque existe dicha afectación y esto **hace trepar al quantum punitivo de la pena por sobre el mínimo**, no se cuenta con pericia que explique el grado de afectación del psiquismo o la aseveración profesional a partir de las técnicas de exploración que revelen la existencia de un psiquismo altamente dañado, o devastado, o con mal pronóstico de evolución, que permita elevar, la pena sobre la base del resultado de ese medio probatorio.

Sin embargo sí resulta posible incrementar el reproche por sobre el mínimo en este aspecto a partir de las afectaciones descritas por los testigos, sin que podamos extraer otra conclusión más gravosa a falta de una prueba derivada de las ciencias psicológicas que así lo tenga por válido.

La circunstancia de que sea un delito continuado. Tal como ha explicitado el MPF, estos hechos ocurrieron en un corto período de tiempo. Durante el largo lapso de 10 a 12 horas en que los niños quedaban solos con la Sra. M..

La circunstancia de que sea un delito continuado nos habla de una agresión que ocurrió varias veces, no sabemos cuántas.

Esta cuestión debe ser tenida en cuenta desfavorablemente a los fines de la extensión de la afectación, puesto que no escapa a las máximas de la experiencia y de la lógica que si el hecho ocurre más de una vez, la producción de consecuencias negativas es mayor, máxime por la reiteración de varios hechos sostenidos durante dos meses, cuya cantidad exacta no podemos precisar (por las características del delito, las vulnerabilidad de los niños menores de edad y en ese contexto, la imposibilidad de que especifiquen en que fechas exactas habría sufrido las agresiones).

Ha habido sin duda más de un hecho. Lógicamente debe constituir una agravante en la ponderación de la pena.

Son las mismas víctimas quienes sufren la agresión a la integridad física, reiteradamente en el tiempo y es sobre las mismas víctimas que se va produciendo y profundizando el daño.

Al decir de Fleming y Lopez Viñals en su obra "Las Penas", Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2009, pág. 185, "...Entendemos que el juicio de reproche se compone con el modo e intensidad de agresión al bien jurídico, lo que provoca una ligazón entre la magnitud del injusto y la culpabilidad. Se es más culpable o se está más sujeto al reproche cuanto más intensamente se ofende al bien jurídico, pero no por la función protectora respecto de este último, sino por la revelación de un mayor grado de lesividad y reprochabilidad en el caso concreto, que se modula junto con las circunstancias o situación personal que ayudan a motivarse o desmotivarse frente al hecho".

En este orden de ideas, también debe gravitar la reiteración de las conductas ilícitas de la condenada, Sra. M., las que, aunque encuadradas como única, en función de la teoría del delito continuado, debe tener su impacto

en el juicio de culpabilidad. Así, los autores citados expresan, en la obra ya mencionada, pág. 327, "...*Creemos que quien encara una empresa delictiva ejecutándola a través de diversas actividades independientes conducentes a un mismo fin, revela un mayor grado de culpabilidad, ya que su persistencia en el accionar ilícito, la multiplicación de sus determinaciones delictivas y su sucesiva puesta en acto determinan una mayor cuota de reprochabilidad...*"

Otras consecuencias del delito:

Del testimonio de J. S. (Actuación 2553263 Pista 7 minuto 17:26 al preguntarle el fiscal sobre si continuaron viviendo en la casa de la calle, la madre de los niños explicó que se tuvieron que ir porque los niños no querían estar en la casa, tenían miedo, que los niños se iban con la abuela paterna, Norma. Que a la semana se tuvo que mudar. También, y relacionado con el impacto en el desempeño laboral de la madre, ya que refirió las dificultades para organizarse porque no tiene a quien dejarle al cuidado al niño para ir a trabajar, porque no quieren estar con nadie.

El Sr C. J. M. M. (padre de B.) (Actuación 2553263 pista 10) explicó que después de la denuncia, B. lloraba no quería estar en la casa de la calle (7:55).

De las circunstancias atenuantes que son comunes respecto de las tres víctimas se da la falta de antecedentes penales, sus proyectos de estudios, y su corta edad. Estos fueron mencionados por las partes al efectuar sus alegaciones en la audiencia oral de manera casi coincidente, lo que eximen a esta jurisdicción de mayores consideraciones sobre el particular por haber sido efectuada con anterioridad y resultar coincidente con ello.

Considero que, el fundamento utilizado por el acusador público respecto a lo que expresara el padre de la acusada referidos a los valores y costumbre en que fue criada y, tal como lo sostuvo la defensa, no se debe tornar en una circunstancia agravante en la graduación de la pena habida cuenta que, esa declaración del padre de M. a mi criterio no se puede tomar en su perjuicio.

Que, efectuándose el análisis precedente sobre los injustos consumados por P. E. M., se advierte que el sentido del reproche permite claramente alejarse del mínimo de la escala, toda vez que las circunstancias que a partir de los hechos probados permiten dar más intensidad al reproche sin realizar una doble valoración, superan a las atenuantes.

En efecto, en el caso en estudio a) la calificación que le correspondió a los hechos consumados por la acusada fue como delito continuando, existiendo una reiteración de acciones con un aumento de los contenidos en el injusto, con su consecuente profundización del resultado lesivo y una mayor afectación de los bienes jurídicos. b) que, indudablemente, aquellos bienes jurídicos afectados no se hallaban desprotegidos, menos a consecuencia de las propias víctimas, tres niños, absolutamente vulnerables; c) la extensión de las afectaciones psicológicas que quedaron en los niños víctimas aun a dos años del hecho.

Ponderando entonces, la escala penal en abstracto, la pena solicitada por la parte acusadora, los criterios agravantes (que resultan predominantes), y las circunstancias atenuantes consideramos que la pena de 15 años de prisión se ajusta a los parámetros previstos en los arts. 40 y 41 del Código Penal, en punto a lo que en concreto pudo ser acreditado en el presente legajo.

La señora Jueza sustituta María Eugenia Schijvarger dijo:

Que atento a los fundamentos expuestos por mi colega preopinante, adhiero a los mismos y expido mi voto en igual sentido.

Por ello la Sala A del Tribunal de Impugnación Penal,

FALLA:

PRIMERO: HACER LUGAR al recurso de impugnación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra la sentencia Nro. 21/2021 del pasado 22 de abril de 2021 dictada por el Juez Aníbal Andrés Olié de la Audiencia de Juicio de la Primera Circunscripción Judicial.

SEGUNDO: REVOCAR el punto Primero de la Sentencia Nro. 21/2021, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Primero: Condenar a P. E. M., DNI N°, de circunstancias personales ya indicadas, como autora material y penalmente responsable de los delitos de exhibiciones obscenas, agravadas por la edad de la víctima como delito continuado, **en perjuicio de J. L. M. S.** (art. 45, art. 129, primero y segundo párrafo del C. P.); abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización, calificado por haber sido cometido por la encargada de la guarda, como delito continuado en concurso real con exhibiciones obscenas **en perjuicio de B. B. M.** (art. 45, art. 119 primer párrafo, primer supuesto, segundo párrafo segundo supuesto en relación al cuarto párrafo inc. b), art. 129 primer y segundo párrafo, art. 54 a *contrario sensu* y 55, todos del Código Penal); y abuso sexual simple como delito continuado en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal, calificado por la guarda **en perjuicio de T. J. A. S.** (art. 45, art 119, primer párrafo, primer supuesto y tercer párrafo en relación al cuarto párrafo inciso b) y 55 del C.P.); concursando la totalidad de los delitos entre sí en forma real (art. 55 del C. P.); a la pena de quince años de prisión y accesorias legales (art. 12 del C.P.), sin costas (arts. 346, 444 y 445 del C.P.P.), hechos valorados en el marco de la Ley Nacional n°26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ratificada en nuestra provincia mediante Ley N° 2.574.”

TERCERO: NOTIFÍQUESE. PROTOCOLÍCESE y oportunamente ARCHÍVESE el presente.

Número / Año

93483/1 - 2021

Estado

Publicado

Voces

Archivos Adjuntos

No existen adjuntos

Imprimir

Sumarios de la sentencia 93483/1