

PRUEBA: *Delitos contra la integridad sexual. Testimonio de la víctima. Prueba indiciaria. PRUEBA TESTIMONIAL: Testimonios de niño víctimas: pautas para su valoración. Directrices emanadas de documentos internacionales. ABUSO SEXUAL (art. 119, primer párrafo CP). Aspecto objetivo. Aspecto subjetivo. Conducta objetivamente impúdica sin intención sexual: pautas para su valoración. ABUSO SEXUAL AGRAVADO: cometido por dos o más personas (art. 119 último párrafo en función de los párrafos 1 y 4 inc.d). Configuración. Fundamento. DERECHOS DEL NIÑO. Niños víctimas de delitos. Directrices emanadas de documentos internacionales. Niños víctimas de delitos sexuales. ACUSACION: Requisitos. Relación del hecho (art. 355 CPP). Fundamento. COAUTORIA: Principio de imputación recíproca.*

I. Frente a delitos contra la integridad sexual, el testimonio de la víctima aparece como la prueba dirimente, puesto que esta clase de hechos suele cometerse en ámbitos de intimidad, ajenos a las miradas de terceros. En consecuencia, los elementos de juicio que corroboran el relato de las víctimas constituyen, en su mayoría, *prueba indirecta*.

II. La prueba indirecta no resulta óbice para sostener una conclusión condenatoria, en la medida en que los indicios meritados sean unívocos y no anfibológicos y a su vez sean valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria. En similar sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la cual “cuando se trata de una prueba de presunciones... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes”; “la confrontación crítica de todos los indicios resulta inexcusable para poder descartarlos, por lo que el argumento de la supuesta ambivalencia individual de cada uno de ellos constituye un fundamento sólo aparente que convierte en arbitraria a la sentencia portadora de este vicio”.

III. En relación al relato de un niño, numerosa jurisprudencia a destacado que éste no puede ser analogado en su tratamiento al de un adulto, no debiendo someterlos a un minucioso examen lógico, en desmedro de los rasgos distintivos que le confieren la madurez y afectividad propias de su edad. Es que semejante abordaje olvida, en primer término, que si a la valoración de toda prueba obtenida en el proceso ha de aplicarse la sana crítica racional (art. 193, C.P.P.), ésta se integra con la lógica, pero también, y en igual medida, por las reglas de la experiencia común y la psicología.

IV. Es una regla de la experiencia común -en cuanto constituye un hecho notorio, aprehensible espontáneamente por el intelecto como verdad indiscutible que el relato de un niño no puede ser objeto de un estricto control de logicidad. En ninguna esfera de su vida en relación -familiar, escolar, social, etc.-, quien se comunica con un niño lo hace con la expectativa de obtener de su pequeño interlocutor un razonamiento impoluto, sin fisuras, sin olvidos, sin contradicciones, sin imprecisiones; y no existen motivos para mensurar con inmutable rigor la narración que ofrece un niño cuando es convocado a declarar en un proceso penal.

V. La psicología, también ofrece un inestimable aporte para la valoración del relato infantil, en tanto explica los mecanismos e interacciones inherentes a la *psique* del niño que subyacen a esta peculiaridad arriba referida y constatada por la experiencia común. Por dicho motivo, resulta aconsejable -aunque no imprescindible, atento al principio de libertad probatoria receptado en el artículo 192 del código ritual- validar sus dichos con un abordaje experto. Las pericias psicológicas, en este sentido, ofician casi a modo de intérpretes del relato del niño y cuando se agregan al proceso no es posible separarlas de aquél, por su capacidad explicativa de los defectos u omisiones que puedan encontrarse en la narración del menor.

VI. Cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato del niño, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada -cual sombra al cuerpo- de la explicación experta, en tanto aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el Juzgador y que por ende no pueden motivar su decisión.

VII. Las consideraciones referidas en relación al relato de un niño, lo son en plena sintonía con las directrices que emanan de documentos internacionales. Como derivación de la obligación asumida por los Estados de "*proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales*" al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (art. 34), y brindando un marco práctico para el trabajo con niños víctimas y testigos de delitos dentro del proceso de justicia bajo el prisma de la *Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* (O.N.U.), se proclama que "*cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia*".

VIII. En relación a la conducta típica del delito de abuso sexual (art. 119, primer párrafo del C), la doctrina ha señalado que su materialidad puede consistir en usar impudicamente el cuerpo; a) sea mediante actos subjetivamente impúdicos de desahogo sexual distintos de la cópula (actos libidinosos), b) sea mediante actos objetivamente impúdicos por violar la reserva de sus partes pudendas, cualquiera sea la finalidad perseguida por el autor. El abuso exige la realización de hechos corporales de tocamientos o acercamientos con la víctima sin que lleguen al acceso carnal o a su tentativa, quedando comprendidos tanto los contactos corporales del autor o de un tercero con la víctima como aquellos que la víctima es obligada a efectuar sobre el cuerpo del autor o de un tercero (hacerse tocar partes pudendas por la víctima), e incluso puede tratarse también de la aproximación de objetos, p ej. los llamados "consoladores", los "vibradores" o cualquier otro que no esté específicamente diseñado para el ejercicio de la sexualidad -a partes del cuerpo ajeno que tengan connotación sexual (vrg. vagina, el ano, los senos). La materialidad del delito no existe si falta el acercamiento o el contacto (p.ej. la simple contemplación del cuerpo desnudo de la víctima, a quien se ha sorprendido en esa situación contra la voluntad de ella). Ni tampoco si el acto sexual lo realiza el autor sobre su propio cuerpo, aunque se lo haga contemplar al sujeto pasivo en contra de su voluntad.

IX. Esta Sala, adscribió a la tesis que sostiene que en el delito de abuso sexual lo determinante para la configuración del tipo es el carácter objetivamente impúdico de la conducta del autor, a lo que se agrega, subjetivamente, el dolo consistente en el genérico

conocimiento de que se comete un acto impúdico y la voluntad de ejecutarlo, aunque el autor además tenga otros fines, como puede ser la humillación, la venganza, etc. Se ha sostenido, así, que el aspecto subjetivo -la finalidad libidinosa del autor- adquiere importancia en los casos límite, esto es, cuando la acción misma es en sí dudosa en su significación objetiva, o lo que es lo mismo, cuando se trata de actos objetivamente indiferentes en relación al sexo, por ejemplo, el acto de tocar, o que son susceptibles de tener más de un significado, inocente uno e impúdico el otro, por ejemplo, el beso, el abrazo y la palpación. En tales casos, adquiere relevancia la finalidad libidinosa (satisfacción del instinto sexual), esto es, el contenido sexual que de manera subjetiva el agente le otorgue al acto dudoso. En consecuencia, han reservado la función del elemento subjetivo para la solución de esos casos extremos, mientras que no tiene tal trascendencia cuando los actos, en su aspecto externo, presentan un significado sexualmente claro, ya para el autor, ya para la víctima, ya para un tercero.

X. En cuanto al abordaje que debe proporcionarse a aquellos casos en los que hay una intromisión en la esfera corporal del niño víctima pero se alega una intención no sexual, la exigencia de una finalidad libidinosa no se compadece con la figura del abuso sexual, que se conforma con un dolo común. En consecuencia, frente a tocamientos de partes íntimas - con el consiguiente conocimiento de que revisten dicha naturaleza- habrá que examinar el entorno en que se verifican, el que deberá ser claro en la demostración de la ausencia de significado sexual para determinar la atipicidad de tales conductas sobre el cuerpo del niño. Por ende, el interrogante a responder no será si dicho acto ha sido realizado con una finalidad libidinosa: el análisis, en cambio, deberá orientarse a verificar si dicho contacto reviste un sentido no sexual, adecuadamente justificado en razones de salud, aseo, cuidado, etc. Dicho de otro modo, frente a la acreditación de este tipo de contactos, no cabrá requerir un esfuerzo probatorio a fin de acreditar la subjetividad lasciva, sino que, dada la naturaleza íntima de estas áreas del cuerpo, ya se contará con un primer indicio acerca de su connotación abusiva, que deberá ser examinado junto con los restantes elementos de juicio para establecer si estos tocamientos tienen un contenido no delictivo. Es que fuera de los requerimientos propios de la edad infantil, como por ejemplo, la ayuda frente a la imposibilidad de higienizarse o vestirse con autonomía, la condición de niño no autoriza a derivar un minus de intimidad para sus partes pudendas, que lleve a aceptar que se actúe sobre ellas de maneras en las que no se toleraría respecto de un adulto. Muy por el contrario, la mayor desprotección que deriva de su inmadurez obliga a reforzar los resguardos de su faz sexual para habilitar únicamente aquellos comportamientos sobre su esfera corporal que resulten necesarios de acuerdo a la edad

XI. El abuso sexual se agrava si el hecho fuere cometido por “*dos o más personas*” (CP, 119, último párrafo en función del de los párrafos 1 y 4 inc.d). De tal manera, la reforma operada por la ley 25.087 (B.O. 14/05/99) ha puesto fin a la discusión que se había sucedido en la doctrina con respecto al número de autores que debían intervenir en la comisión del hecho, dejando ver que es suficiente, para que funcione la agravante, con que en el hecho actúen dos o más personas, aunque no lo hagan en concurso. La mayor parte de la doctrina sostiene que si bien ambos sujetos deben concurrir a la ejecución del delito, no es necesario que los dos realicen la acción abusiva, porque puede llevarla a cabo sólo uno mientras el otro ejerce la violencia sobre la víctima, la amenaza o respecto de ésta, abusa coactiva o intimidatoriamente de una relación de dependencia, de autoridad o de poder. No obstante, no basta que uno de los dos preste auxilio al otro para cometer el hecho (vrg.

oficiar de campana), sino realiza una acción como las señaladas que lo convierten en coautor del tipo.

XII. El fundamento de tal agravante debe encontrarse en las mayores posibilidades de éxito de la acción delictuosa que implica este modo de perpetrar el delito, dado que la pluralidad de agentes disminuye la capacidad de resistencia de la víctima.

XIII. Existe, en la actualidad, una fuerte directriz que emana de las cartas magnas y la legislación supranacional, en consideración a la marcada vulnerabilidad y dependencia de los niños y niñas, preocupación que no ha nacido en nuestros días, sino que viene siendo motivo de particular atención, en distintas aristas, desde antaño cónclaves internacionales tales como la Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra en 1924, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de igual fecha. En nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la reforma del año 1994 la Constitución Nacional se ha alineado en la misma dirección, dando expresa cabida a la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22° C.N.), como también estatuyendo que corresponde legislar y promover las medidas que les garanticen el pleno goce de sus derechos fundamentales "en particular" en relación a ellos (art. 75, 23° C.N.). Del mismo modo, nuestra Carta Magna local ha proclamado al niño como un sujeto requerido de protección estatal (art. 25). De allí que todas estas directrices que posicionan al niño en una condición relevante no pueden ser desoídas sin más, haciendo caer en saco roto esta profunda preocupación de las legislaciones fundamentales y supranacionales. Uno de los ámbitos en los cuales se verifica una protección reforzada, es el de la victimización infantil. Cuando los derechos del niño se ven amenazados por la comisión de un delito, su vulnerabilidad e indefensión se acentúan y llaman a activar -desde los distintos ángulos de la intervención estatal- todos los mecanismos tendientes a eliminar o al menos minimizar el impacto del ilícito en la esfera de su personalidad, de su vida e integridad física, de su patrimonio, etc. El art. 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño fija un vasto alcance a la acción estatal que demanda, poniendo en evidencia la magnitud de la tutela que reclama para los niños víctimas. En esta senda es que se ha introducido la peculiar situación del niño afectado por el delito como premisa ineludible en diversos análisis, tanto en materia procesal como sustantiva. La especificidad de la alusión del artículo 19.1 de la Convención a aquellos delitos que afectan la vida, salud física o psíquica y la esfera sexual del niño, demuestra que en el ámbito de tales ilícitos la consideración de su interés es, lisa y llanamente, inexcusable.

XIV. La ley procesal penal, al regular los requisitos de la acusación lo hace de modo minucioso, reclamando, entre otros extremos, que ella contenga una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho que se atribuye al perseguido penalmente (CPP, art. 355). Indudablemente que la exigencia se vincula con el resguardo de la inviolabilidad de la defensa en juicio (CN, art. 18), que aquella norma pretende asegurar, toda vez que es aquel acto procesal el que fija la base fáctica del juicio y, consecuentemente, de la decisión definitiva que debe adoptar el Tribunal de juicio una vez finiquitado el debate. Para el logro de la apuntada finalidad la ley debe garantizar, sin restricción alguna, que el imputado pueda negar o explicar el hecho que se le atribuye, o afirmar alguna circunstancia que

excluya o atenúe su responsabilidad u ofrecer pruebas de descargo, o argumentar en sentido contrario a la imputación.

XV. En materia de co-autoría rige el “principio de imputación recíproca” de las distintas contribuciones. Y, en virtud de este principio, todo lo que haga cada uno de los coautores, es imputable (es extensible) a todos los demás. Por ello, puede considerarse a cada co-autor como autor de la totalidad del hecho, aunque parte del mismo no haya sido por él ejecutado.

T.S.J., Sala Penal, Sent. n° 305, 19/11/2012, “**Serrano, Ezequiel Alberto y otro p.ss.aa. abuso sexual agravado -Recurso de Casación-**”. Vocales: Cafure de Batistelli, Blanc G. de Arabel, Rubio.

SENTENCIA NUMERO: TRESCIENTOS CINCO

En la Ciudad de Córdoba, a los diecinueve días del mes de noviembre de dos mil doce siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de los señores Vocales doctores María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y Luis Enrique Rubio, a los fines de dictar sentencia en los autos “***SERRANO, Ezequiel Alberto y otro p.ss.aa. abuso sexual agravado -Recurso de Casación-***” (Expte. "S", 51/10), con motivo del recurso de casación interpuesto por los defensores de los imputados Ezequiel Alberto Serrano y Maximiliano Serrano, con el patrocinio letrado del Dr. José Ignacio Cafferata Nores, en contra de la sentencia número cuarenta y uno, de fecha cuatro de junio de dos mil diez, dictada por la Cámara Criminal y de Acusación de la ciudad de Villa María.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Es nula la sentencia por falta de fundamentación?

2º) ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 119 primer párrafo en función del párrafo 1º y 4º del CP?

3º) ¿Ha sido aplicado erróneamente el inc. d) del párrafo cuarto en función del inc. 1º del art. 119 primer párrafo del C.P.?

4º) ¿Qué solución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. María Esther Cafure de Battistelli, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y Luis Enrique Rubio.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Por sentencia n° 41, de fecha 4 de junio de 2010, la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Villa María, en lo que aquí interesa, resolvió: “...I) *Declarar que Ezequiel Alberto Serrano es coautor responsable del delito de **abuso sexual agravado**, que en los términos de los arts. 45, 119, último párrafo, en función de los párrafos 1° y 4°, inc. d) del Código Penal le atribuyó la acusación fiscal e imponerle la pena de **tres años de prisión en forma de ejecución condicional y costas (arts. 26, 29 inc. 3 del CP y 412, 550 y 551 CPP). Disponer que el nombrado cumpla, por el término de la condena, las siguientes reglas de conducta: a) fijar residencia; b) someterse al cuidado de un patronato (Art. 27 bis inc. 1 CP).*** II) *Declarar que Maximiliano Serrano es coautor responsable del delito de **abuso sexual agravado**, que en los términos de los arts. 45, 119, último párrafo, en función de los párrafos 1° y 4°, inc. d) del Código Penal le atribuyó la acusación fiscal e imponerle la pena de **tres años de prisión en forma de ejecución condicional y costas (arts. 26, 29 inc. 3 del CP y 412, 550 y 551 CPP). Disponer que el nombrado cumpla, por el término de la condena, las siguientes reglas de conducta: a) fijar residencia; b) someterse al cuidado de un patronato (Art. 27 bis inc. 1 CP)...***” (fs. 223/234).

II. Bajo el amparo del motivo formal de casación (art. 468 inc. 2°, C.P.P.), recurren en casación los abogados defensores de los imputados Ezequiel Alberto Serrano y Maximiliano Serrano, con el patrocinio letrado del Dr. José Ignacio Cafferata Nores, por considerar que el decisorio ha vulnerado las reglas de la sana crítica racional, más precisamente el principio de razón suficiente.

1.a Bajo el acápite “*Motivación falsa y violatoria de las reglas de la sana crítica*”, comienzan a desarrollar sus agravios.

Luego de citar jurisprudencia del Alto Cuerpo de la Nación y transcribir las conclusiones a las que arriba el sentenciante, denuncian que la resolución impugnada vulnera las reglas de la sana crítica racional pues contiene una falsa motivación al dar por existentes ciertas circunstancias de la prueba que no son tales y por ello derivan en conclusiones que presentan el mismo vicio.

A los fines de demostrar la falsedad que denuncian, alegan que el sentenciante no ha evaluado críticamente ni ha confrontado con el resto de las pruebas las **dos declaraciones prestadas por la víctima**, a las cuales **ha considerado coincidentes en su núcleo** (*tocamiento de genitales por la fuerza, y uso de un engaño para el ingreso al lugar donde fue sometido mientras los autores se reían*), cuando a sus juicios, tal como intentarían demostrar, en muchos aspectos son francamente discrepantes. A tal efecto, señalan:

*Que el padre de J.S. declaró que su hijo lo habló por teléfono y le dijo “**papá me violaron**”. Tolaba –empleado de la grisinería- refiere que Salcedo lo zamarrea porque “**había querido violar a su hijo**”. Pero, resaltan que en Cámara Gessell el niño dijo *no saber que significaba la palabra “violar”*.

Esto demuestra que la primera versión del menor que recibe el padre es que lo habían violado o intentado violar. Sin embargo, remarcan J.M.S. desconoce el significado de esa palabra.

*El menor B.O., único testigo presente, dijo que J.M.S. le manifestó “**me tocaron**”, pero en Cámara Gessell indica que *no le dijo donde lo tocaron*.

En consecuencia, sostienen los recurrentes, que esta versión de B.O. no puede tomarse como apoyo a lo dicho por la víctima pues no indica las partes del tocamiento.

*Refieren que lo mismo sucede con el engaño aducido, pues mientras que J.M.S. señaló que los imputados le manifestaron que tenían un regalo para él, B.O, en Cámara Gessell indicó que le dijeron que se habían comprado **una moto nueva**.

*En orden a la supuesta concordancia entre las dos declaraciones de J.M.S. sobre el “tocamiento de los genitales por la fuerza”, recalcan que la sentencia omite valorar el contexto probatorio que rodea a esa supuesta coincidencia.

Es que primero el niño dice que *“comenzaron a manosearlo tocándole los testículos y la cola”*, sin embargo en Cámara Gessell se refiere *“al ano y a la cola”*. Y cuando la psicóloga le pregunta cómo fue, este refiere *“y no sé”*. *¿Qué entendés vos por manoseo?* J.M.S. respondió *“Me contó mi papá, lo que me hicieron, eso”* y con posterioridad dijo *“papá me dijo que yo dijera manosear”*, aclarando a que eso se lo dijo *después que pasara ello y que antes no sabía el significado del término*.

Sostienen que si a éstos dichos se lo pone en el contexto de dependencia afectiva y emocional del menor en la figura de su padre queda claro que no puede lógicamente excluirse que el uso de la construcción gramatical **“manosear”** en lugar de **“tocar”** o **“violar”** haya sido influida por el padre.

*También afirman que los dichos de J.M.S. no encuentran respaldo en los del menor B.O. Es que –según surge de la sentencia- B.O. primero señaló la negativa de J.M.S. a ingresar, para luego entrar; que en el preciso momento de escapar de lo de Serrano, J.M.S. ya le dijo me manotearon, me tocaron los genitales, sumado a que lo acompañó hasta su casa y oyó que eso mismo se lo contó a su madre.

Sin embargo, señalan que el padre del niño refirió que luego de hablar por teléfono con éste *le pide que lo comuniqué con su madre y cuando dialoga con ella, la madre le dice que no sabía nada.*

Entonces, tanto por los dichos de J.M.S. como por los de su padre, surge que el niño habló directamente a su padre y no por intermedio de su madre, por lo que los dichos de B.O. no respaldan los de la víctima.

Pero además, también señalan que en orden a la negativa de J.M.S. a ingresar al lugar, en su primera declaración B.O nada dijo, aunque luego en la segunda manifestó que su amigo le dijo “*vení entramos*”; en tanto el damnificado refirió que B.O. accede dejando su bicicleta en la vereda. Entonces, concluyen, en este punto los dichos de B.O. tampoco avalan la versión del menor.

Por último, también refieren que de los dichos de B.O. no surge ningún elemento que ratifique lo relativo al “*tocamiento de los genitales*”, pues, éste señaló que cuando J.M.S. llegó a su casa en busca de su madre le dijo “*mamá llámalo a papá porque me tocaron*”, aunque explicó que a él “*no le dijo en qué parte en ningún momento*”.

En razón de todo lo expuesto los quejosos entienden que resulta **falsa la conclusión del sentenciante** en cuanto a que “*dos niños de corta edad y en forma concomitante al hecho relatan, uno haber sufrido un tocamiento en zonas impúdicas y el otro que eso le fue dicho por la víctima al mismo momento de alejarse del lugar del hecho y haber oído que eso es lo que le contó de seguido a su madre*” .

De tal manera si se advierte que esa coincidencia interna y aquél respaldo son el núcleo duro de la argumentación para tener por acreditados los hechos por los que se condena, la *dirimencia* del vicio denunciado resulta evidente. Basta pensar en la supresión

mental hipotética de estas afirmaciones, para advertir que la restante prueba es lógicamente ineficaz para fundar el juicio de certeza que exige la condena penal, o al menos genera una duda insuperable.

A más de lo expuesto, se agravan de que la sentencia no valora otras contradicciones entre las versiones del menor y de su amigo B.O. en otros temas centrales, *como si a este también lo manosearan* (J.S. lo afirma y B.O. lo niega), ni tampoco se valoran las contradicciones internas entre las versiones dadas por la víctima en relación a que *en la primera exposición hizo referencia a que le contó primero a la madre y que ésta le contó al padre y en la Cámara Gessell dijo que habló directamente con el padre y que a la madre nada le dijo*, o bien, en cuanto manifestó que *cuando lo llaman para darle el regalo accede dejando su bicicleta en la vereda, y en la segunda dice que “inicialmente no quiso entrar” sin tener idea de porqué.*

Finalmente, se agravan que la sentencia no hace ninguna mención a la sospechosa desaparición en las Cámaras Gessell de ambos niños de toda referencia a los hermanos Juvé (a pesar de que las peritos psicólogas los interrogan sobre ello) a quienes ambos menores ubicaron en el lugar del hecho. Estos le manifestaron a su madre –Patricia Alejandra Allende de Juvé- que B.O. –sic- mentía (aspecto que luego se desarrolla como agravio independiente).

Por lo hasta aquí expuesto, como **primera síntesis**, los quejosos señalan que **no hay coincidencias ni respaldos entre ambas declaraciones del menor y la de B.O.**, como indica la sentencia y que además, no se ha reparado en las versiones que se contraponen a la admitida por la sentencia. Ello impide llegar unívocamente a las conclusiones de hecho que

dan base a la condena, pues permiten también llegar a otras, afectándose de tal manera, el principio de razón suficiente, lo que provoca la nulidad de la sentencia.

1.b. Agregan a lo expuesto, que las críticas a la conclusión de la sentencia *no se encuentran enervadas* con la **pericia psicológica oficial** realizada sobre el menor damnificado, pues la misma señala la existencia de “*indicadores de hiperactividad relacionada a la escasa concentración*”, que no han sido valorados para concluir sobre la fidelidad del relato del niño. Explican que el *déficit atencional* incide negativamente sobre la percepción de los sucesos, en tanto la *hiperactividad e impulsividad* le restan tranquilidad para recuperar con prolijidad esa percepción con el fin de expresarla como testimonio y la *necesidad de lograr una constante aprobación de su entorno* incide negativamente en la posibilidad de expresarse con verdad, si se piensa que esa verdad sería desaprobada, como ocurriría por haber desoído el consejo de su padre en relación a su amistad y confianza con los Serrano.

Por otra parte, alegan, que el *dictamen psicológico* en cuanto concluye “*no se observan elementos de relevancia que indiquen tendencia a la fabulación o mentira*” tampoco consulta las constancias de la causa, toda vez que ya se ha visto que los dichos de J.M.S. no son contestes en sus declaraciones, existiendo prueba independiente que coinciden en algunos casos con los dichos de la informativa y en otros con los de la Cámara Gessell.

Entienden que estas circunstancias señaladas priva a la pericia de sustento lógico –conviccional, pues formula una conclusión que podría ser cierta si esta derivación (veracidad) pudiese predicarse de todos los dichos del niño.

A más de ello, denuncian que la pericia no tiene la originalidad que exige el contacto directo del perito con el órgano de prueba (niño) pues la psicóloga acepta haber realizado una entrevista previa a los padres con la finalidad de conocer la historia vital del niño, entrevista de la que inevitablemente surgirá como prejuicio la realidad de los hechos sobre los que se tiene que entrevistar al niño.

Para finalizar, hacen referencia a que la pericia carece de motivación en relación al daño que el hecho ocasionó al menor, por cuanto no explica ni las razones ni el procedimiento que utilizó para llegar a esa conclusión. Sólo contiene afirmaciones dogmáticas y en consecuencia carente de eficacia conviccional

Ahora, ya como **segunda síntesis** los recurrentes esgrimen la siguiente conclusión: citando jurisprudencia de esta Sala señalan que “...*cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada –cual sombra al cuerpo- de la explicación experta*”, por ello requiere lógicamente que tal fiabilidad, detectada por la pericia, encuentre respaldo en las constancias y que el dictamen sea fundado.

Sostienen que con sólo observar todas las **contradicciones internas del relato del niño y las discrepancias entre los dichos de éste y de su amigo B.O.**, se colige fácilmente que las conclusiones de la pericia son “arbitrarias”.

1.c. No refuerzan las conclusiones de la pericia, el testimonio del empleado policial Colombatti en relación que a su ver “*los Serrano no negaban el hecho*”, pues no puede valorarse como indicio en contra de éstos, toda vez que “*no negar el hecho*” no puede traerle al imputado una consecuencia perjudicial, máxime cuando se produce al frente de una autoridad policial en funciones específicas en ese momento.

Refieren que lo mismo sucede en relación a la afirmación de Tolaba –empleado de la grisinería- en cuanto expresó “*que no puede aseverar si lo tocaron o no; puede ser que lo hayan tocado y él no haber visto*”. Dichas afirmaciones carecen de toda connotación cargosa puesto que se refiere sólo a una simple hipótesis, la cual queda descartada con otras de sus manifestaciones en relación a que “*él no hizo nada, así como tampoco vio nada que hicieran otros*”.

Asimismo alegan que tampoco fortifica la versión incriminante los dichos del padre del menor, en cuanto a que éste le relató igualmente lo sucedido inmediatamente de acontecido, lo que hizo frente al testigo B.O. Ello porque tal como demostraron, sostienen la versión del niño presenta serias contradicciones internas y también se contradice con la de B.O.

Señalan que la misma debilidad lógico-conviccional presenta el testimonio de Colombatti en relación a que escuchó cuando Salcedo le decía a Serrano *si era marica que le había tocado los huevos a su hijo y Serrano le respondía que Salcedo hijo podía ser puto porque si a él lo tocaban, les devolvía*.

Refieren que estos dichos no pueden ser considerados legalmente prueba en su contra ya que han sido proferidos en plena investigación sin los resguardos de ley que condicionan su validez, respondiendo a cargos y reconvenciones avalados por la autoridad policial allí presente.

Finalizan refiriendo que del examen crítico realizado surge que es inaceptable admitir que la *suma de todos estos elementos probatorios* de valor meramente contingente y por ello lógicamente incompatibles con la certeza que exige el respeto al principio de razón suficiente, puedan transformarse en unívocos y asentar en ellos la condena.

2. Por otra parte, se agravan que se ha **omitido la valoración del testimonio** prestado por **Patricia Alejandra Allende de Juvé**, madre de los menores Agustín Nicolás (8 años) y Francisco (10 años), quienes se encontraban jugando con J.M.S. al momento en que sucedió el hecho denunciado.

Señalan que la testigo se presentó en el lugar para buscar a sus hijos que jugaban en la vereda de la casa de los Salcedo, oportunidad en que también se encontraban J.M.S., su hermano y su madre. Refirió que una vez que estacionó el auto la madre de J.M.S. le comentó que estaba esperando que llegue su marido porque su hijo J.M.S. había sido manoseado dentro de la panadería de los Serrano, por personas que se encontraban en el lugar.

También expresó que mientras esperaban en el auto, les preguntó a sus dos hijos que había pasado y ellos le manifestaron “*son mentiras mamá*”, “*J.S. le está mintiendo a la madre*”, razón por la cual ella insistió preguntándole a sus dos hijos si lo habían tocado a J.S. la cola o el pito y ellos insistieron *en que no, de que no lo habían tocado*. Asimismo les preguntó si ellos habían ingresado a la panadería, a lo que respondieron que “*no*”.

Refieren que este testimonio debió ser ponderado por el *a quo*, por cuanto proviene de una persona mayor, madre de familia y funcionaria judicial, circunstancias que permiten afirmar que es veraz es sus dichos.

Además, señalan que el hecho que sea un testimonio de oídas no lo descalifica ni tampoco puede ser considerado un mero indicio. Contrariamente, afirman que esta declaración tiene un gran valor probatorio porque refiere una versión distinta de los hechos, inmediata y directamente proveniente de dos personas que estuvieron con la presunta víctima en el lugar y en el momento en que supuestamente sucedió el hecho. Por lo demás,

resaltan que estos menores no se encuentran involucrados en el hecho por lo cual no se advierte la existencia de algún interés particular en tergiversar la realidad.

En efecto, sostienen que dicho testimonio sirve para neutralizar la credibilidad de la versión dada por J.M.S. que se dice víctima y la de quienes por él la repiten –amigo, padre y psicólogos-. Una descalificación tan directa y empírica a la declaración prestada por la víctima –tacha de mentiroso- resulta insoslayable en el ámbito de la fundamentación de la sentencia y debe alcanzar para neutralizar, hasta llegar a un estado de duda razonable la potencia conviccional de los dichos de J.M.S. y de su amigo.

En consecuencia, -continúan-, si la credibilidad de los dichos del damnificado está puesto en duda, no puede concluirse asertivamente, tal como lo hace la sentencia de que los hechos ocurrieron de la manera en que éste los relató.

Para finalizar señalan que la omisión de valorar prueba dirimente deja al desnudo una renuncia a la verdad jurídica objetiva por parte del Ministerio Público Fiscal (que de ninguna manera le puede ser reprochable al imputado), toda vez que éste debió interrogar a los menores A.N.J y F.J. para dilucidar definitivamente aquel aspecto de la mentira que enrostraron a su amigo. Si bien es cierto que las psicólogas Aimino y Formini (fs. 10 y 11) desaconsejaron que dichos menores prestaran declaración, las razones por ellas expuestas carecían de toda vinculación con la declaración que se les requería a los menores.

Concluyen que la omisión de valorar esta prueba dirimente viola el principio de razón suficiente, pues de haber sido incluido el testimonio de Allende de Juvé la conclusión sobre la existencia del hecho podría haber sido diferente, ya que excluiría la certeza para condenar o al menos produciría una duda sobre la eficacia conviccional de la versión de J.S. que debería jugar a favor de los imputados.

3. En tercer lugar, los recurrentes denuncian que el sentenciante **ha valorado prueba ilegal** toda vez que las pericias psicológicas practicadas al presunto ofendido y a los imputados son “nulas”.

Ello así, explican, pues obran distorsionadas en su funcionalidad, al tener o dar por existentes y acreditados al momento de realizar la pericia los hechos que ésta debería acreditar o desacreditar, menoscabando de tal manera la garantía del debido proceso. Pero además, valoran en contra de los imputados manifestaciones sobre los hechos formuladas presuntamente por aquellos a los peritos, burlando la garantía de no ser obligados a declarar contra sí mismos o bien, de prestar (en sede judicial) declaración sobre el hecho con las formalidades requeridas (vrg. asistencia del defensor).

Acto seguido, transcriben el decreto que ordena las pericias psicológicas de ambos imputados y de la víctima, resaltando que en el **punto cuatro** se solicita se determine si comprenden la trascendencia social y valorativa del acto en los que estuvieron involucrados. Luego continúan transcribiendo las respuestas dadas en todas las pericias (pericia oficial y de control) al punto impugnado y concluyen denunciando que claramente surge que al *ordenarse y elaborarse* las pericias psicológicas *se dio por existente el hecho que se pretendía investigar*, privando a las mismas desde el origen y hasta su valoración, de la funcionalidad procesal que les resultaba inherente. De allí, que tal distorsión, genera una nulidad absoluta, declarable de oficio en cualquier estado y grado del proceso.

Refiere que la forma distorsionada en que se ordenaron las pericias llevó a que en la práctica se interrogue a los imputados sobre la existencia del hecho y sus participaciones tal como dan cuenta las conclusiones. Denuncia que tal manera de proceder es arbitraria por

violentar garantías procesales de los imputados, tales como no ser obligados a autoincriminarse.

Tal arbitrariedad se traslada a la sentencia al momento en que las valora en contra de los imputados. Las pericias no pueden ser un modo de burlar la garantía de no ser obligado a autoincriminarse, razón por la que lo dicho, aun voluntariamente por los imputados al perito, en relación con su participación en el hecho que se le atribuye, *no puede ser legítimamente transmitido a la justicia y menos valorado como prueba de cargo.*

Refieren que esta prueba fue decisiva pues afecta la motivación de la sentencia, toda vez que si se la excluye, las conclusiones habrían sido distintas. Es que la supresión mental de las pericias y de las manifestaciones autoincriminantes –formuladas por los imputados a los peritos- privan de sustento probatorio a la declaración sentencial sobre la existencia del hecho, sobre todo porque se utilizan para convalidar la credibilidad de los dichos de J.M.S.

Entonces -continúan-, si la versión sobre los hechos dada por el presunto ofendido, resultó dudosa, tal como sostienen, la descalificación formal y probatoria de las pericias psicológicas deja como remanente un material conviccional insuficiente para fundar una sentencia condenatoria. Así, los restantes testimonios, por veraces que parezcan, carecen de entidad para generar certeza, en razón de que sin dichos confiables de quien se dice víctima y sin confesiones legalmente valorables de los hechos por parte de los acusados, la restante prueba sobre un delito sexual debe ser considerada como circunstancial e insuficiente para fundar una condena.

Para arribar a la condena es necesario que la acusación sea confirmada por un conjunto de pruebas de cargo concordantes, no desvirtuada por ninguna de descargo y que además no permitan la posibilidad de alguna conclusión diferente.

Por todo lo expuesto, solicitan se anule la sentencia impugnada.

III. Como se extrae de la reseña que precede, los impugnantes tienen por defectuosa la valoración de la prueba realizada por la *a quo*, por entender que ha vulnerado las reglas de la sana crítica racional.

1.- Atento las diversas críticas planteadas por la defensa, en primer término, se hace necesario dilucidar si la sentencia impugnada ha valorado prueba ilegal, pues, los recurrentes denuncian que la pericias practicadas tanto a la víctima como a los imputados son nulas, por cuanto obran distorsionadas en su funcionalidad. Alegan que ello es así, por cuanto, a su juicio, uno de los puntos de la pericia –más precisamente el punto cuatro- da por existente el hecho que se investiga.

a. Para comenzar, no se puede dejar de considerar que el punto de pericia que ahora cuestionan los recurrentes fue oportunamente consentido por ellos.

Es que el decreto que ordena practicar las pericias psicológicas tanto en la persona de los imputados, Ezequiel Alberto Serrano y de Maximiliano Serrano, como también de la víctima, J.M.S., determinó expresamente los puntos a dilucidar, entre los que se encontraba el ahora cuestionado. Dicho decreto adquirió firmeza, puesto que fue debidamente notificado tanto a los acusados como a sus abogados defensores, sin que el mismo haya sido objeto de impugnación por alguna de las partes. Tanto es así que ambas partes propusieron perito de control (ver fs. 32/34)

b. No obstante, cabe destacar que –contrariamente a lo que intentan hacer ver los quejosos- al requerir la pericia que se determine, tanto en la víctima como en los imputados, si se comprendió la “*trascendencia social y valorativa del acto en el que estuvieron involucrados*”, sólo se intenta establecer la percepción que tuvieron –ora la

víctima, ora los imputados- en relación al acto en el cual estuvieron inmersos, sin que ello implique adicionarle un contenido disvalioso o negativo.

En efecto, no puede entenderse que ello **implica una autoincriminación**, desde que –reitero- sólo se intenta determinar como vivieron el acto por el cual se encuentran sometidos a proceso.

c. Pero además, debe repararse que la crítica traída por los quejosos tampoco resulta de recibo, por cuanto aun cuando se entendiera que dicho punto de pericia fuese cuestionable, el mismo carece de decisividad dentro del dictamen, pues las conclusiones a las que arriba el perito se sostienen con prescindencia del mismo, manteniéndose incólumes las conclusiones del sentenciante que valora dichas pericias en su cuadro convictivo.

Ello así, pues de los restantes puntos evaluados por el perito se desprende las siguientes conclusiones:

La **pericia psicológica** de **Ezequiel Serrano** da cuenta que éste posee un potencial intelectual promedio, tratando de mostrar mayor capacidad de la que posee. No se observaron alteraciones temporo-espaciales ni indicadores psico-patológicos o discapacidades intelectuales que le impidieran comprender y dirigir su actuar. Posee *una personalidad con características infantiles, inmadurez emocional, ansiedad y superficialidad afectiva y omnipotencia en el pensamiento. Se observa un obsesivo control en los impulsos, cierto grado de hostilidad hacia el mundo externo encubierta, que pueden actuar cuando las defensas puestas al servicio de dicho control fallan. Se advierte necesidad de control del otro para compensar algunos aspectos inseguros de su personalidad (fs. 109/110).*

La **pericia psicológica** de **Maximiliano Serrano** refiere que posee un nivel intelectual promedio, sin indicadores psico-patológicos o discapacidades intelectuales que impidan la comprensión y dirección de actuar. Asimismo da cuenta que tiene una *personalidad de características obsesivas, con ciertos rasgos de inseguridad y se advierte temor a quedar paralizado, inmóvil, ser dominado y no tenido en cuenta. Tensión emocional interna. Tiene incorporado las normas culturales de desenvolvimiento social aunque, éstas pueden fallar cuando componentes afectivos conflictivos fallan y pueden hacerlo actuar impulsivamente en el mundo externo* (fs. 112/113).

El **perito oficial Lic. Verdu, durante el debate** refirió que ni en Ezequiel ni en Maximiliano se advierten signos de perversidad ni psicopatía ni tampoco un comportamiento agresivo o prohibido, aclarando **que durante el examen se le pregunta sobre la historia de vida y no sobre el hecho.**

En orden al menor, la pericia oficial, concluye que no se observa tendencia a la fabulación o mentira.

d.- En consecuencia, por todo lo expuesto, es que no se advierte que la prueba valorada contenga el vicio denunciado por la defensa.

2. Ahora bien, habiendo descartado la ilegalidad de la pericia del cuadro convictivo valorado, se ingresará a analizar si la prueba merituada por el tribunal es respetuosa del principio de razón suficiente.

Cabe destacar, que la atenta lectura del libelo permite inferir que la principal queja de la defensa gira en torno a que el sentenciante ha juzgado **creíble el relato del menor víctima**, cuando a su juicio es inconsistente por las numerosas contradicciones que encierra

y porque además, tampoco encuentra apoyo en el resto del plexo probatorio (dichos de B.O., pericias psicológicas).

En efecto, a los fines de realizar un análisis organizado de la cuestión sometida a análisis, en primer lugar se analizará el testimonio del menor víctima y luego –si corresponde-, se examinará si las pruebas obrantes en autos le prestan apoyo.

a. Para comenzar, es necesario recordar que esta Sala tiene dicho que frente a delitos contra la integridad sexual, el testimonio de la víctima aparece como la prueba dirimente, puesto que esta clase de hechos suele cometerse en ámbitos de intimidad, ajenos a las miradas de terceros. En consecuencia, los elementos de juicio que corroboran el relato de las víctimas constituyen, en su mayoría, *prueba indirecta*. Empero, ello no resulta óbice para sostener una conclusión condenatoria, en la medida en que los indicios meritados sean *unívocos y no anfibológicos* (T.S.J. Cba., Sala Penal, S. n° 41, 27/12/84, “Ramírez”) y a su vez sean *valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria* (T.S.J. Cba., Sala Penal, “Avila”, S. n° 216, 31/8/2007; “Díaz”, S. n° 12, 20/2/2008; “Boretto”, S. n° 212, 15/8/2008; “Aranda”, S. n° 333, 17/12/2009; “Risso Patrón”, S. n° 111, 19/05/2008; entre muchos otros).

En similar sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la cual *“cuando se trata de una prueba de presunciones... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes”* (“Martínez, Saturnino”; 7/6/88, Fallos 311:948; cfr. T.S.J., Sala Penal, S. n° 45, 28/7/98, “Simoncelli”; A. 32, 24/2/99, “Vissani”); *“la confrontación crítica de todos los indicios*

resulta inexcusable para poder descartarlos, por lo que el argumento de la supuesta ambivalencia individual de cada uno de ellos constituye un fundamento sólo aparente que convierte en arbitraria a la sentencia portadora de este vicio" (C.S.J.N., "Fiscal c/ Huerta Araya", 12/6/90, citado por Caubet, Amanda y Fernández Madrid, Javier, "La Constitución, su jurisprudencia y los tratados concordados", Errepar, 1995, n° 4840).

b. Por otra parte, debe considerarse que esta Sala ha sostenido, que el relato de un niño no puede ser analogado en su tratamiento al de un adulto; sin embargo, en la *praxis* tribunalicia son frecuentes los casos en los que se advierte que el operador judicial -ora el Juzgador, ora las partes- los somete a un minucioso examen lógico, en desmedro de los rasgos distintivos que le confieren la madurez y afectividad propias de su edad.

Semejante abordaje olvida, en primer término, que si a la valoración de toda prueba obtenida en el proceso ha de aplicarse la sana crítica racional (art. 193, C.P.P.), ésta se integra con la **lógica**, pero también, y en igual medida, por las reglas de la **experiencia común** y la **psicología** (T.S.J., Sala Penal, "Battistón", S. n° 193, 21/12/2006; "Cuello", S. n° 363, 27/12/2007, "Fernández" S. 213, 15/08/2008).

Sobre la cuestión que nos ocupa, puede afirmarse con holgura que es una regla de la **experiencia común** -en cuanto constituye un hecho **notorio**, *aprehensible espontáneamente por el intelecto como verdad indiscutible* (T.S.J., Sala Penal, "Quiroga", A. n° 329, 24/08/2001; "Quiñones", S. n° 13, 24/02/2005; DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal*, Depalma, Bs. As., 1994, pág. 163)- **que el relato de un niño no puede ser objeto de un estricto control de logicidad**. En ninguna esfera de su vida en relación -familiar, escolar, social, etc.-, quien se comunica con un niño lo hace con la expectativa de obtener de su pequeño interlocutor un razonamiento impoluto, sin fisuras, sin olvidos, sin

contradicciones, sin imprecisiones. ¿Por qué entonces ha de aplicarse distinta vara para mensurar con inmutable rigor la narración que ofrece un niño cuando es convocado a declarar en un proceso penal?

La **psicología**, por su parte, también ofrece un inestimable aporte para la valoración del relato infantil, en tanto explica los mecanismos e interacciones inherentes a la *psique* del niño que subyacen a esta peculiaridad arriba referida y constatada por la experiencia común. Es precisamente por dicho motivo que resulta aconsejable -aunque no imprescindible, atento al principio de libertad probatoria receptado en el artículo 192 del código ritual- validar sus dichos con un abordaje experto. Las pericias psicológicas, en este sentido, ofician casi a modo de intérpretes del relato del niño y cuando se agregan al proceso no es posible separarlas de aquél, por su capacidad explicativa de los defectos u omisiones que puedan encontrarse en la narración del menor.

Sobre el particular, recordaré brevemente que el juez -y las partes- acuden al perito para proveer a determinada constatación fáctica de una base técnica que ante las partes se presente **objetiva y controlable**, carece de todo sentido prescindir luego de su dictamen sin exponer las razones de tal solución, como así también contraponer a la opinión profesional el parecer meramente individual del magistrado -o de la parte- en un área ajena a sus incumbencias específicas (T.S.J., Sala Penal, "Cortés", S. n° 8, 1/07/1958; "Castro", S. n° 31, 28/04/2006; "Risso Patrón", S. n° 49, 9/06/2006; "Battistón", S. n° 193, 21/12/2006; cfr., C.S.J.N., "González c. Trenes de Buenos Aires S.A."; "Medina c. Siam Di Tella, S.A.", 05/12/1978).

Por ello, cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato, **la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada -cual sombra al**

cuerpo- de la explicación experta, en tanto aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el Juzgador (o que, disponiendo de ellos, no pueden motivar su decisión por no ser controlables a las partes) y que por ende no pueden motivar su decisión.

Las consideraciones que preceden, resta agregar, lo son en plena sintonía con las directrices que emanan de **documentos internacionales**. Como derivación de la obligación asumida por los Estados de "*proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales*" al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (art. 34), y brindando un marco práctico para el trabajo con niños víctimas y testigos de delitos dentro del proceso de justicia bajo el prisma de la *Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* (O.N.U.), se proclama que "*cada niño tiene derecho a que se le trate como un **testigo capaz** y a que su testimonio se presuma **válido y creíble**, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia*" (*Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos*, apartado B.2.d, Oficina Internacional de los Derechos del Niño, Canadá, 2003, en "*Infancia y Adolescencia. Derechos y Justicia*", Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Colección de Derechos Humanos y Justicia N° 5, Poder Judicial de Córdoba, pág. 169).

c.1. Retomando las críticas traídas por los recurrentes, se advierte que las argumentaciones construidas incurren en el defecto apuntado en el apartado anterior pues realizan una lectura inadecuada y fragmentada *del relato del menor*, puntualizando contradicciones y vacíos que lejos de desmerecer el sentido cargoso del cuadro convictivo, resultan propios de las concretas circunstancias de **persona, modo, tiempo y lugar** que

exhibe el caso y quedan suficientemente explicitadas por la conjunción del resto de los elementos de juicio meritados.

Ello así, pues la concreta argumentación que efectúan parte de aplicar con rigor las reglas de la lógica, sin poner igual énfasis en lo que indica la experiencia común y desechando, más aun, lo que indica la psicología.

Es que no se puede soslayar **la inmediatez y el contexto** en el que el niño de nueve años de edad relató lo sucedido; esto es, a su amigo **mientras huían** del lugar donde justamente había ocurrido el hecho, oportunidad en la que **corriendo** le comentó que había sido manoseado y; **telefónicamente** a su padre. Pero además, la primera declaración del menor víctima sucedió pocas horas después del evento (10/12/2007) y su declaración en Cámara Gessell lo fue habiendo pasado más de dos años del mismo (26/02/2010), siendo, en esta última ocasión, el niño sometido a preguntas reiterativas e insistentes, por lo que resulta lógico que habiendo transcurrido tanto tiempo haya detalles o circunstancias que no sean relatados de manera idéntica, tal como pretende resaltar la defensa.

Por otra parte, tampoco se puede omitir considerar, que luego del hecho, el menor se dirigió corriendo a buscar ayuda a su casa, lo que pone de manifiesto que se encontraba conmocionado, nervioso o bien asustado por la situación vivida, lo que también impide recordar con precisión exacta cuales fueron las acciones realizadas en esos minutos (vrg. si primero le dijo a su padre o a su madre, si marco el teléfono su madre o lo hizo directamente él). Todas estas circunstancias determinan un particular modo de aprehensión y comprensión de lo ocurrido, que consecuente y necesariamente afectan su discurso al momento de referir lo vivido.

c.2. A fin de demostrar lo dicho, resulta necesario repasar las declaraciones prestadas por el menor víctima.

*Durante su primera declaración, prestada a pocas horas de sucedido el hecho, **J.M.S.** relató que en oportunidad en que se encontraba andando en bicicleta con unos amigos, entre los que mencionó a B.O., A.J. y F.J., al pasar por la Grisinería Serrano, ubicada en calle Bv. Vélez Sarsfield y José Ingenieros, fue llamado por los hermanos Ezequiel y Maximiliano Serrano –que se encontraban en la grisinería- quienes le dijeron que tenían un regalo. Refirió que luego de dejar la bicicleta en la vereda ingreso al garage, ocasión en la que éstos lo agarraron y comenzaron a manosearlo en los *testículos* y *en la cola*. Que les pidió que lo dejaran porque no le gustaba. Que en ese momento ingresó al garage su amigo B.O., quien a su juicio, también fue víctima de manoseos y que en un momento, cuando cesaron los toqueteos, lograron escapar. Que de ahí se dirigieron a su casa, le comentó a su madre y ésta llamó a su padre, quien se hizo presente en el domicilio. De allí se dirigió con su padre a la grisinería donde primero se cruzaron con un empleado a quien su padre le recriminó la conducta y éste le dijo que quienes lo habían manoseado habían sido “*los hijos del patrón*”. Que su padre fue a buscar a los Serrano quienes al principio negaron el hecho, pero después uno de ellos dijo que el dicente (J.M.S.) había estado tirando petardos en su casa; en tanto el otro refirió que también lo había tocado. Aclaró el menor que lo que hizo fue aplicarles un golpe en los genitales para que lo dejaran de tocar.

*En la segunda entrevista, llevada a cabo en Cámara Gessell **dos años después de sucedido el hecho** el niño brindó un relato muy similar -en lo esencial- al que había dado instantes después de sucedido el suceso que se investiga. Cabe destacar que en reiteradas

oportunidades J.M.S. refirió que había sido manoseado por dos hombres de nombre Maximiliano y Ezequiel Serrano, a quienes conocía por ser sus vecinos y con quienes hablaba de autos, pues ellos tenían buenos autos. Hizo referencia a que el día del hecho se encontraba andando en bicicleta con unos amigos por la vereda, que eran más o menos siete y Ezequiel que se encontraba en la fábrica de grisines lo llamó, diciéndole que vaya que tenía un regalo; que en un principio quiso mandar a un amigo pero Ezequiel insistió en que vaya él, que cuando ingresó lo pusieron contra una pared y *lo manosearon con la mano en el ano y en la cola*. Refirió que como tenía una ojota le pego a uno para poder salir, pero el otro seguía manoseándolo y que cuando dejó de hacerlo pudo escapar. Que su amigo B.O. también ingresó a la grisinería, que no recuerda si vio o no algo y que cuando salió se cortó con un changuito. Que después de sucedido el hecho se fue a su casa y llamó por teléfono a su papá y le contó que los Serrano lo habían manoseado, que su papá fue a buscarlos y primero agarró a un empleado quien le dijo que él no había manoseado al niño y que habían sido los hijos del patrón. Expresó que los chicos que estaban en la vereda eran S.C., A.C., B.O. y M.O. Detalló que fue manoseado por encima de la ropa y que fueron los dos. Recordó que en ese momento vestía una malla, remera y ojotas, que hacía calor y si bien no recordaba la fecha exacta creía que era un sábado o domingo. Refirió que mientras los Serrano lo manoseaban se reían. Preciso que el hecho duro un ratito, aproximadamente quince segundos. En relación a la causa de lo que había pasado, dijo que no sabía, pensó que podía ser por bronca y recordó que su hermano había tirado, aproximadamente, una semana antes un petardo adentro de una botella afuera de la fábrica de los Serrano. Refirió que para el la palabra *manosear* significa “*tocar los testículos y la cola*”, *que la cola cree que es el pito, y sus órganos sexuales el ano y los testículos*. Tiene noción de que también pueden

sucedier otras cosas como *violar pero no sabía exactamente que significaba, pues al término lo escuchó por televisión y radio*. Finalmente expuso que los Serrano para él eran amigos, pero después de esto los considera enemigos. Que ahora se mudaron de casa y que está mejor porque se sentía mal de pasar por la casa de los Serrano.

En efecto, de lo expuesto no se avizora que existan entre las declaraciones del menor las diferencias sustanciales y/o vacíos que indica la defensa, ya que sus relatos han sido siempre coincidentes en su núcleo.

Es que no se pueden considerar diferencias sustanciales, como indica la defensa, que el niño dijo que le tocaron el ano y la cola o los testículos y la cola, cuando durante la Cámara Gessell, J.M.S. refirió que para él el pito es la cola y su órgano sexual el ano y los testículos; tampoco si le dijo a su padre me manosearon o me violaron –cuando ha quedado claro, y su padre así lo entendió, que se trató de un manoseo- y que si bien el niño sabía que existía la palabra violar no sabía bien cual era su significado; o bien, si fue inducido por su padre a usar el término “manosear”, cuando ha quedado debidamente acreditado que esa expresión fue la primera que usó cuando le contó a su amigo -B.O- lo que le ocurrió.

c.3. Pero además, en este contexto cabe resaltar que los dos **peritos psicólogos** que examinaron a J.M.S. concluyeron en que **no se observan en el menor elementos que indiquen tendencia a la fabulación o mentira.**

Es más, la pericia oficial da cuenta que J.M.S. tiene un “*discurso coherente y organizado*” respecto de la situación. No se detectaron aspectos patológicos en el desarrollo psicofísico durante su crecimiento; al comienzo de su escolaridad, profesional especializado le diagnosticó “*déficit atencional con hiperactividad*” recibiendo medicación específica y posteriormente tratamiento psicoterapéutico familiar. Dispone de un potencial

intelectual dentro de los parámetros normales medios y se observa impulsividad que podría vincularse a su cuadro de hiperactividad. **Comprende el acto en el que estuvo inmerso.** Se observan indicadores de **timidez, temor y desilusión respecto del hecho, vivenciado como invasivo, abusivo, violento y dañoso, ya que la agresión ha venido de personas que han sido internalizadas como objetos ideales “amigos”.** Presenta capacidad para poder discriminar lo bueno de lo malo. Esta experiencia ha sido internalizada como angustiada, presentando síntomas de temor y vergüenza ante la mirada social.

Ahondando en esta opinión técnica, la licenciada Pérez declaró en el debate, que el niño **tiene un discurso muy coherente en las diferentes etapas, relatando el hecho vivido siempre igual, tanto durante las entrevistas como en los tests.** Remarcó que **J.M.S. se ha sentido abusado y vivió el hecho como un ataque dañoso.** Que lo vivido lo sorprendió, porque los Serrano eran muy importantes para él y desbordaron su confianza. Que esta situación trae trauma. Explicó que la violencia vivenciada surge del relato (no poder manejarse y salir corriendo) y porque por la angustia no podía relatarlo. Sintió inmadurez para defenderse y por eso salió a buscar ayuda. Sostuvo que a esta situación la vivió como un ataque y como daño. Que el hecho en sí tiene valor para hacer daño sexual y así ocurrió en J.M.S.. Sostiene que cree que podrá superarlo aunque no olvidarlo y que va a necesitar ayuda de los padres.

Similares fueron las conclusiones a las que arribó la **perito de control, Lic. Radicci** quien coincidió con la perito oficial, agregando algunas consideraciones. Sostuvo que estando el niño en un proceso de formación y desarrollo, todo hecho que altere el normal desarrollo en la conformación de la personalidad produce rupturas a nivel psíquico (trauma). Que a la violencia que implica el ser tomado contra su voluntad, ante la desigualdad física y

hallándose sólo antes dos adultos, se le suma que la violencia sufrida es de tinte sexual, siendo ultrajado en su intimidad. Que ese abuso acarrea consecuencias posteriores en lo conductual y en lo emocional, encontrándose en el niño indicadores de abuso y de la agresión sufrida, tales como **angustia, pánico, culpa, rabia, temor, vergüenza y baja autoestima**. Por ello el episodio del que fue víctima produjo un trauma psíquico cuyas consecuencias implican daño en el psiquismo en formación, que afecta la esfera afectiva y volitiva y limita la capacidad de goce. Agrego que la comprensión que el menor tuvo del contenido del acto le permitió luego contar el hecho. Que en este menor la emocionalidad invadió su discurso y puso en evidencia la realidad vivida. El hecho implicó un cambio en su vida, siendo positivo la creencia y el apoyo de sus padres y el depósito en lo judicial de los aspectos que implican un reaseguro y una manera de elaborar lo vivido.

Durante el debate la Lic. Radicci refirió que en el discurso del niño se vio el abuso, no solo en el de la entrevista, sino también en el de los test, de los que surge que el hecho ocurrió de manera clara y cierta, llevando a la conclusión que su discurso es veraz. Remarcó que la asimetría entre él y sus atacantes y la violencia sufrida, generó un trauma que durará por el resto de la vida, que se podrá trabajar pero quedará la impronta y que a su juicio ese daño no es menor. Finalmente aseguró que un niño no puede crear una fantasía y sostenerla en el tiempo, lo que sumado a la ausencia de indicadores de mentira y fabulación, le permiten asegurar que J.M.S. sufrió ciertamente un abuso.

En este contexto, debe repararse que si bien los quejosos a lo largo de su embate realizan ciertas conjeturas en relación a algunas conclusiones de la pericia del menor, específicamente en relación a la hiperactividad y al déficit atencional, no demuestran sus

aserciones, incurriendo así en meras afirmaciones dogmáticas formuladas sin mayor sustento que su mera invocación.

c.4. En consecuencia, de todo lo expuesto se desprende que lo que ha sucedido es que, el razonamiento efectuado por los quejosos ha mutado el orden de análisis: por cuanto efectúan un cotejo estricto y minuciosamente lógico del relato expuesto por el menor víctima. (vrg. “si le dijo a su madre directamente y ésta hablo con su padre o bien habló directamente él) y ante la falta de una perfecta simetría entre ellos, se descalifican las opiniones profesionales que, sostuvieron que la narración de la víctima era coherente.

Someter los dichos del menor a un exacto control lógico como punto de partida importa modificar el orden de análisis, puesto que el proceso debe ser el inverso: ante la corta edad de la víctima, las sucesivas oportunidades en las que debió relatar lo ocurrido y el lapso temporal transcurrido entre una y otra de sus declaraciones, debió primero atenderse a las explicaciones que desde la psicología se dirigen indicando el modo en que deben leerse los dichos del menor y desde ese plano de examen evaluar la solidez del testimonio ("Battistón", cit.), máxime cuando las circunstancias en las que colocan el acento los defensores lucen irrelevantes frente a lo esencial de sus declaraciones, donde los datos vinculados a las circunstancias de tiempo, modo y lugar se mantienen coherentes.

d.- Entonces, examinado exhaustivamente el relato del menor resta ahora analizar el resto del cuadro convictivo valorado por el sentenciante, a los fines de examinar si el mismo le presta apoyo.

d.1 En primer lugar y, atento a que la defensa también denuncia que existen contradicciones entre los dichos del menor víctima y los de su amigo B.O.-también menor

de edad-, se analizaran los testimonios de éste, a los fines de demostrar que los recurrentes incurren en el mismo defecto que el apuntado al analizar los dichos de la víctima.

Repárese que aquí también se trata del testimonio de un menor de edad por lo que caben las mismas consideraciones que las realizadas en relación a la valoración del testimonio de la víctima, expuestas en el **punto 2.b.**

*El amigo **B.O.** prestó declaración en dos oportunidades. La primera vez fue a pocos días de sucedido el hecho y manifestó, coincidente con lo expuesto por J.M.S. que mientras se encontraban paseando en bicicleta, J.M.S. fue llamado por los Serrano quienes le dijeron que tenían un regalo, que J.M.S. le pidió que lo acompañara y que dentro del garaje vio que los dos hermanos Serrano comenzaron a manosear a J.M.S. tocándole el pene y la cola, sin desnudarlo. Que fueron a la casa de su amigo y éste le dijo a su madre y llamó por teléfono a su padre. Que el padre de su amigo se fue al comercio y tomó del cuello a uno de los empleados quien les dijo *“yo no fui, fueron los hijos del patrón”*.

Luego, más de dos años después en Cámara Gessell, este testigo se explayó un poco más sobre el hecho. Detalló que en un primer momento entró a la grisinería, pero salió inmediatamente porque no le gustó y luego sintió como un llamado de J.M.S., razón por la que volvió a ingresar y lo vio a su amigo en un pasillito en donde lo estaban agarrando. Si bien en un primer momento dijo que había visto algo luego no lo confirmó, precisando que justo cuando ingresó su amigo salía corriendo, razón por la cual él también salió, oportunidad en la que se chocó con un changuito. Que J.M.S. se dirigió a su casa corriendo, que él lo acompañó y en el trayecto le dijo *“me tocaron”*, que la madre llamó por teléfono al padre y le contó. Que cuando el padre arribó fue a buscar a los Serrano y llamó a la policía. Refirió que estaba muy nervioso porque se sentía culpable de haberlo dejado solo a su

amigo. Expresó que cuando J.M.S. le refirió que lo habían “manoteado”, él entendió que era que lo habían “tocado”.

d.2 En efecto, de las declaraciones prestadas por B.O, tampoco se desprende que existan entre éstas y las del menor las diferencias sustanciales, inconsistencias o vacíos que denuncia la defensa, siendo las mismas claramente coincidentes en su núcleo al realizar ambos menores idénticas consideraciones en relación a las circunstancias de persona, tiempo, modo y lugar.

A fin de ilustrar lo dicho, basta señalar que no pueden considerarse como diferencias sustanciales o divergencias las inconsistencias o vacíos que indica la defensa en relación a que a que J.M.S. expresó que los Serrano le dijeron que tenían un regalo mientras que su amigo B.O. en su segunda declaración –pasados dos años del hecho- refirió que no recordaba bien, que cree que le dijeron que tenían una moto nueva, soslayando que en su primera declaración dijo que lo llamaron diciéndole que tenían un regalo; si B.O. ingresó al lugar, salió inmediatamente y luego volvió a ingresar o solo lo hizo una vez; si primero J.M.S. le contó a su madre y ésta llamó a su padre o si directamente el niño llamó a su padre; ni tampoco que en la huida J.M.S. le dijo al menor B.O que lo tocaron, pero no expresó donde.

e.- Por lo demás, repárese que las circunstancias de persona, modo, tiempo y lugar señaladas por los menores también han sido acabadamente corroboradas por diversos testimonios que han sido debidamente valorado por el sentenciante;

*En tal sentido, el **padre del menor víctima, J.S.**, a quien el niño contó inmediatamente lo sucedido, refirió que su hijo le dijo “*me violaron, me tocaron los huevos y la cola*”, explicando que decía eso *porque lo agarraron entre los dos*. Señaló que ante los

dichos del niño se dirigió a increpar a los acusados; primero agarró a un empleado quien le dijo que él no había hecho nada y que habían sido los hijos del patrón, oportunidad en la que su hijo le decía “*papi, ése no fue*”. Cuando encontró a uno de los acusados, éste le dijo “*tu hijo anda hinchando las pelotas*”, que en esa oportunidad llegó la policía y se desarrollo un dialogo en que el dicente le decía a uno de los Serrano si era maricón que le tocaba los huevos a su hijo y el otro le respondía que su hijo también era puto porque le había tocado los huevos a él. Aclaró que J.M.S. le había aclarado que no lo tocó sino que le pegó para poder zafar. El testigo refirió que a su juicio se trató de lo que se conoce como una “choteada”, pero con la diferencia que no fue entre pares; ya que los Serrano tenían más de 20 años y J.M.S. sólo 9 años, además porque el niño los tenía como amigos ideales y al ataque lo consiguieron con una conducta ardidosa y engañosa, aprovechándose de la confianza que su hijo les tenía.

*Los dichos hasta aquí examinados también encuentran apoyo en la declaración de **Omar Alejandro Tolaba**, empleado de la grisinería de los Serrano, quien al momento del hecho se encontraba en el lugar. Este testigo, en su primera declaración, hizo referencia que cuando el padre del menor se hizo presente en la grisinería reprochándole lo que había sucedido, manifestó que quienes habían querido violar al niño habían sido Maximiliano y Ezequiel. Si bien en el debate negó haber hecho referencia a tal circunstancia, a la vez que negó haber visto algo, *refirió que no puede aseverar si lo tocaron o no, puede ser que lo hayan tocado y no haber visto*. Aclaró que si bien en el lugar hay hornos prendidos, ello no impide que se escuchen los ruidos (gritos, explosiones, teléfonos).

*Por último, el **funcionario policial Ariel Colombatti** manifestó que arribó al lugar ante el requerimiento del padre de J.M.S. Que cuando llegó estaba discutiendo J.S. y los

Serrano por lo que tuvo que intervenir para calmar los ánimos, oportunidad en la que escuchó que J.S. le decía a uno de ellos si era marica que le había tocado los huevos a sus hijo, a lo que este le respondió que su hijo también podía ser puto porque si a él le tocaba, devolvía. Hizo referencia que a su juicio los Serrano si bien no negaban el hecho, no le daban la importancia que para el padre de J.M.S. tenía.

f.- En función de la reseña que precede, estimo que el sentenciante ha derivado razonablemente la responsabilidad de los imputados por el hecho investigado, en cuanto el testimonio del niño para el *a quo* ha resultado, en lo esencial, **consistente en las diversas oportunidades** en las que debió referir lo ocurrido. En lo medular, su discurso ha sostenido en sindicar que **los hermanos Serrano le manosearon los testículos y la cola, y que el hecho se llevó a cabo en el garaje o galpón donde funciona la grisinería**, lo que sucedió dos veces en sede judicial (exposición informativa de fs. 3, y exposición en Cámara Gessell, fs.176/183). A su vez, sus dichos resultaron respaldados no solo por las manifestaciones del padre a quien el menor le contó lo sucedido momentos después de ocurrido el hecho sino también por lo relatado por B.O. quien se encontraba con J.M.S. al momento que éste sucedió. Además, los dichos de éste último –B.O- contiene ingredientes significativos debidamente meritados por la *a quo*, tales como que en el momento que huían J.M.S. le manifestó “*me manotearon*”, sumado al sentimiento de culpa que lo abruma por haber dejado solo a su amigo.

En este contexto destacó la sentenciante que el tocamiento de los genitales, J.M.S. lo relató casi instantáneamente a su amigo B.O. y a su padre J.S., lo que excluye cualquier posibilidad de mentira o invento por parte de un niño de 9 años de edad, y más cuando de ello se deviene la pérdida de amistad con dos personas a las cuales idealizaba y cuando

tampoco existe la intención de endilgar a los imputados conductas más graves que el simple tocamiento de zonas pudendas.

De tal manera, las imprecisiones marcadas por la defensa, contrariamente a lo que denuncian, aparecen como simples olvidos o meras imprecisiones y no como sustanciales contradicciones. Es que, no se puede soslayar que la **experiencia común** muestra comprensible que el testimonio de un niño de nueve años difiera en ciertos detalles, máxime cuando su segunda declaración fue prestada más de dos años después de que el hecho ocurrió.

A la vez, **el relato de J.M.S. ha sido validado científicamente**, al indicar la pericia psicológica que **no se observan elementos que indiquen tendencia a la fabulación o mentira.**

Si bien los recurrentes intentan desacreditar dicha pericia denunciando que el dictamen no consulta las constancias de la causa –por existir numerosas inconsistencias y contradicciones en el discurso de J.M.S.–, sus argumentos no resultan de recibo por cuanto ha quedado debidamente demostrado que no existen las contradicciones e inconsistencias que alegan.

Por demás, debe repararse, como se adelantó, que si bien los quejosos a lo largo de su embate realizan diversas críticas en relación a las conclusiones de la pericia del menor, no logran demostrar sus aserciones, incurriendo así en meras afirmaciones dogmáticas formuladas sin mayor sustento que su mera invocación.

3. Finalmente, en este contexto, tampoco resultan de recibo las críticas traídas por los recurrentes en relación a la omisión de valorar el testimonio prestado por Patricia Alejandra Allende de Juve, pues conforme surge de la confluencia de las referidas probanzas, ha

quedado debidamente acreditada con la prueba rendida tanto la existencia del hecho como la participación de los imputados en el mismo, no advirtiéndose cómo los dichos de la testigo señalada, tienen entidad para desvirtuar tal conclusión.

Es que, si bien los impugnantes ponen énfasis en remarcar que la testigo refirió que sus hijos menores le manifestaron que J.M.S. estaba mintiendo, pues no lo habían tocado, omiten considerar que los mismos menores señalaron a su madre **que no ingresaron a la panadería**, razón por la que difícilmente hayan podido observar algo.

De tal manera, frente al contundente cuadro convictivo valorado la prueba denunciada por los recurrentes como omitida de ser merituada carece de trascendencia.

4. Atento todo lo expuesto, estimo que la sentencia recurrida evidencia una derivación razonada de las pruebas reunidas, y que por el contrario, la pretensión impugnativa es la que incurre en el defecto por ellos denunciado – violación de las reglas de la sana crítica racional- por cuanto en lugar de ofrecer una visión crítica sobre la totalidad del marco convictivo, se basan en análisis parciales que desatienden la univocidad que emana de su estudio integrado.

En consecuencia, a la presente cuestión voto, pues, negativamente.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Subsidiariamente, bajo el motivo sustancial de casación (art. 468 inc. 1 CPP) los impugnantes denuncian la errónea aplicación del art. 119 último párrafo, en función de los párrafos 1º y 4º, inc. d) del CP, pues, a sus juicios, no concurren en el caso ni los elementos subjetivos ni los objetivos del tipo penal básico.

Luego de transcribir el hecho, los quejosos refieren que ni de éste ni de ningún otro pasaje de la sentencia es posible encontrar referencia alguna, ni objetiva ni subjetiva, que exceda el simple contacto anatómico.

Señalan que de la prueba valorada en la sentencia se pueden extraer las siguientes conclusiones en relación al accionar fáctico atribuido a los imputados:

a- Puede caracterizarse como una “*choteada*”, que según el diccionario de la Real Academia significa “pitorrearse” y éste, a su vez, significa “guasearse o burlarse de alguien”, lo que es acorde con la risa de los imputados;

b- Que la acción fue fugaz, el niño señala *que todo el episodio habrá durado unos quince segundos*;

c- *Que el motivo fue un escarmiento por alguna supuesta y no comprobada molestia ocasionada por el niño a los acusados*;

d- *Que el niño vivenció el hecho como un “ataque sexual” invasivo y dañoso, lo que le ocasionó un daño sexual*;

e- *Que para los autores se trató de un manoseo o tocamiento en una parte del cuerpo que guarda una connotación sexual no desconocida por aquellos*;

f- *Que se afectó la reserva sexual del niño*;

g- Que en los acusados no se advierten signos de perversidad ni psicopatía ni un comportamiento agresivo o prohibido.

Realizadas estas consideraciones, señalan que corresponde verificar si se encuentran satisfechos los tipos objetivos y subjetivos del delito de abuso sexual básico previsto en el art. 119, 1er. párrafo del CP.

Adelantan que el abuso sexual del artículo mencionado no se satisface en un análisis meramente anatómico (tocamiento en parte pudenda), sino que requiere examinar la acción desplegada por el autor en el caso concreto desde el punto de vista de su sentido, el que será proporcionada por la concepción de lo sexual vigente en nuestra sociedad. El significado de la acción deberá buscarse entonces dentro de ese contexto.

Alegan que ello no significa que adhieran a la teoría subjetiva para la cual en todo caso de abuso debe estar presente la finalidad de desfogue sexual para ser punible, pero tampoco adhieren a un objetivismo puramente anatómico, en donde cualquier tocamiento de una parte pudenda resulta típicamente abusiva, sin analizar el sentido del acto y del contexto social.

Para ilustrar dicha argumentación los recurrentes echan mano al ejemplo del médico obstetra que manteniéndose en su rol, siguiendo el protocolo terapéutico propio de la actividad que desarrolla experimenta alguna satisfacción de carácter sexual al tocar las partes pudendas de su paciente. Alegan que en dicho caso el obstetra no persigue un fin erótico, simplemente acepta y disfruta la satisfacción de su líbido, como consecuencia no buscada del correcto y necesario ejercicio de su profesión.

En consecuencia refieren -prosiguiendo el desarrollo de esa doctrina- que si el médico, ateniéndose a las más serias normas de su hacer profesional, efectúa tocamientos

necesarios para el diagnóstico profesionalmente indicado de zonas pudendas a sus pacientes, sabiendo que lo excitaran sexualmente, esta excitación provocada por su accionar profesional correcto no lo convertiría en un delito de abuso sexual.

Sin embargo, sostienen que ello racionalmente no puede entenderse así, ya que en cualquiera de estos supuestos (con satisfacción de la libido buscada o no buscada pero aceptada) habrá abuso sexual.

Alegan que si bien estos ejemplos no son automáticamente trasladables al caso que nos ocupa, si pueden aprovecharlos para señalar como el “*desfogue sexual*”, tanto buscado como aceptado como consecuencia de un acto médico *es la clave para acordar delictuosidad a ese acto*.

Y a contrario sensu, que la ausencia de tal finalidad o aceptación, excluye la delictuosidad de la conducta médica.

O sea que, la connotación libidinosa está presente para asignar criminalidad aún para casos de “doble significación”, sin que sea preciso que exista la tradicional “finalidad específica”, bastando que resulte una consecuencia del acto.

Con ello, procuran demostrar que no es tan tajante la división en objetivas y subjetivas de las teorías para distinguir lo delictivo de lo no delictivo en esta materia, pues existen casos -además de los tradicionales de “doble significación”- en los que la satisfacción sexual del autor es lo que connota delictuosidad a comportamientos que sin ella no la tendrían.

Alegan, que el tipo objetivo del abuso sexual tampoco se satisface acudiendo a las teorías que sostienen la “nuda objetividad”: si lo que se toca es parte pudenda, el tipo objetivo del abuso sexual queda satisfecho, sin necesidad de mayor indagación. Refieren

que estas teorías simplifican indebidamente la cuestión, pues prescinden del sentido de la acción.

Es que la tipicidad objetiva del abuso sexual no se reduce a un concepto meramente anatómico sino que ello debe estar dotado de un sentido sexual derivado de un determinado contexto social que debe analizarse en cada caso. Señalan que distinguida jurisprudencia ha avanzado recientemente en esa dirección (Cámara de Acusación, “Uriona”, Auto nº 20 del 27/02/2008).

Luego de hacer un completo análisis del fallo citado y en base a lo expuesto, los quejosos esgrimen una primera conclusión. En efecto, sostienen que *no cualquier contacto físico con una parte pudenda de la víctima puede dar satisfacción al tipo objetivo del abuso sexual, debe además satisfacerse el estándar de tocamiento abusivo para que dicho contacto tenga significado sexual.*

Trasladando esta exigencia al caso que aquí ocupa, advierten que la “choteada” sufrida por el niño no responde a un estándar de tocamiento abusivo con significado sexual.

Es que ese estándar -alegan- lo fija “*lo que comunica a la sociedad el acto del autor*” y la choteada –en las condiciones en que se practicó en el caso de autos- a la sociedad puede parecerle una broma, una revancha, un castigo injusto, una falta de respeto si se quiere pero no es acción a la que esta sociedad le reconozca un significado sexual.

En tal sentido, refieren que la doctrina sostiene “*sólo resulta relevante para la dotación de contenido a la tipicidad objetiva del abuso sexual la consideración de las conductas objetivamente impúdicas o sexuales para nuestra sociedad*” (Arocena, Delitos contra la integridad sexual, pag. 39 y ss).

Insisten en que los acusados no han cumplido con el estándar de tocamiento con significado sexual que la tipicidad objetiva del abuso sexual exige; la simple choteada no tiene tal significado.

Alegan que no empece a esta conclusión el hecho que el fallo fije que la acción de los imputados “*afectó la reserva sexual del niño*”, por cuanto esta afirmación no es una comprobación de hecho sino una valoración jurídica del mismo. Continúan citando el fallo Uriona (cit).

Refieren que en el caso ninguno de los imputados se excitó sexualmente con los tocamientos realizados al menor – ni la sentencia lo admite así- por lo que no concurre al caso el dolo exigido por el art. 119 CP. A más de ello, agregan, en la estructura psíquica de los acusados “*no se advierten signos de perversidad ni psicopatía*”, y el tocamiento fue fugaz -15 segundos-. Citan doctrina que a su entender avala su postura.

Para finalizar este punto, sostienen que tal como ha quedado fijado el hecho queda claro que no se trató de involucrar sexualmente a la víctima, ni de excitarse ni de satisfacerse sexualmente, ni causar algún tipo de displacer. Su origen fue totalmente distinto al sexual; “el motivo fue un escarmiento”, tal como señaló la sentencia, o bien “una actitud de juego”, como declaró el perito oficial.

No empece a la argumentación precedente el hecho de que el fallo sostenga que el niño vivenció el hecho como un ataque sexual invasivo y dañoso, que le ocasionó un daño sexual. Ello porque el tipo penal no se refiere a como la víctima “vivencia” la acción del autor, sino el significado “objetivo” de ella.

Por todo lo expuesto, solicita se declare erróneamente aplicado el art. 119 primer supuesto, último párrafo inc. d del CP y se absuelva a los imputados.

II.1. Para una mayor claridad expositiva se hace necesario recordar que **el hecho** por el cual fueron condenados los imputados Maximiliano Serrano y Ezequiel Alberto Serrano, relata que *“el día diez de diciembre de dos mil siete, en hora que no ha podido establecerse con precisión pero ubicable en el período comprendido entre las 18:45 y las 19:15hs. en circunstancias en que el menor J.M.S. de 9 años edad, se encontraba jugando con unos amigos en la vereda del local comercial “Grisinería Serrano”, sito en la intersección del Bv. Vélez Sarsfield y calle José Ingenieros de esta ciudad de Villa María, Departamento General San Martín, Provincia de Córdoba, habría sido invitado por los coimputados Ezequiel Alberto y Maximiliano Serrano a fin de que ingresara al garaje de dicho local, donde funciona la fábrica, con el pretexto que le darían un regalo. Una vez allí, los coimputados Serrano, sorpresivamente tomaron al niño Salcedo y abusaron sexualmente de él, manoseándole (tocándole) los genitales y la cola, sin sacarle la ropa”* (fs. 223 vta).

2. Al momento de **calificar el hecho** el sentenciante entendió que la conducta desplegada por los imputados quedaba subsumida en el tipo penal previsto en el **art 119, último párrafo, en función de los párrafos 1º y 4º, inc. d) del C.P. –Abuso Sexual Agravado-** pues los imputados efectuaron tocamientos inverecundos en zonas genitales de la víctima, afectando su reserva sexual, siendo dos los sujetos que llevaron a cabo la acción (fs. 233 vta).

III.1 De la atenta lectura de la queja esgrimida por los recurrentes surge que su crítica se dirige a denunciar la errónea aplicación del art. 119 último párrafo, en función de los párrafos 1 y 4, inc. d) del C.P. pues a sus juicios no concurren los elementos objetivos ni subjetivos del tipo penal básico.

Entre sus argumentos, sostienen que la “choteada” sufrida por el niño no responde a un estándar de tocamiento abusivo con significado sexual, por lo que no se ha dado cumplimiento a la tipicidad objetiva que el abuso sexual exige. Es que entienden que no cualquier contacto físico con una parte pudenda de la víctima puede dar satisfacción al tipo objetivo del abuso sexual, debe además examinarse la acción desplegada por el autor en el caso concreto desde el punto de vista de su sentido, el que será proporcionado por la concepción de lo sexual vigente en nuestra sociedad. Y en consecuencia, sostienen que en el caso tampoco se da cumplimiento a ello, pues, no se trató de involucrar sexualmente a la víctima, ni de excitarse ni de satisfacerse sexualmente, ni causar algún tipo de displacer. Su origen fue totalmente distinto al sexual; “el motivo fue un escarmiento” o bien, “una actitud de juego”.

2.a. Para comenzar, corresponde analizar la figura prevista en el art. 119 primer párrafo del CP.

En tal sentido la doctrina ha señalado “...*que su materialidad puede consistir en usar impudicamente el cuerpo; a) sea mediante actos subjetivamente impúdicos de desahogo sexual distintos de la cópula (actos libidinosos), b) sea mediante actos objetivamente impúdicos por violar la reserva de sus partes pudendas, cualquiera sea la finalidad perseguida por el autor. El abuso exige tocamientos o contactos corporales del autor o de un tercero con la víctima...*” (NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*, Editorial Lerner, 4ta. ed. actualizada, Córdoba, 2009, pag. 136); “...*los actos sexuales pueden ser aproximaciones o contactos del cuerpo del agente con el de la víctima que en sí contengan un significado sexual, como es el tocamiento de las partes pudendas o los roces que normalmente tienen ese significado (como es el acercamiento de los labios),*

sea que el mismo agente acceda con sus tocamientos o aproximaciones al cuerpo de la víctima o que por su obra logre que sea la víctima la que actúe sobre el cuerpo del agente (hacerse tocar partes pudendas por la víctima). La materialidad del delito no existe si falta el acercamiento o el contacto (p.ej. la simple contemplación del cuerpo desnudo de la víctima, a quien se ha sorprendido en esa situación contra la voluntad de ella). Ni tampoco si el acto sexual lo realiza el autor sobre su propio cuerpo, aunque se lo haga contemplar al sujeto pasivo en contra de su voluntad ...” (CREUS, Carlos, BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal- Parte Especial*, Editorial Astrea, 7ª ed. ampliada y actualizada, Bs.As., 2007, pag. 183); ”... el delito exige la realización de hechos corporales de tocamiento o acercamientos con la víctima sin que lleguen al acceso carnal o a su tentativa, quedando comprendidos tanto los actos que se realizan en el cuerpo del sujeto pasivo como aquellos que el mismo es obligado a efectuar sobre el cuerpo del autor o de un tercero...” (CLEMENTE, José Luis, *Abusos Sexuales*, Marcos Lerner Editora, Cba, 2000, pag. 27); “... la conducta típica consiste en abusar sexualmente de otro, o sea, en realizar el autor tocamientos o contactos corporales con la víctima, o ésta, obligada por el sujeto activo, a hacerlo sobre su propio cuerpo o con un tercero, no pudiendo, en principio, cometerse a distancia ni de palabra. La simple contemplación no basta, con tal de que no sea el resultado de la acción física de desnudar a la víctima. Puede tratarse también de la aproximación de objetos p. ej. los llamados “consoladores”, los “vibradores” o incluso cualquier otro que no esté específicamente diseñado para el ejercicio de la sexualidad –a partes del cuerpo ajeno que tengan connotación sexual (vrg. vagina, el ano, los senos)” (AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la Integridad Sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 38, 48 y ss.).

b. Debe precisarse además que esta Sala en un reciente fallo –siguiendo a la doctrina clásica- adscribió a la tesis que sostiene que en el delito de abuso sexual lo determinante para la configuración del tipo es el carácter *objetivamente impúdico* de la conducta del autor, a lo que se agrega, *subjetivamente*, el dolo consistente en el genérico conocimiento de que se comete un acto impúdico y la voluntad de ejecutarlo, aunque el autor además tenga otros fines, como puede ser la humillación, la venganza, etc. (NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino - Parte Especial*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, T. IV, pp. 311/312; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 3ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, T. III, p. 298/301; AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la Integridad Sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 38, 48 y ss.; REINALDI, *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino*, 2ª ed., Lerner, Córdoba, 2005, p. 45 y ss.; CREUS, *Derecho Penal Parte Especial*, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, p. 184 y s.) (T.S.J., Sala Penal, “Laudin” S. n° 334, 9/11/2011).

En el referido precedente, este Tribunal sostuvo que el aspecto subjetivo -la finalidad libidinosa del autor- adquiere importancia en los casos límite, esto es, cuando "la acción misma es en sí dudosa en su significación objetiva" (Soler), o lo que es lo mismo, cuando se trata de "actos objetivamente indiferentes en relación al sexo, por ejemplo, el acto de tocar, o que son susceptibles de tener más de un significado, inocente uno e impúdico el otro, por ejemplo, el beso, el abrazo y la palpación" (Núñez). En tales casos, para los autores citados adquiere relevancia la finalidad libidinosa (satisfacción del instinto sexual), esto es, el contenido sexual que de manera subjetiva el agente le otorgue al acto dudoso (NÚÑEZ, *op. cit.*, pp. 311/312; SOLER, *op. cit.*, p. 298/301; en similar sentido: CREUS, *op. cit.*, p. 184 y s.; REINALDI, *op. cit.*, p. 47/8). En consecuencia, han reservado la función del elemento

subjetivo para la solución de esos casos extremos, mientras que no tendrá tal trascendencia cuando los actos, en su aspecto externo, presentan un significado sexualmente claro, ya para el autor, ya para la víctima, ya para un tercero (SOLER, *op. cit.*, p. 300).

3. A partir de la hermenéutica reseñada y pasando al análisis concreto del supuesto traído a estudio, corresponde, ahora si, verificar si en el caso, resulta correcta la subsunción del hecho en la figura prevista en el art. 119, 1er párrafo del C. Penal.

a. Para comenzar es necesario señalar que en autos han quedado debidamente acreditados “*los tocamientos sufridos por la víctima en sus partes íntimas –manoseo de genitales y cola-*”.

Entonces, frente a la acreditación de este tipo de contactos, no cabrá requerir un esfuerzo probatorio a fin de acreditar la subjetividad lasciva, sino que, dada la naturaleza íntima de estas áreas del cuerpo, ya se cuenta con un primer indicio acerca de su connotación abusiva. Ello así pues, tal como hemos visto, la exigencia de una finalidad libidinosa no se compadece con la figura en cuestión, que se conforma con un dolo común.

En consecuencia, sólo resta examinar el entorno en que estos tocamientos se verificaron, a los fines de dilucidar, si tuvieron o no significado sexual para determinar la tipicidad o atipicidad de tales conductas sobre el cuerpo del niño. En efecto, el interrogante a responder no será si dicho acto ha sido realizado con una finalidad libidinosa: el análisis, en cambio, deberá orientarse a verificar si los contactos realizados en el cuerpo del menor tuvieron un **significado sexual**.

Desde ya adelante que, contrariamente a lo que intenta hacer ver la defensa, ha quedado suficientemente acreditado que los tocamientos sufridos por el menor en sus partes íntimas –manoseo de genitales y cola- tuvieron un claro significado sexual.

Ello surge de valorar el contexto en que se suscitó el hecho, la inmensa diferencia de edad existente entre la víctima (9 años) y los imputados (20 y 22 años), la reacción del menor ante el suceso y las secuelas que el mismo le provocó.

Ello así pues, basta con reparar que mientras el menor se encontraba andando en bicicleta con unos amigos, fue llamado por los imputados para que ingrese al lugar donde ellos se encontraban (galpón o garaje) utilizando para ello maniobras ardidosas y engañosas -toda vez que le dijeron que tenían un regalo para él- y abusando de la confianza que éste les tenía depositada –amigos con quienes hablaba de autos (“amigos ideales”)-. Una vez en el lugar, ambos sujetos lo agarraron y comenzaron a **manosearlo en las zonas pudendas, tocándole los genitales y la cola**, hasta que J.M.S. logró escapar. En ese contexto, el niño inmediatamente corriendo se dirigió a su casa a buscar ayuda, ocasión en la que -mientras corría- le comentó a su amigo que había sido manoseado por los Serrano.

Todas estas circunstancias, sumado a la gran diferencia de edad que existe entre la víctima y los imputados (más de diez años) son claramente demostrativas que los tocamientos de las partes íntimas sufridas por el menor, **tuvieron un contenido de índole sexual que afectaron la integridad sexual del niño**, pues de lo contrario éste no hubiese intentado escapar, ni hubiese salido inmediatamente corriendo a buscar ayuda y contar lo sucedido.

Refuerza lo dicho, las conclusiones de las peritos psicólogas que entrevistaron al menor toda vez que dan cuenta los daños psicológicos (inestabilidad emocional, angustia, pánico, rabia, temor, vergüenza) y sexuales sufridos por éste.

Entonces, de lo expresado se desprende que no se trató de un simple contacto anatómico sin contenido sexual, como intenta hacer ver la defensa.

Es que fuera de los requerimientos propios de la edad, como por ejemplo, la ayuda frente a la imposibilidad de higienizarse o vestirse con autonomía, la condición de niño no autoriza a derivar un *minus* de intimidad para sus partes pudendas, que lleve a aceptar que se actúe sobre ellas de maneras en las que no se toleraría respecto de un adulto. Muy por el contrario, la mayor desprotección que deriva de su inmadurez obliga a reforzar los resguardos de su faz sexual para habilitar únicamente aquellos comportamientos sobre su esfera corporal que resulten necesarios de acuerdo a la edad.

b. Esta especial atención constituye, en la actualidad, una fuerte directriz que emana de las cartas magnas y la legislación supranacional, en consideración a la marcada vulnerabilidad y dependencia de este colectivo (art. 2, *Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño*, Cumbre Mundial en favor de la Infancia, Nueva York, 30/09/1990; art. 7 inc. f, *Justicia para los niños víctimas y testigos de delitos*, Of. Internacional de los Derechos del Niño, Canadá, Marzo de 2003, en "Infancia y Adolescencia. Derechos y Justicia", Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Colección de Derechos Humanos y Justicia N° 5, Poder Judicial de Córdoba, pág. 169), preocupación que no ha nacido en nuestros días, sino que viene siendo motivo de particular atención, en distintas aristas, desde antaño cónclaves internacionales tales como la *Declaración de los Derechos del Niño* de Ginebra en 1924, la *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de igual fecha*. En nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la reforma del año 1994 la Constitución Nacional se ha alineado en la misma dirección, dando expresa cabida a la Convención sobre

los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22° C.N.), como también estatuyendo que corresponde legislar y promover las medidas que les garanticen el pleno goce de sus derechos fundamentales "en particular" en relación a ellos (art. 75, 23° C.N.). Del mismo modo, nuestra Carta Magna local ha proclamado al niño como un sujeto requerido de protección estatal (art. 25). De allí que todas estas directrices que posicionan al niño en una condición relevante no pueden ser desoídas sin más, haciendo caer en saco roto esta profunda preocupación de las legislaciones fundamentales y supranacionales. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia: *"la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos 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 llamados al juzgamiento de los casos"*.

Uno de los ámbitos en los cuales se verifica esta protección reforzada es el de la victimización infantil. Cuando los derechos del niño se ven amenazados por la comisión de un delito, su vulnerabilidad e indefensión se acentúan y llaman a activar -desde los distintos ángulos de la intervención estatal- todos los mecanismos tendientes a eliminar o al menos minimizar el impacto del ilícito en la esfera de su personalidad, de su vida e integridad física, de su patrimonio, etc.

La Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su art. 19.1 que *"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, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo"*. Esta regla fija un vasto alcance a la acción estatal

que demanda, poniendo en evidencia la magnitud de la tutela que reclama para los niños víctimas. En esta senda es que, se ha introducido la peculiar situación del niño afectado por el delito como premisa ineludible en diversos análisis, tanto en materia procesal como sustantiva. Como ejemplo de ello, basta con señalar, en el primer ámbito, que se han marcado directrices acerca de las notas especiales que deben regir la valoración de su testimonio; se ha admitido su legitimación para oponerse a medidas de la investigación que puedan potenciar su revictimización; se ha dado contenido a la actuación del asesor promiscuo que custodia sus intereses; etcétera. En materia de derecho de fondo, se ha dado primacía al interés superior del niño a los fines de la prisión domiciliaria de su madre, como así también se ha conjugado la realidad del niño en el análisis de la constitucionalidad del tope etario de 13 años inserto en el primer párrafo del art. 119 del C.P. La especificidad de la alusión del artículo 19.1 de la Convención a aquellos delitos que afectan la vida, salud física o psíquica y la esfera sexual del niño, demuestra que en el ámbito de tales ilícitos la consideración de su interés es, lisa y llanamente, inexcusable (T.S.J., Sala Penal, "Grazioli", S. n° 186, 09/08/2011).

c. Antes de finalizar, cabe traer a colación que la doctrina sostiene *que cuando los actos son objetivamente libidinosos, no interesa que su autor haya obrado movido por impulsos sexuales o por otro que aunque igualmente reprochables –humillar o vengarse- o más inocentes como el de hacer una broma, siempre que el autor tenga conocimientos de la significación sexual de la conducta* (REINALDI, Víctor F., *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino*, 2ª ed., Lerner, Córdoba, 2005, p. 47). Cae así la posibilidad que intenta presentar a los hechos como una simple “choteada” o “escarmiento”.

d. Por todo lo expuesto, en el sub-examine, encuentro correcta la calificación jurídica aplicada por el sentenciante.

En consecuencia a la presente cuestión, voto negativamente.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

A LA TERCERA CUESTION

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Bajo el amparo del motivo formal de casación (Art. 468 inc. 2 CPP), subsidiariamente a los planteos anteriores (esto es, para el improbable supuesto en que no prosperen los agravios precedentes), los impugnantes solicitan la nulidad de la agravante incluida en la condena “*hecho cometido por dos o más personas*” por falta de precisión y especificidad de las conductas atribuidas a cada uno de los acusados.

Concretamente atacan la atribución genérica de participación delictiva, solicitando que se anule y se reenvíe a los fines de que otro tribunal resuelva sobre la existencia o no de la agravante, libre de los vicios de fijación de los hechos que tiene la recurrida.

Luego de transcribir pasajes de la sentencia impugnada en los que se hace referencia a la actuación conjunta de ambos acusados en el hecho en el que se los condena señalan que la acusación por abuso sexual, a más de equivocada, no ha sido clara, detallada ni precisa

en relación a la acción desplegada por cada uno de los condenados. No especificó cual fue la conducta de cada uno con la cual se configuró la coautoría que se les imputa, cual fue su aporte individual y concreto a la comisión del delito por el que finalmente se los condena y en consecuencia los privó de su derecho constitucional a rebatirla.

Alegan que la acusación que dio lugar a la sentencia es claramente violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8.2). Cita fallos de la CIDH y de la CSJN en relación a la fijación del hecho.

Denuncian que la acusación a la que se enfrentaron careció de toda precisión en orden a cómo se habría llevado a cabo la coautoría, esto es, en qué habría consistido el aporte de cada uno de ellos a la comisión del delito. En otras palabras, sostienen que la atribución delictiva de la acusación y de la condena ha sido global, poniendo a ambos imputados en la misma bolsa.

Alegan que el art. 413 del CPP fulmina con nulidad a la sentencia que carece de la enunciación del hecho que fuera objeto de la acusación o la determinación circunstanciada del suceso que el Tribunal estime acreditado.

Expresan que ello sucede cuando el relato carece de claridad respecto a la individualización del tiempo, lugar o modalidad del hecho, incertidumbre que afecta garantías constitucionales. Continúan citando jurisprudencia en tal sentido.

De tal manera, sostienen que el derecho de defensa de sus asistidos ha sido violado, pues no supieron de qué acción concreta los acusaban y ahora no saben porque acción concreta fueron condenados con la precisión que exige el art. 413 del CPP.

Refieren que esta falta de especificidad es dirimente para la aplicación al caso de la agravante por número de autores, pues ella exige dos personas que actúen como co-autores.

No se trata de una cuestión retórica o meramente gramatical. Se trata de un vicio que permite a la sentencia aplicar la agravante por el número de autores, sin considerar que ella depende de la coautoría, lo que exige determinar detalladamente en que consistió el aporte de cada uno en la comisión del delito, lo que vulnera la defensa de sus asistidos.

Para finalizar señalan que este defecto vulnera el derecho al recurso de los condenados, pues tal como se han fijado los hechos es imposible controlar por vía de casación si ellos encuadran en la agravante por el número del art. 119 último párrafo inc. d del CP.

Finalizan su libelo haciendo expresa reserva del caso federal (Art. 14 Ley 48).

II.1. De la atenta lectura del libelo impugnativo, surge que el núcleo del agravio consiste en considerar que el Tribunal de juicio aplicó erróneamente la agravante **por pluralidad de personas** prevista en el art. 119 último párrafo en función de los párrafos 1 y 4 inc. d) por falta de precisión y especificidad de las conductas atribuidas a cada uno de los acusados.

En consecuencia, el recurso demanda analizar brevemente el ámbito de aplicación del tipo agravado en que el Tribunal encuadró la conducta relatada en la acusación, para luego examinar el agravio del impugnante en el caso concreto y poder establecer si en la forma en que ha quedado fijado el hecho surgen las conductas atribuidas a los autores, lo cual llevará considerar las constancias de la sentencia en lo que resulte atinente para poder revisar su corrección jurídica.

2. Ámbito de aplicación del abuso sexual agravado por la intervención de dos o más personas

El abuso sexual se agrava con un marco punitivo entre tres y diez años de prisión si el hecho fuere cometido por “*dos o más personas*” (CP, 119, último párrafo en función del de los párrafos 1 y 4 inc.d). El fundamento de tal agravante debe encontrarse en las mayores posibilidades de éxito de la acción delictuosa que implica este modo de perpetrar el delito, dado que la pluralidad de agentes disminuye la capacidad de resistencia de la víctima.

De tal manera, la reforma operada por la ley 25.087 (B.O. 14/05/99) ha puesto fin a la discusión que se había sucedido en la doctrina con respecto al número de autores que debían intervenir en la comisión del hecho, dejando ver que es suficiente, para que funcione la agravante, con que en el hecho actúen dos o más personas, aunque no lo hagan en concurso.

Así, ha primado en el legislador el criterio de que para que se configure la agravante, es suficiente en la comisión del hecho la concurrencia mínima de dos agentes, puesto que la norma habla de dos o más personas.

La mayor parte de la doctrina sostiene que si bien ambos sujetos deben concurrir a la ejecución del delito, no es necesario que los dos realicen la acción abusiva, porque puede llevarla a cabo sólo uno mientras el otro ejerce la violencia sobre la víctima, la amenaza o respecto de ésta, abusa coactiva o intimidatoriamente de una relación de dependencia, de autoridad o de poder. No obstante, aclaran que no basta que uno de los dos preste auxilio al otro para cometer el hecho (vrg. oficiar de campana), sino realiza una acción como las señaladas que lo convierten en coautor del tipo (Núñez, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, T. IV, - Ed. Lerner, 1977, p. 277; Reinaldi, Víctor, Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino- Ley 25087, 2º ed., p. 120, Marcos Lerner Editora Córdoba, 2005;

Arocena, Gustavo A., Ataques a la integridad sexual, Ed. Astrea, Bs.As., 2012, pag. 53 y ss).. Resta aclarar, que hay quienes entienden que la agravante admite tanto la coautoría como la acción de otro sujeto que actúa como cómplice (Creus, *ob cit.*).

3. El agravio:

Tal como hemos adelantado el recurso intenta excluir la aplicación de la agravante por falta de precisión y especificidad en la conductas atribuidas a cada uno de los acusados pues sostienen que no ha sido detallada ni precisada la acción que les cupo a cada uno de sus defendidos, esto es, en que habría consistido el aporte de cada uno en la comisión del delito.

a. Es por todos sabido que la ley procesal penal, al regular los requisitos de la acusación lo hace de modo minucioso, reclamando, entre otros extremos, que ella contenga una *relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho* que se atribuye al perseguido penalmente (CPP, art. 355).

Indudablemente que la exigencia se vincula con el **resguardo de la inviolabilidad de la defensa en juicio** (CN, art. 18), que aquella norma pretende asegurar, toda vez que es aquel acto procesal el que fija la base fáctica del juicio y, consecuentemente, de la decisión definitiva que debe adoptar el Tribunal de juicio una vez finiquitado el debate.

Para el logro de la apuntada finalidad la ley debe garantizar, sin restricción alguna, que **el imputado pueda negar o explicar el hecho que se le atribuye, o afirmar alguna circunstancia que excluya o atenúe su responsabilidad u ofrecer pruebas de descargo, o argumentar en sentido contrario a la imputación** (T.S.J., Sala Penal, S. n° 64, 5/11/1997, "Venturuzzi"; S. n° 45, 28/7/1998, "Simonelli"; S. n° 56, 6/5/1999, "Colazo"; S.

n° 137, 7/12/99, "Williams"; S. n° 60, 28/6/2001, "Montiel"; S. n° 31, 20/5/2002, "Nicolini").

b. Ahora bien, a fin de comprobar el defecto denunciado, esto es que no se ha precisado ni especificado las conductas atribuidas a cada uno de los acusados, es menester repasar el hecho fijado en la acusación, que el *a quo* tuvo por acreditado para condenar a los imputados, el que fuera expuesto en la cuestión anterior (**pto.II.1**) y al cual me remito en honor a la gravedad.

b.1. Al momento de **calificar el hecho** el sentenciante entendió que la conducta desplegada por los imputados quedaba subsumida en el tipo penal previsto en el **art 119, último párrafo, en función de los párrafos 1° y 4°, inc. d) del C.P. –Abuso Sexual Agravado–** pues los imputados efectuaron tocamientos inverecundos en zonas genitales de la víctima, afectando su reserva sexual, a lo que debe agregarse que el hecho fue cometido por dos personas, lo que hace procedente la agravante (fs. 233 vta).

b.2. La simple lectura de la plataforma fáctica, demuestra que no le asiste razón a los recurrentes en relación a que no se ha precisado cuales fueron las conductas que se le atribuyeron a los acusados.

Es que, la falta de precisión achacada a la pieza acusatoria se sustenta en que no se ha establecido cómo se habría llevado a cabo la coautoría, esto es en qué habría consistido el aporte de cada uno en la comisión del ilícito, sin advertir, que la conducta reprochable a los imputados ha sido justamente que **ambos (imputados) sorprendentemente tomaron al niño y lo manosearon, esto es, tocaron con sus manos los genitales (testículos) y la cola.**

De tal manera, las conductas atribuidas a los imputados han sido perfectamente precisadas concurriendo ambos imputados a la comisión del hecho. Es que ha quedado

debidamente acreditado que fueron los dos sujetos los que llevaron a cabo la conducta abusiva actuando como co-autores.

Por lo demás, repárese que la plataforma fáctica de la acusación, fue idéntica desde la etapa instructoria (119 y 121) y los imputados contaron siempre con la posibilidad de acceder a todo el material probatorio, con lo cual en ningún momento fueron sorprendidos de la conducta que se les atribuía, pudiendo ejercer con todas las garantías necesarias su derecho de defensa.

Pero además, debe destacarse que a los imputados se los ha considerado autores y que en materia de co-autoría rige el “*principio de imputación recíproca*” de las distintas contribuciones. Y, en virtud de este principio, todo lo que haga cada uno de los coautores, es imputable (es extensible) a todos los demás. Por ello, puede considerarse a cada co-autor como autor de la totalidad del hecho, aunque parte del mismo no haya sido por él ejecutado (Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., 2ª reimpresión, edit. Reppertor S.L., Barcelona, España, 1999, pág. 386; JESCHECK, Hans-Heinrich – WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ta. edición, corregida y ampliada, edit. Comares, Granada, 2002, pág. 727 y en idéntico sentido, TSJ, Sala Penal, “Luna”, S. n° 4, 10/02/2006; “Arancibia”, S. n° 52, 18/03/2010, entre otros).

b.3. En consecuencia, teniendo en cuenta que basta para configurar el abuso agravado por el inc. d **la intervención de dos personas realizando los actos abusivos**, encuentro correcta la agravante aplicada por el sentenciante.

Por todo lo expuesto, a la presente cuestión voto negativamente.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

A LA CUARTA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso deducido por los abogados defensores de los imputados Ezequiel Alberto Serrano y Maximiliano Serrano, con el patrocinio letrado del Dr. José Ignacio Cafferata Nores, con costas (arts. 550 y 551, C.P.P.).

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala Penal;

RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por los abogados defensores de los imputados Ezequiel Alberto Serrano y Maximiliano Serrano, con el patrocinio letrado del Dr. José Ignacio Cafferata Nores, con costas (CPP, arts. 550/551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y los señores Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Dra. María Esther CAFURE de BATTISTELLI
Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis Enrique RUBIO
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI
Secretario Penal del Tribunal Superior de Justicia