

CAUSA N° 6550 F° 285: "MORALES, FELIPE DANIEL S/ ABUSO SEXUAL REITERADO (TRES HECHOS) EN CONCURSO REAL"

PODER JUDICIAL

SENTENCIA

En la ciudad de Paraná, capital de la Provincia de Entre Ríos, a los siete días del mes de Julio de Dos Mil Once, siendo las ocho horas, se constituye en el salón de su público Despacho, S.S. el Sr. Juez en lo Correccional N°2, **Dr. DANIEL JULIÁN MALATESTA**, asistido de la Secretaria Autorizante, **Dra. María Cecilia Sposito** a los fines de dictar sentencia en la causa N° 6550 F° 285 del Registro de este Tribunal, caratulada: "**MORALES, FELIPE DANIEL S/ ABUSO SEXUAL REITERADO (TRES HECHOS) EN CONCURSO REAL**" en la que han actuado como representante del Ministerio Pupilar, el Sr. Defensor de Pobres y Menores **Dr. Pablo Barbirotto**, por el Ministerio Público Fiscal, el Sr. Fiscal de Cámara **Dr. Rafael Cotorruelo** y por la Defensa Técnica del encartado, el **Dr. Javier Aiani**, abogado de la matrícula.

Ha sido traído a Debate: **MORALES, FELIPE DANIEL**, DNI 13.183.369, alias "Chochi", de estado civil divorciado, de 53 años de edad, de profesión empleado, domiciliado en B° La Merced casa N° 25, Diamante, que ha nacido en Diamante el día 22 de Octubre de 1957, que ha residido en Diamante y que ha cursado estudios secundarios incompletos. Que no ha sido procesado, que es hijo de José Julián (f) y de Amalia Felisa Saluzo (f).

En primer lugar he de referirme al pedido de Suspensión del Juicio a prueba formulado por la defensa en manos del Dr. Aiani al inicio de la audiencia en favor de su pupilo. El Sr. Representante de la Fiscalía solicitó el rechazo del pedido realizado por el encartado y su Defensa, haciendo hincapié en que de la relación de los hechos imputados, entiende que puede arribarse a una eventual condena, la que no sería de ejecución condicional, por lo que no se encontrarían cumplidos los requisitos necesarios para la suspensión del juicio a prueba, siendo ello un pronóstico al momento de contestar la vista, y que se mantuvo una vez finalizada la audiencia de debate.

Como se ha sostenido en otras circunstancias, en situaciones como la presente, y atento a las características del delito y las consecuencias del mismo, es notoria la inoportunidad del otorgamiento del beneficio en ése estadio previo, ya que cercenaría la oportunidad de ventilar en debate lo sucedido y así establecer la existencia –o no- de un injusto culpable, a los efectos de posibilitar el despliegue de su capacidad simbólico - comunicativa (propia del derecho penal), por lo que éste sentenciante resolvió diferir la resolución del pedido, siendo éste el momento propicio para expedirse sobre el mismo. En concordancia con ello, cabe destacar que la escala punitiva prevista por el legislador para la calificación que se ha dado a los hechos que se endilgan a Morales, implica que la obtención del beneficio se encuentra supeditada a que "las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable" (art. 76 bis párr. 4º

C.P).

Como consideración previa, cabe apuntar que la exégesis y correcta hermenéutica sobre la aplicación del instituto de probation, prevista por el art. 76 bis de la ley 24.316, incorporada al Código Penal, no pasa por la aplicación del método de interpretación sistemático teleológico únicamente, y de buscar y sondear la voluntad del legislador como fuente del derecho, sino que debe ser ello analizado en forma armónica a la luz de las demás normas vigentes en juego en el tema, para no desvirtuar esa intencionalidad y caer el juzgador en una tarea legisferante, que es ajena a su quehacer, que es netamente de aplicación e interpretación de la ley al caso en concreto.

Ante ello vale decir que el instituto de la Probation, "constituye una manifestación del principio de oportunidad procesal (reglado por la ley y sujeto a un control judicial formal). Ella consiste en la paralización del trámite del proceso penal iniciado en contra de una persona, durante un cierto lapso. Dicha paralización tendrá lugar en la medida en que concurren en el caso las condiciones de admisibilidad previstas en la ley" (Código Penal y normas suplementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. David Baigún; Eugenio Raul Zaffaroni. Tomo IIB. Ed. Hammurabi. 2007., p.446). Así, la posibilidad de aplicación del instituto de la Probation está supeditada a la circunstancia de que la condena que eventualmente recaiga posea el carácter de condicional. Debo decir que, en relación al caso traído a análisis, la aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba no depende de una especulación de los Defensores en relación a la pena que correspondería aplicar según su propio análisis, sino de la efectivamente aplicable al caso concreto.

Más aún, teniendo en consideración las circunstancias del caso, debo decir que no es factible la procedencia de la Probation. Ello así, porque la naturaleza de la acción imputada y las circunstancias en las que habría sido llevada a cabo, impiden afirmar que el hecho de éste proceso sea uno de los que el Estado pueda calificar como de escasa trascendencia penal; motivo que es tenido en cuenta toda vez que se analizan los elementos, u objetivos que fueron tenidos en miras al crear este instituto; entendiéndose este tribunal que el caso de marras no podría ser caracterizado como un "delito menor", atendiendo asimismo a estas características dentro de lo que el art. 76 bis C.P califica como "circunstancias del caso", lo cual fuera puesto en análisis por las partes al momento de instar la aplicación o no del instituto.

Finalmente, teniendo en cuenta tanto la normativa aplicable, así como las finalidades tenidas en miras al crearse el instituto de la "Probation", analizando las circunstancias del caso, y las características del delito en cuestión, entiende éste Magistrado que son atendibles los argumentos de la Fiscalía, que no se encuentran presentes en el caso de marras los requisitos necesarios para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en nombre de Felipe Daniel Morales, toda vez que dadas las características del hecho y las circunstancias personales del mismo al momento del hecho, habiéndose aclarado ellas en la audiencia de debate al contar con mayor amplitud de prueba, se ha logrado determinar la injerencia del encartado en el hecho, adelantando

que no corresponde (atento a lo analizado) la condicionalidad de la pena, por los argumentos que al momento de determinar la sanción a imponer se desplegarán.

Por lo expuesto, resuelvo **NO HACER LUGAR** al pedido de Suspensión del Proceso Penal a Prueba solicitado por el encartado Morales y su Defensa Técnica, Dr. Javier Aiani, por los fundamentos supra expuestos.

Durante la deliberación del caso se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Está acreditada la materialidad de los hechos y su autoría?.

SEGUNDA: En su caso, ¿Es penalmente responsable el imputado y qué calificación legal corresponde?.

TERCERA: En caso afirmativo, ¿Qué sanción debe imponérsele, cómo deben aplicarse las costas, qué debe resolverse sobre las medidas cautelares dispuestas en su perjuicio?

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ CORRECCIONAL, DR. MALATESTA, DIJO:

a) De conformidad a la Requisitoria Fiscal de fs. 231/241 vta. se atribuyó al encartado la comisión de los siguientes hechos:

Primer hecho: "En oportunidad en que la joven Dalma Ayelen Sánchez se encontraba barriendo en la puerta de su domicilio -lindante al del compareciente- haber invitado a la menor a ingresar a su domicilio, donde se sentaron en la cama, procediendo a tocar a la niña por sobre sus prendas de vestir en las piernas y en la cola, preguntándole "si le gustaba", a lo que la víctima respondió en forma negativa, retirándose a su domicilio. Hecho ocurrido en el domicilio del compareciente, sito en Barrio La Merced casa N° 25, de la ciudad de Diamante, Provincia de Entre Ríos, sin poderse determinar exactamente la fecha y hora del mismo."

Segundo hecho: "Aproximadamente tres días después del primer hecho relatado, en oportunidad en que la víctima se encontraba en el interior de su domicilio, haber ingresado al mismo, invitando a la joven a que se bajara sus pantalones, y ante la negativa de esta, manifestarle que si no se bajaba los pantalones iba a matar a su madre, por lo que la misma finalmente cumple con el requerimiento, procediendo el compareciente a realizar tocamientos con sus dedos en la vagina de la niña. Hecho ocurrido en el domicilio de la víctima, sito en el Barrio La Merced, casa N° 22, de Diamante, Provincia de Entre Ríos. Sin poder determinarse con exactitud fecha y hora del hecho."

Tercer Hecho; "Aproximadamente cuatro días después del hecho anteriormente descrito, en oportunidad en que llevaba en devolución un secarropas, al domicilio de la víctima, haber abusado sexualmente de la joven Dalma Ayelen Sánchez, ingresando al domicilio, exigiendo a la niña que se quite su ropa, utilizando para lograr su cometido amenazas tales como "HACELO PORQUE SINO VOY A MATAR A TU MAMÁ", para posteriormente, -tapando la boca de la menor para que no gritara- proceder a pasar su pene por distintas partes del cuerpo de la joven, haciéndose tocar sur órganos sexuales, realizando tocamientos de los genitales de la niña, apoyando su miembro en estos, ejerciendo fuerza- con probable intención de penetrarla-, eyaculando sobre los genitales de

la joven Sánchez, para luego mandarla a "lavarse", mientras se retiraba de la vivienda. Hecho ocurrido en el domicilio de la Sra. Zulma Adriana Noriega, madre de la niña, sito en Barrio La Merced casa N° 22, de la ciudad de Diamante, provincia de Entre Ríos, sin poder precisarse con exactitud fecha y hora. Todos los hechos relatados, ocurridos probablemente en el mes de Julio del año dos mil siete, sin poder determinarse en la actualidad, las fechas y horas de los mismos."

b) En la audiencia oral, el encartado al comienzo de la misma se abstuvo de declarar, haciendo posteriormente uso de su derecho negando en lo sustancial la atribución sosteniendo no entender por qué pasaba esto; que quizás sucedía porque él tuvo un encontronazo con su hermano que tenía antecedentes, igual que la falta de papeles de la moto, que no tenía papeles entonces le dijo que se la iba a tener que secuestrar. Refirió que tenía buen trato con la familia, que inclusive la madre de la menor le decía que en los bailes les cuidara a los hijos. Hizo mención a que la misma lo había tomado como padre de sus hijos. Dijo que en el momento era Inspector Municipal, que es árbitro de fútbol, y hace seguridad en boliches, casamientos, etc. En ese entonces, la casa de él -contigua a la de Dalma- estaba casi siempre sola, el la usaba sólo para bañarse.

c) Compareció a la audiencia oral y prestó declaración testimonial **Dalma Ayelén Sánchez**. Brindó su versión de los hechos, expresando que cuando pasó esto, ella estaba sola en su casa, y antes de irse, su madre le había dejado el secarropas, -a Morales- y entró, y empezó a golpear y le decía que le traía el secarropas, a lo que ella le dijo que lo dejara afuera y ella después lo entraba, empezó a hacer fuerza, y ella empezó a decirle que la suelte, cuando quiso gritar le tapó la boca, y ahí la llevó a la pieza de su hermana y la empezó a tocar, y la hizo tocarlo. Refirió también que cuando Morales escuchó que alguien golpeaba la puerta se fue por atrás del tapial. Indicó que no dijo nada, porque él la amenazaba. Refirió que la tocó en la parte del pecho, señalando, no solamente el pecho, a la altura de la bombacha, y le metía la mano adentro, ella estaba vestida, refiere que le metía la mano adentro del pantalón, y le decía "callate, callate, callate". Hizo mención a otra oportunidad, en la casa de él; ella estaba en su casa, y él la llamó para adentro y ella sabía que algo le quería hacer, la llamaba, fue y ahí afuera se quedó, y como vio que no había nadie la agarró por la fuerza, y quiso salirse y no pudo, y luego pudo salirse, y ahí se quedó en su casa. Dijo que eso fue en la casa de él. Duró veinte o diez minutos, fue todo rápido. Relató la víctima que en oportunidad en que estaba en su casa, le sacó la remera, y ella no quería, ella la bajaba pero él hacía fuerza, y ahí se la sacó y la empezó a tocar. Respecto de sus conocimientos sobre cuestiones sexuales, refirió que conoce lo que es la eyaculación, dijo que vio algo pero no sabía que era. Vio algo que salió cuando estaba haciendo lo que relató, la segunda vez vio eso. Vio que largó como algo líquido, de su miembro. Dijo que le quedó un poquito en la remera de ese líquido, y la remera se la llevó él. No se manchó ningún otro lugar. Relató que no habló antes porque tenía miedo; dijo que tenía miedo pero no quería contar porque Morales iba a hacerle algo a su madre. Narró que esto sucedió de mañana un día de semana. Ella ese día había faltado a la

escuela, su mamá estaba en el hospital.

Zulma Adriana Noriega dijo en la audiencia que el tema comenzó por que la nena empezó a bajar las notas, comenzó a orinarse en la cama, no hablaba con nadie y lloraba, y un día fue el imputado a su casa y ella le decía malas palabras, entonces al ser preguntada por ella, la menor le dijo que quería que Morales se fuera. Dijo que la maestra le contó a ella, que Dalma le pidió hablar con ella y le dijo que en ese momento no, entonces vio que a Dalma se le caían las lágrimas entonces le dijo que iban a hablar. La llamaron a ella para ver lo que estaba contando Dalma, y cuando llegó vio que Dalma estaba contando todo lo que había pasado, que ella no quería contar nada porque Morales le había dicho que la iba a matar a ella. Ella no podía creerlo porque le tenían mucha confianza a Morales. Refirió que escuchó que Dalma contó de la vez que fue en su casa, cuando ella le prestó el secarropas, ella siempre quedaba con la puerta cerrada, y Dalma tuvo que abrirla porque tenía miedo de que le robaran el secarropas, y ahí fue lo que pasó. Dalma tenía diez años en ese momento, antes no tenía idea de lo que era una relación sexual. En cuanto a su relación con Morales dijo que era buena, que si a uno le faltaba algo, el otro siempre ayudaba, por eso no podía creer lo que Dalma contaba. El momento en que ella cuenta, no recuerda. Sabe que fue un mes o mes y medio antes. En cuanto a la trascendencia de esto en Diamante, respondió la mujer que la afectó mucho a ella, a la nena y su familia. Dijo que cuando Dalma contó cuando estaban en la reunión, mientras contaba a la psicopedagoga, dijo que había largado Morales un líquido blanco y él la había mandado a limpiar. Y cuando ella llegó a su casa, su hija mayor llegó primero que ella, y le dijo que cuando había llegado a la casa, le dijo que había olor feo, que había olor a semen. El se había hecho limpiar con un trapo, y luego ella encontró un trapo que había ahí y que Dalma tiró. Luego fueron a la policía. El día del hecho, ella estaba en el hospital con el más chico y con Lucrecia, y Jessica estaba con el hijo de ella en pediatría, y Dalma había quedado sola en la casa porque había paro, y Mariano no estaba en la casa. Dijo que la puerta de su casa siempre estaba cerrada con llave, por eso era común que sus hijos golpearan la puerta. Dijo que la hermana de Dalma fue quien vio el trapo con el que Morales hizo limpiar a la víctima. Fiscal pregunta a la Sra. por el trapo en cuestión. Ellos en ese momento no sabían nada. Le dijo que entró a su pieza y sintió olor, y que entró al baño y sentía más el olor, y ahí estaba el trapo, pero esto fue un mes antes a que la menor cuente. Refirió que antes Dalma era alegre, se daba con todos, luego no se comunicó con nadie. Indicó la testigo que luego de lo que sucedió sus notas bajaron mucho, porque ella pasó de tener nueves y ochos, se fue deprimiendo y llegó al cuatro.

Luego, al momento de prestar declaración en Audiencia, dijo **Mariela Nancy Gómez Darrichón** que en ese entonces se desempeñaba como psicóloga de asistencia a la víctima de delitos, y atendió a la niña porque le fue derivada por el Área de Cuidado del Niño de la Municipalidad de Diamante. La atendió en principios de 2007, y dejó de atenderla cuando entró a trabajar en la Justicia. La madre le contó que había habido una situación por la que la menor comenzó a cambiar su comportamiento. La menor había

cambiado su desarrollo escolar, había bajado las notas, y que la maestra le preguntó en varias ocasiones respecto de lo que le pasaba, y luego en una oportunidad la menor le contó a la maestra de una situación que había atravesado. Allí interviene el área municipal, y posteriormente ella comienza a acompañar a la menor. Le administró tests a la menor, donde pudo constatar que ésta había pasado por una situación traumática. La madre le contó que después pudo entender lo que le pasaba porque uno de los síntomas era que la menor había comenzado a orinarse, que había estado hospitalizada por un dolor debajo del vientre, y le dijeron que no tenía nada físico, hasta que cuando habla, estos síntomas mermaron, cesaron mejor dicho. La niña no quería decir nada porque le dijeron que le podía pasar algo a la mamá, y después de que la menor habla, en el trabajo semanal la notaba muy avergonzada, con miedo y vergüenza por lo sucedido. Dijo que Dalma le manifestó como que ésta persona allegada a su familia, eyaculaba en sus manos y le hacía limpiar, ella lo contó cómo sucedió al menos tres veces. Refirió que a ella no le dijo nada respecto de tocamientos, pero que fueron solamente cuatro veces que ella la vio. Analizó la testigo que el relato no era fantaseado, consideró al relato como coherente, en el espacio en el tiempo, y tampoco lo consideró inducido, porque ella le cuenta a la maestra a partir de que ésta insiste, porque no le contó ni a la madre. Ella la notó a la niña muy atemorizada por las consecuencias. La menor comentó en Septiembre que los perros que tenían habían muerto envenenados, y como éste hombre vivía al lado, esto le afectó mucho. Notó temor a consecuencias en cuanto a las cercanía que había en las casas, hizo que ella lo siguiera viendo por lo que le provocaba mas temor. Ella en su casa se sentía insegura, por la cercanía de las casas y aparte ella cuando quedaba sola, estaba siendo expuesta a esta situación. Preguntada por el grado de vinculación de éstas secuelas como consecuencia de un suceso traumático, refirió la psicóloga que es probable, compatible, algo le estaba pasando, también fue llamativo el descenso en el rendimiento escolar, era una niña que iba muy bien y luego descendió, por eso a la maestra le llamó tanto la atención. No porque una nena se haga pis en la cama se va a deducir que una persona haya sido abusada, pero hay varios hechos. Respecto de la normalidad de que una persona pueda sostener una incriminación de éstas características en el tiempo, respondió la testigo que teniendo diez años la menor al momento del hecho, en su opinión profesional, lo vio todo como fundamentado, no como algo fabulado. Analizó que todo tenía cierta coherencia, con el relato de la madre, con los síntomas, con lo contado por la niña, por lo dicho por las psicólogas. Respecto del daño, refirió que es una persona que no está preparada ni física ni emocionalmente para pasar por estas vivencias, y que genera una distorsión, ya que todavía no había tenido su menarca. No estaba lista ni emocionalmente, ya que a esa edad no estamos listos para tener este tipo de experiencias de los adultos. Su conclusión respecto de los indicios de abuso, fue que había indicadores clave como miedo, estigmatización, angustia, ella estaba muy triste. Refirió que había numerosos indicadores de que había pasado una situación traumática, que en éste caso tenían contenido sexual: traumática de contenido sexual. Le llamó la atención porque la menor no quería tomar la

comuni3n, que es algo que los menores hacen con mucha alegr3a y naturalidad.

Mar3a Jos3 Gregorutti, compareci3 a prestar declaraci3n, y en el transcurso del debate dijo que ella fue maestra de Dalma y not3 que ella hab3a bajado su rendimiento escolar, por lo que le pregunt3, y ella no le contest3 nada, y siguieron como un d3a normal. Luego ella vino y le dijo que quer3a hablar con ella, uno o dos d3as de haber informado que su nivel estaba bajo. La menor se le plant3 y le dijo que quer3a hablar con ella, entonces le dijo que ten3a un t3o que le hac3a cosas feas, y que al preguntarle, Dalma le dijo que le pasaba "ya sabe que" por el cuerpo, ella dijo que era su t3o Morales. La testigo dijo que en el tema aprendizaje fue donde m3s se not3, ellas se dieron cuenta de que hab3a bajado el rendimiento, en las tareas en clase, ella estaba ah3, si la retaban era como que lloraba, se sent3a mal, pero m3s que nada fue en el rendimiento escolar de ella. Dijo que Dalma dej3 de llevar las carpetas. Indic3 que ella ten3a desgano en su carpeta, no trabajaba como era normal en ella, eran cosas tontas, pero en las que se notaban. Indic3 que Dalma cont3 que le hab3a ido a devolver un secarropas, y que la mam3 no le dejaba entrar a nadie, que Morales le pidi3 que lo deje entrar, y luego ella se retir3 de la reuni3n para ir a ver sus alumnos y no escuch3 mas.

Posteriormente, declar3 **Ramona Teresa Noriega**, abuela de la menor, testigo nuevo, contest3 a las preguntas formuladas por el Dr. Aiani en su escrito de Ofrecimiento de Pruebas y dijo que a la menor la conoce porque es nieta suya, y Felipe Morales es su ex yerno, los conoce por estar en su familia, y la ni3a es su nieta. En cuanto a la segunda pregunta, en relaci3n a si tiene conocimiento de que Dalma haya sido v3ctima de alg3n hecho de car3cter sexual, dando razones de como tomo conocimiento, responde que ella iba a la casa de la madre de la ni3a pero 3sta nunca le dijo nada, ella se enter3 por comentarios de terceros, y un d3a fue a preguntarle y se lo neg3. Dijo que ella nunca se enter3 de nada que tuviera que ver con la participaci3n de Morales en alg3n hecho de 3ndole sexual. En relaci3n a la personalidad y desenvolvimiento de la menor con anterioridad al supuesto hecho sexual antes referido y sin con posterioridad hubo alguna modificaci3n en su comportamiento, dijo que ella la vio siempre igual a la chica, no dijo si es mala o buena porque ella no estaba con ellos, ella no vive con ellos ya que no vive en el mismo barrio. Respecto de la personalidad y desenvolvimiento de la menor luego del hecho, contesta que la vez que ella ha ido, la menor estaba siempre en el colegio o en educaci3n f3sica. En relaci3n a c3mo era la relaci3n de Morales con Dalma Ayel3n Sanchez y su grupo familiar antes y despu3s del hecho, dijo no puede saber. Sabe que siempre fue igual con todos los sobrinos, igual que con los sobrinos varones. **Mar3a Mariela Noriega** tambi3n testigo nuevo, declar3 y dijo en el debate que a Dalma la conoce porque es su sobrina, pero de lo que pas3 no sabe nada. A Morales lo conoce porque 3l es su ex- cu3nado, que estaba casado con su hermana mayor. En cuanto a si tiene conocimiento de que Dalma hubiera sido v3ctima de alg3n hecho de 3ndole sexual, refiri3 que ella no sabe nada porque ellos viven en distintos barrios. Preguntada por si ten3a conocimiento de que el Sr. Felipe Morales hubiera tomado participaci3n en alg3n hecho de car3cter sexual, dijo que

ella no sabía nada de esas cosas, no tenía conocimiento de nada. Lo que se enteró fue eso y en la calle, se enteró cuando venía de trabajar y un empleado le preguntó si sabía de lo sucedido, y ella dijo que no. Dijo no saber nada de los hechos referentes a esta causa y no tener relación con Dalma y su familia.

Diego Fabián Noriega fue citado a declarar como testigo nuevo, y en dicha calidad dijo que la conoce a la menor porque es hija de su hermana, y al Sr. Morales lo conoce porque es cuñado suyo. Dijo que lo que se enteró se enteró en la calle. En respuesta a si tenía conocimiento de que Morales hubiera tomado participación en algún hecho de carácter sexual, dijo no tener conocimiento. En cuanto a la personalidad de Dalma, indicó que cree como cualquier persona, a ella la ve poco porque no viven cerca, el tiene otro domicilio, y por razones laborales y familiares no la ve, que no notó ningún cambio en la personalidad de la menor. En relación a cómo era la relación de Morales con la menor Dalma Ayelén Sanchez y su grupo familiar, antes y después del hecho, y refirió no poder dar respuestas por no saber.

En última instancia, aportó datos en el debate la Srta. **Jessica Lorena Sánchez**, quien relató que llegó una mañana a su casa, su hermana había quedado sola, y esa mañana llegó del hospital y sintió olor a semen, entonces le dijo a su mamá cuando llegó, y cuando entró al baño, había un trapo con el que se ve que habían limpiado, entonces se lo comentó a la madre. Dalma había quedado sola esa mañana, ya que todos habían ido a la escuela y la madre trabajaba. Refirió que esto sucedió antes de que Dalma contara. Ella cuando llegó y sintió olor se lo contó enseguida a su mamá, quien no le creía. Dijo que después Dalma empezó a tener miedo, se empezó a hacer pis en la cama, no quería ir a la escuela, se abatataba cuando lo veía a Morales. Dijo que Morales iba todo el tiempo a su casa, entraba todo el tiempo, era una relación normal. Dijo que la relación cuando estaba su mamá era más seria. Estando su madre Morales era más serio, y no estando su madre, el entraba y salía; estando su madre era diferente. Refirió que Morales se asomaba a la pieza que compartían ella y otra hermana, y en la pieza de Dalma cuando quedaba sola. Narró Sanchez que a su madre la notó mal, lloraba todo el tiempo, no lo podía creer y menos de él. Ellos lo trataban como tío, su madre nunca lo sospechó, al principio no lo creyó. Luego de esto a Dalma la veía que lloraba, en la escuela cambió un montón, bajó las notas, ella era de estar contenta, y después se vino abajo. Dijo que vio la prenda en el baño, no supo aclarar si era un trapo o una bombacha. Sabe que su madre la buscó y lo encontró. Ella no lo buscó a eso. Lo sintió y le dijo a su madre, y ella fue quien buscó.

d) Se incorporaron por lectura al contradictorio, con conformidad expresa de partes, las probanzas producidas y admitidas consistentes en ACTAS Y DOCUMENTALES: Acta de denuncia de fs. 1/vta., acta de inspección judicial de fs. 2/vta., y 118/vta., croquis de fs. 4 y 120, informes médicos de fs. 6,21 y 26, acta de fs. 9/vta., fotocopia certificado médico de fs. 15, actuaciones preventivas de fs. 1/19 vta., fotocopia de testimonio de nacimiento de fs.42, informe psicodiagnóstico de fs. 59/60, fotocopia certificada del informe de situación remitido por la Dirección de Promoción Social de la

Municipalidad de Diamante de fs. 80/81 vta., pericia psiquiátrica de fs. 142/143, informe del Hospital " San José" de fs. 148/149, informe de la Municipalidad de Diamante de fs. 150, informes de la Escuela N°30 "La Concordia" y documental de fs. 151 y 154/172, informe social de fs. 223/225, antecedentes de fs. 220 y las TESTIMONIALES: Mabel Mónica Dreher de fs. 37/38 vta., Laura Garofolo de fs. 70/71, Josefa Rafaela Ríos de fs. 73/73, Miriam Marcela Castro de fs 215/vta., y Erica Elizabeth Blasón de fs. 216/vta., toda la prueba de la etapa preparatoria.

d) En la discusión final, con la palabra, el Representante del **Ministerio Pupilar**, Dr. Pablo Barbirotto, sostuvo que en la presente causa se habían respetado los Derechos y Garantías de la menor Dalma Ayelén Sanchez, tanto menor de edad así como víctima de autos, ya que desde Instrucción siempre estuvo presente el Ministerio, por lo cual no ofreció objeciones. Expresó convencimiento de que la misión del Ministerio Pupilar no puede ser la de espectador. Refirió que teniendo en cuenta su experiencia en casos de víctimas de delitos de abuso sexual, llegó a la conclusión de que Dalma efectivamente ha sido víctima de abuso sexual.

A su turno, el representante del **Ministerio Público Fiscal** luego de relatar el hecho y merituar la prueba, refirió que habiendo transcurrido las distintas instancias del proceso de debate, entendía que las distintas pruebas reunidas a lo largo del mismo permitían fundar con grado de certeza necesario, tanto la autoría material de los hechos endilgados al prevenido, como la autoría responsable de Morales en los mismos. Indicó que tratándose el inculcado de un delito de índole sexual y por las características del vínculo entre víctima y victimario, que este tipo de hechos presentan especiales características, ya que se perpetran lejos de la presencia de terceras personas. Analizó que este tipo de hechos en los cuales, si bien en este caso no se trata de una menor dentro de la familia, pero si es rayano con lo familiar, en función de lo cual el autor tiene facilidades para acceder al vínculo íntimo para poder perpetrar este hecho. Entiende que las situaciones han acaecido, y el autor se ha valido de éstas para perpetrar los ataques sexuales. Refirió que es imposible que transcurrido semejante lapso de tiempo a la fecha, y siendo la menor de temprana edad, pretender reproducir con mayor detalle los hechos. Lo que consideró que reforzaba su idea de que se trataba de una declaración espontánea, no inducida. Analizó que Dalma se refirió en la audiencia sin animosidad. En todos los casos Dalma relató, y sindicó de manera invariable a Morales como autor. En todos los casos refirió que ella fue sometida, tocada físicamente en sus partes íntimas, en algunos casos por debajo de las ropas, a veces se le quitaron las ropas, en todos los casos destaca que Morales se valió de su posición de preeminencia; una nena de diez años frente a un señor adulto, que ocupó una especial posición en relación a Dalma, era el tío, y una persona a quien la mamá tenía respeto en función de ese grupo familiar, ya que su propia madre le recomendaba que cuide a sus hijos. Refirió que Dalma hizo alusión a concretas amenazas, no sólo para lograr su conducta sino para después lograr su silencio. Amenazas que se valían de esta preeminencia, las cuales sirvieron durante un tiempo hasta que la menor no aguantó más;

esas amenazas, sin violencia física, fueron suficientes. E inclusive -agregó el Dr. Cotorruelo- en uno de los episodios, ocurrió un hecho especialmente disvalioso, destacando que la menor contaba con diez años. Que en el último episodio, Morales, además de tocarla en partes íntimas del cuerpo, le exhibió su miembro viril, e inclusive eyaculó, -aclarando que no usó ella ese término- ella dijo "que le salió un líquido que le sale a los hombres". Las psicólogas notaron esto como un punto de verosimilitud, que la menor reiteró en todas las situaciones como algo que evidentemente había quedado impreso en su psiquis por la especial gravedad de este tipo de episodios. Apuntó que la madre de Dalma siempre tuvo una relación normal y buena con Morales. Refirió que la psicóloga Blasón emitió un dictamen escrito y también declara en sede instructoria. Destacó que en dicho informe la psicóloga decía que el discurso de la nena sobre el episodio era consistente, coherente, descartando que el mismo haya podido ser inducido o producto de su fantasía. Entendió que fueron sobrados y fundados los elementos desde el ámbito de la psicología los que indicaron que el hecho existió. Indicó que también existían corroboraciones objetivas de que los hechos fueron perpetrados, dos en la casa de Dalma, y uno en la casa de Morales. Analizó que Morales en ese momento, tenía a su disposición una casa pegada a la de la víctima, existía efectivamente la posibilidad de que el acceda al hogar de Dalma. Lo cual consideró que respaldaba la versión de ésta. Analizó que no necesariamente alguno de los hechos ocurrió estando Morales de licencia. Otros elementos objetivos periféricos, fueron que, Ríos dijo que la veía triste, retraída y con temor. Inclusive cuando pasaban por la casa de Morales se acercaba más a ella. Finalmente, hizo hincapié, en el análisis integral de la prueba, del cual entendió que los tres hechos se encontraban probados. En cuanto al plano subjetivo refirió que el dolo como conocimiento de que se sabe lo que se hace, conociendo claramente lo desaprobado de su acción, se nota con el sólo hecho de relatar la conducta que se le endilga. Analizó que no se habían alegado otras circunstancias del plano de la justificación o inculpabilidad que implicaran o hicieran inferir que el elemento subjetivo no se haya configurado. Entendió que existían elementos suficientes para considerar que los hechos ocurrieron y que Morales fue su autor, e interesó la condena del mismo como autor penalmente responsable del delito de Abuso Sexual simple en tres hechos en concurso real. En cuanto a la pena, solicitó se imponga la pena de cumplimiento efectivo; como atenuante, solamente consideró que se trataba de un delincuente primario; y sostuvo que el resto de las circunstancias eran agravantes en su opinión. Dijo que en primer lugar hubo una situación de vulnerabilidad de la víctima, y del daño dieron cuenta los psicólogos. Recordó que la psicóloga Blasón habló de que se provocó una explosión en lo sexual, en la persona de Dalma. También la psicóloga Spessot habló de una iniciación sexual precoz de la menor que dejó profundas huellas en el psiquismo de la persona. Y remitió a fs. 43, donde también se habla de exposición precoz y brutal a la sexualidad. Por lo que consideró se trataba de un elemento que agravaba el disvalor del injusto. Otro aspecto que consideró, fue la vinculación entre la víctima y el imputado. Especificó que había una especial situación por la cual Dalma le debía respeto a

Morales, y Morales debería haber tomado ese respeto, y vulneró esos deberes a su cargo, lo cual aumentó el disvalor. Indicó como otro elemento que aumentó el injusto, además el episodio de la existencia de tocamientos, el hecho de haber expuesto su miembro y haber eyaculado. Los testigos profesionales hablan inclusive de conductas masturbatorias, todas hablan de este tema, de que la menor sufrió este puntual episodio; entendió que tratándose el abuso sexual de una figura tan amplia, por imperio del 55 C.P, se abarcaría de 1 a 12 años de prisión. Entendió que no es lo mismo un tocamiento fugaz por un desconocido en la vía pública, que lo que aquí ocurre. Analizó que ésta especial acción constituida por este episodio grave, hizo que la acción no incurra por muy poco en la conducta del abuso sexual gravemente ultrajante, es decir, aquel donde no hay acceso carnal, pero es equiparable, ya que en casos de este tipo, como por ejemplo eyacular sobre la víctima, no alcanza a acceso carnal, pero son rallantes al abuso sexual gravemente ultrajante, el cual tiene una pena no menor a cuatro años. Pero teniendo en cuenta el hecho de que el autor es una persona encargada de la guardia de la menor, no está al cuidado, pero el mismo la ha cuidado. Entendió justo y proporcional al Principio de Culpabilidad en los tres hechos, que se le aplique una pena de 4 años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo.

e) A su turno, la Defensa Técnica del encartado, a cargo del **Dr. Javier Aiani**, refirió que estas actuaciones se iniciaron con la denuncia formulada a fs.1, realizada en fecha 21 de agosto de 2007. Refirió a los hechos y dijo que la menor al relatar el hecho de que supuestamente Morales eyacula sobre la misma; en una oportunidad refirió que Morales le pidió un trapo para limpiar, en realidad refirió que le hizo limpiar a ella, y en esta oportunidad dijo que Morales sólo le dijo que lo tocara, pero que no la tocó con ninguna parte del cuerpo. Luego analizó que la menor en la audiencia de debate, expidió una declaración absolutamente distinta a la de sede instructoria, y a la denuncia. Indicó que ella habla respecto del que entiende tercer hecho, refiriendo que cuando Morales va a devolver el secarropas, realiza tocamientos sobre la menor, diciéndole que se baje el pantalón, que realice tocamientos con el pantalón puesto, metiendo la mano dentro de su pantalón; Morales eyaculó habiéndose ensuciado la remera, y posteriormente dijo que era la bombacha que tenía puesta; cuando estaban en este acto, el hermano de la misma golpea la puerta, lo que hace que Morales se retire en forma abrupta del domicilio por los fondos de la casa llevándose la remera de la misma, y que la puerta de ingreso al domicilio estaba cerrada, pero sin llave. Hizo mención a que cuando el Sr. Fiscal le consultó sobre los otros dos hechos imputados a su defendido, la menor en la audiencia refirió expresamente con respecto al primer hecho, que cuando estaba barriendo, el Sr. Morales la invita a ingresar a su domicilio a lo cual ella dice que no, momento en el que no había nadie en la calle, y la toma del brazo para ingresarla dentro de su domicilio, y no lo logra porque ella logra zafarse y se va. Con respecto a las otras oportunidades, dijo expresamente que sólo le dijo cosas, considerando el Dr. Aiani que no aportó ningún elemento, que dio una versión distinta del primer hecho, y dijo que únicamente se le refirió en algunas

oportunidades. Agregó que para la Defensa se trataba de un testimonio mendaz, con contradicciones evidentes. Analizó a fs. 33/35, el testimonio de la madre de la menor, refiriendo un hecho que dijo que la primera vez que ocurren este tipo de sucesos, la menor Dalma le lleva a Morales un sobre de la cooperadora y en esa ocasión es cuando ocurre el primer hecho de abuso, que mencionara la menor Dalma. Advirtió que este hecho particularmente descrito en ningún momento fue referido por la menor. Dijo que Sanchez no hizo declaraciones con respecto a este hecho. Agregó que cuando fue a devolver el secarropa, la hizo tocar a él, y que la puerta estaba cerrada según la madre, dice que tenía una traba en la parte superior, que la puerta estaba cerrada con llave. Dijo que la niña como consecuencia de esto tuvo una internación aduciendo dolores en el vientre, que no tenían origen físico, y que se orinaba en la cama. Refirió igualmente a lo mencionado por la testigo Miriam Marcela Castro, según ella Miriam Marcela Castro le comentó que ella había pasado por una situación de abuso por parte del Sr. Morales cuando la misma era una niña. Analizó que cuando concurrió en sede instructoria la Sra. Castro a prestar declaración, coincidiendo con lo dicho por el Fiscal, la misma dijo que no quería a Morales, pero no manifestó haber sufrido algún tipo de hecho de violencia sexual, salvo que en una oportunidad la madre lo recriminó porque había levantado una sábana, e hizo referencia a otro hecho, con una prima de la misma, que también sabía por comentarios, es decir que el testimonio de Castro nada aportaba para el Defensor. Señaló que a fs.39/40 prestó declaración Ma. José Gregorutti, quien hizo referencia al bajo rendimiento que la menor tenía en la escuela. Dijo que cuando la docente fue requerida sobre si a más de la baja en el rendimiento escolar de la menor, había algún otro elemento o conducta que hiciera pensar que la nena estuviera atravesando por un problema, ya sea en relación a sus pares, o con los docentes, la maestra fue clara en que no. Respecto a la licenciada Gomez Darrichón, dijo que la misma refirió haber tenido un escaso contacto ya que hizo un mero seguimiento, refiriendo a la sintomatología, particularmente al hecho de la internación, y al hecho de la incontinencia de la nena, respecto de los cuales la niña en ningún momento se refirió, y los únicos elementos que consideró el Sr. Defensor se tenían, eran los dichos de su madre, que en ningún momento habían sido acreditados en la causa, que la menor haya sido internada por éstas dolencias, y tampoco que haya tenido algún tipo de tratamiento con respecto a la incontinencia urinaria. Analizó que la cuidadora asignada a Dalma dio cuenta de que la misma tenía un trato normal que en ningún momento tenía objeciones para ir a visitar a sus amigas, como así tampoco a concurrir a catequesis. Con referencia a la testigo Jessica Lorena Sanchez, quien refirió a fs.127/128, el haber concurrido ese día a su domicilio y haber sentido olor a semen tanto en el pasillo como en el dormitorio; el haber encontrado un trapo con mucho olor, la defensa lo consideró poco probable. Igualmente la misma dijo que actualmente su hermana tiene una vida normal como las chicas de su edad. Con respecto a la circunstancia que refirieron la madre y la hermana el día en que supuestamente ocurrieron los hechos, se encontraba en el hospital San José de la localidad de Diamante; destacó el informe de dicho nosocomio en

el cual a fs. 148/149, surge que ni Noriega ni Sanchez ni Guillermo Ricardo Sanchez, fueron atendidos en ese periodo en ese nosocomio. La defensa remarcó el informe de la escuela N° 30, de la ciudad de Diamante, que puede haber tenido una pequeña baja en su rendimiento escolar, pero las notas que surgen de ese informe no se condicen con lo relatado por los docentes aquí, e indicó que en este periodo uno de los datos que brindan las fichas de seguimiento de la menor, dan que justamente uno de los problemas de su conducta, es que charla permanentemente con sus compañeros; fuera de esa problemática no surgió otro dato de estos informes según el criterio de la defensa. Remarcó diversos trabajos, de profesionales de la psicología del Servicio de Psicología del Cuerpo Médico Forense de Buenos Aires, donde se advierte una importante suba en los índices de delitos de abuso sexual que resultan ser indebidamente denunciados o falsos. Con respecto a los informes psicológico - psiquiátricos interesó quedara constancia de que del informe que se realiza a su defendido a fs.142, no surge ninguna constancia de que el mismo presente alguna patología psíquica, acorde con los delitos de abuso sexual. Consideró al testimonio como contradictorio. Aseveró que no podía ni siquiera ubicar aproximadamente cuando ocurrieron los hechos, ni siquiera si fue tres meses antes como dice la denuncia, o dos meses o un mes, como lo refiere en la declaración brindada en sede Instructoria. La defensa consideró que por el Principio de Inocencia como estado el cual se encuentra amparado en el art.1 del C.P, en los diversos Tratados Internacionales de carácter Constitucional, el cual sólo puede ser desvirtuado por medio de una declaración jurisdiccional válida, allegada por un grado de certeza, que en autos no se ha podido arribar, por lo cual no se puede considerar la posibilidad de una sentencia condenatoria, solicitando la absolución de su defendido por el Beneficio de la duda, y la regulación de honorarios por su participación.

f) Delimitada la plataforma fáctica analizadas y valoradas las probanzas reunidas y las posturas de las partes esgrimidas en el contradictorio oral, cabe ahora analizar si se ha logrado arrojar certeza acerca de la materialidad de los hechos y la autoría responsable del mismo por parte del encartado.

Como consideración previa a ello cabe recordar que el método de análisis probatorio conocido como el de sana crítica racional, no significa otra cosa que la posibilidad de que el juzgador a la manera de una arqueología del saber, reconstruya la verdad histórica a través de los rastros o huellas que legítimamente se hayan incorporado en el proceso y, como corolario, pueda formular juicios o enunciados a posteriori a fin de alcanzar la verdad forense, la cual se construye de modo congruente con el modelo constitucional de nuestra nación sin necesidad de un seguimiento estricto a determinada prueba legal -como ocurría con el sistema de prueba tasada o tarifada, propia del sistema inquisitivo- sino que es fruto de un razonamiento de tipo silogístico que se construye a partir de indicios concordantes que muestren una única explicación final del suceso.

Arribar a esta verdad forense construida de modo congruente con el modelo discursivo constitucional, como lo ha dicho nuestra Sala de Casación Penal, no requiere el

seguimiento de determinadas pruebas legales en el sentido de prueba tasada o tarifada, propia del modelo inquisitivo, sino que es plenamente válido que el silogismo incriminatorio se construya a partir de indicios concordantes que se muestren finalmente como la única explicación racional del suceso y que vayan descartando las explicaciones alternativas a la afirmación de los hechos atribuidos. De allí que Maier hable del Juez como historiador, o que se aluda a "narrativas en el acto creador del juez", o que Binder, en "El Relato del Hecho, en DP año 1990, lo defina como "conciencia de suma verosimilitud" -objetiva- citando a Walter, la que se debe llevar a cabo a través de las limitaciones propias del Estado de Derecho; y que la sana crítica racional sea el modo de legitimar el relato de los hechos como fundamentación que pueda ser controlada. Para la argumentación jurídica -pragmática-, dentro de las normas potestativas o facultativas, lo que hace a su validez es la controlabilidad o racionalidad de estas cadenas argumentales, y no que se adecuen a inexistentes formas sacramentales.

En primer lugar, cabe apuntar que el suceso histórico que es objeto de atribución a Morales, ha quedado demostrado en el grado de plausibilidad y congruencia que significa el concepto forense de verdad, es decir un proceso argumentativo racional sobre la base de reconstrucción de huellas o rastros con el prisma discursivo de las reglas de un derecho penal de ciudadanos.

Así pues, ha quedado plenamente acreditada la materialidad del hecho, esto es el Abuso Sexual Reiterado en Concurso real en la persona de Dalma Ayelén Sánchez.

Ahora bien, debe analizarse pormenorizadamente la prueba a fin de lograr dilucidar si resulta posible atribuir el hecho supra referenciado como probado, a una conducta desplegada por el encartado.

En este sentido, merituando el plexo probatorio antes reseñado, debo adelantar la respuesta concordante con lo sostenido por la parte acusatoria, contestando en forma positiva el interrogante respecto de la autoría responsable por parte de Morales.

Para llegar a la conclusión afirmativa en lo que se refiere al efectivo acaecimiento del suceso y su autoría por parte de Morales he de tener en cuenta en primer lugar el relato creíble y verosímil de la menor Dalma, mantenido en las distintas oportunidades, credibilidad que se manifiesta en los distintos informes de los profesionales intervinientes, y declaraciones que los mismos han brindado.

Obra a fs.59/60/vta., informe psicodiagnóstico de la menor Dalma Ayelén Sanchez; donde se hace referencia a que "Dalma es una nena, con un nivel de inteligencia y madurez visomotora apropiada y esperable para su edad y en comparación de los niños de su edad escolar. Con un buen funcionamiento de sus competencias cognitivas tales como razonamiento, memoria, atención. Posee además una frondosa fantasía pero es capaz de poder discernir entre lo que es real, de lo no real o fantaseado y la diferencia entre lo que es decir la verdad y decir mentiras y las consecuencias de esto último". Se presenta como prueba de fundamental rigor probatorio, lo referido en dicho informe respecto a que "En cuanto al relato de Dalma y teniendo en cuenta los criterios del CBCA

(Criterion Based Content Analysis) para evaluar las declaraciones de menores víctimas de agresión y/o abuso sexual, se puede inferir que el discurso de la nena sobre el episodio de abuso sexual padecido, es consistente y coherentemente organizado e integrado. Que los diferentes relatos, mantienen un curso lógico, consistente, e integrado. Así como también la sucesión espacio - temporal y el encaje de contenidos dan una base al relato, descartando que la misma haya sido inducida o que el hecho sea producto de su fantasía". Lo dicho reviste alto tenor en cuanto al rigor del análisis científico de las conclusiones.

Del informe se extrae que la menor no ha inventado el relato, y que la misma goza de pleno ejercicio de sus facultades mentales. En esto los profesionales actuantes en ningún momento ponen en duda la veracidad del relato de la menor víctima.

Luego de analizada la fuente de éstos actuados, es decir, el relato de la menor, que de acuerdo a lo dicho es plenamente válido, cabe adentrarnos en la reconstrucción de los hechos.

Es dable hacer mención a los dichos de las personas que comparten con la víctima su aprendizaje escolar, ya que las mismas refieren que la menor era buena alumna, y que, en fechas coincidentes con el acontecimiento de los hechos, la niña habría comenzado a variar su rendimiento escolar y comportamiento, mostrándose retraída. Es así como durante la audiencia de debate, la Sra. María José Gregorutti hizo alusión a que la menor tenía calificaciones que la habilitaban para ser portadora de la bandera nacional, y que luego la menor comenzó a descender en su rendimiento, sacando notas muy bajas, por lo que le fue vedada la posibilidad de acceder a la bandera. Asimismo, fue ella misma quien al notar este cambio en el rendimiento y comportamiento de la víctima, comenzó a preguntar sobre algo que hubiese podido estar sucediendo.

También la madre de la menor en el transcurso de la audiencia hizo referencia a que aproximadamente un mes antes de que Dalma contara lo que le sucedía, comenzó a orinarse en la cama, y a variar su comportamiento, se la notaba callada y distante.

A más de lo dicho, es relevante lo relatado por la madre de la víctima respecto a que, por los cambios en el comportamiento de ésta, en diversas oportunidades le preguntó a su hija si algo sucedía, más allá de no haber sospechado que era su tío quien habría abusado de su hija; aún así, a la misma le llamó la atención el mal trato que profería la víctima hacia el imputado de autos.

Es importante también, lo dicho a fs.62 por la psicóloga Sra. Mariela Nancy Gomez Darrichón, quien aportó un dato significativo en cuanto al nivel de temor que pudo haber provocado el imputado en la víctima, haciendo referencia a la muerte de tres perros de la menor. Resaltó la profesional que quizás el envenenamiento de los perros de la niña, pudo haber generado temor fundado en ésta, ya que siendo los patios de sus casas contiguos, la menor pudo haber tomado este envenenamiento de los perros como una demostración de Morales, de que podía verdaderamente, causarle un mal.

En igual sentido en relación a esto, la profesional Laura Garófalo refirió que la niña estaba angustiada y tenía miedo porque aparentemente este hombre le había matado los

perros, como a modo de amenaza, y esto era una forma de reafirmar su amenaza ya que él le había dicho que si contaba algo, iba a matar a su mamá (cfr.fs.70/71).

Confirmó la antes mencionada profesional (cfr. fs.62/vta), que la menor le confió que Morales eyaculaba en las manos de ésta, y le hacía limpiar ésto con un trapo, "como para aumentar la degradación".

Del croquis obrante a fs.120 se extrae cómo están distribuidas las viviendas, tanto de la víctima como del imputado, y la posibilidad de que el imputado acceda a la vivienda de la víctima sin mayores complicaciones, teniendo en cuenta además, que al tiempo del hecho, la madre de la menor y el encartado, gozaban de buen vínculo.

Aporta contundencia probatoria -reforzando el relato de la menor, y lo dicho por las profesionales-, lo narrado por la propia hermana de la víctima, Jesica Lorena Sanchez, quien a fs.127/vta., dijo que una vez estando en su hogar sintió olor a semen, lo cual le llamó la atención y la determinó a comentárselo a su madre, por lo cual la misma, buscó y encontró una bombacha de Dalma, que tenía semen. Al hallar esto, la madre de la menor le pregunto a Dalma si algo sucedía, pero ésta lo negó. La Srta. Sanchez Jesica Lorena mantuvo este relato durante la audiencia de debate, expresando conocer el olor por tener ella un hijo.

Puede extraerse de las fotocopias referentes al desempeño escolar de la menor, que la misma tuvo un rotundo descenso en el rendimiento, (cfr. fs. 165). Puede notarse como observación que "no cumple con la tarea cuando lleva a casa"; "le cuesta concentrarse"; "en éste trimestre su carpeta está bastante desprolija".

Estos datos coinciden con lo dicho por las personas que forman parte del entorno educativo de la víctima. Además, ha de ponerse de resalto, que los hechos atribuidos al imputado son datados aproximadamente en Julio de 2007, lo cual es plenamente coincidente con el tiempo en el cual se analizan las conductas y desempeño de los alumnos, para luego volcarlos en la ficha de seguimiento pedagógica. En esta ficha, se demarca como ha cambiado el rendimiento de la menor en las actividades escolares, y es cronológicamente coincidente con los acontecimientos que motivaron estos actuados. Lo que denota la coherencia, coincidencia y verosimilitud de los diversos relatos vertidos en la Audiencia de Debate respecto de los acontecimientos, ya sea por la menor víctima, como de las personas que tomaron conocimiento de los hechos.

Ha de tenerse en cuenta la prueba obrante a fs. 9, la que consiste en el acta nombrada por la testigo Gregorutti en su declaración en el debate. En el acto narrado en dicho acta, se encontraban presentes René Pogsia de Trevisan, Mabel M. Dreher de Erbes (directora del colegio) y la docente María José Gregorutti. Dicho acta contiene fecha 21 de Agosto de 2007, y en la misma se hace mención al cambio conductual de la alumna en el aula, remarcando el aislamiento y bajo rendimiento, y a que la niña narra en dicho acto que tiene un tío de apellido Morales, que le hace hacer cosas que no le gustaban. Se pone entre comillas que Dalma expresa: "me manosea, me exige que lo toque", describen que la niña dice que estando con los pantalones bajos, y el igual que los calzoncillos, además la

apoya, y no pudiendo aguantar más, la niña se larga a llorar. Es allí donde la menor expresa que la madre no tiene conocimiento de lo que narra, por lo que se procede a llamar a la madre de ésta a fin de anoticiarla de lo acontecido.

Ahora bien, atento al tiempo transcurrido desde los hechos, y el efectivo daño que esto ha ocasionado en la psiquis de la menor, ha de tenerse en cuenta que si bien la declaración en la audiencia de debate fue coherente y coincidente con las demás constancias de autos, ha de analizarse también lo dicho por ésta en la etapa de Instrucción.

Finalmente, lo antes dicho más lo expresado por la menor al momento de llevarse adelante la audiencia oral, nos lleva a concluir asertivamente en la fijación del "factum" de conformidad al relato de la víctima, pues como ya se ha dicho, ésta compareció a declarar brindando su versión de los hechos, expresando que al pasar esto, ella estaba sola en su casa, y antes de irse, su madre le había dejado el secarropas a Morales, quien empezó a golpear y le decía que le traía el secarropas, a lo que ella le dijo que lo dejara afuera y ella después lo entraba, empezó a hacer fuerza, y ella empezó a decirle que la suelte, cuando quiso gritar le tapó la boca, y ahí la llevó a la pieza de su hermana y la empezó a tocar, y la hizo tocarlo. Manifestó también que cuando Morales escuchó que alguien golpeaba la puerta, se fue por atrás del tapial, que no dijo nada porque él la amenazaba, que la tocó en la parte del pecho, señalando no solamente el pecho, a la altura de la bombacha, y le metía la mano adentro, ella estaba vestida, refiere que le metía la mano adentro del pantalón, y le decía "callate, callate, callate".

Hizo mención a otra oportunidad, en la casa de él; ella estaba en su casa, y él la llamó para adentro y ella sabía que algo le quería hacer, la llamaba, fue y ahí afuera se quedó, y como vio que no había nadie la agarró por la fuerza, y quiso salirse y no pudo, y luego pudo salirse, y ahí se quedó en su casa. Dijo que eso fue en la casa de él. Duró veinte o diez minutos, fue todo rápido. Relató la víctima que la primera vez, cuando estaba en su casa, le sacó la remera, y ella no quería, ella la bajaba pero él hacía fuerza, y ahí se la sacó y la empezó a tocar. Respecto de sus conocimientos sobre cuestiones sexuales -refirió que conoce lo que es la eyaculación- dijo que vio algo pero no sabía que era; vio algo que salió cuando estaba haciendo lo que relató, la segunda vez vio eso. Vio que largó como algo líquido de su miembro. Narró que le quedó un poquito en la remera de ese líquido, y la remera se la llevó él. No se manchó ningún otro lugar. Relató que no habló antes porque tenía miedo; que tenía miedo pero no quería contar porque Morales iba a hacerle algo a su madre. Narró que esto sucedió de mañana un día de semana. Ella ese día había faltado a la escuela, su mamá estaba en el hospital.

Así, a fs.31/33, la víctima brindó amplias referencias en cuanto a los hechos, teniendo en cuenta que la declaración de éstos fue apenas meses después de acontecidos los hechos; inmediatez que permitió -sin duda- a la víctima narrar con mayor claridad los hechos. En dicha declaración, la menor narró tres hechos claramente demarcados, haciendo mención a que el primero de ellos sucedió cuando ella se encontraba afuera de

su casa barriendo a la tarde. Dijo que su tío "Chochi", la llamó y le dijo que pasara a su casa, por lo que la menor accedió. Una vez dentro del hogar de Morales, éste le dijo que se siente, a lo que la niña respondió que no, porque debía seguir barriendo, pero posteriormente asintió, y fue allí que según la menor, su tío "Chochi" comenzó a tocarla, en las piernas, en la cola, refirió que se encontraba vestida, y que cuando la tocaba le preguntó si le gustaba, a lo que la niña contestó que no, para luego levantarse e irse para regresar a su hogar. Refirió que su madre le preguntó qué le pasaba cuando regresó a su hogar, a lo que la menor respondió que no le pasaba nada. En relación al segundo hecho atribuido a Morales, la damnificada refirió que pasados tres días del primer evento, ella se había quedado sola en su casa; su tío ingresó y empezó a pedirle que se baje los pantalones, la menor contestó que no, pero tuvo que acceder antes las amenazas de Morales respecto a que si no lo hacía, éste iba a matar a su mamá. Luego de oído esto, la menor se bajó los pantalones, y el imputado comenzó a tocarla "en la cola, adelante", luego la hizo ingresar al baño y le dijo "subite los pantalones", y una vez que la niña salió de allí, éste hombre había desaparecido.

Refirió en dicha declaración también, a un tercer hecho. En relación a éste dijo que pasados cuatro días del suceso anterior, su familia no estaba en su casa, y ella no tuvo clases ese día por lo que se quedó en su hogar. Morales tenía en su poder un secarropa propiedad de la Zulma Adriana Noriega, el que fue a devolver cuando la niña se encontraba sin compañía dentro de su casa. Ingresó al hogar y empezó a bajarle los pantalones y a tocarla en el pasillo de su casa. Indicó que se bajó también la bombacha que "tenía ese coso que largan ellos, líquido blanco". Dijo que la última vez el le dijo que le tocara "lo de adelante", los pantalones y los calzoncillos bajos, por lo que empezó a tocarle y ahí fue cuando se metió al baño.

No se trata -como expresa la defensa de Morales en su afán de minimizar la cargosa prueba, al poner énfasis en que no se debe dar crédito al relato por contradictorio; -lo que por cierto sería arrasar con el "status" de inocencia al dar por probado cualquier relato en tanto se trate de abusos sexuales- pero precisamente en autos de lo que se trata es de un relato absoluta y plenamente creíble, dicho con un lenguaje acorde a la edad, con las dificultades lógicas de dramática experiencia de la que fuera víctima. Por eso es perfectamente válido, como en el caso de autos, valorar la veracidad y verosimilitud del testimonio de la víctima, niña de muy corta edad al momento de los hechos -diez años- cuando sus relatos han sido merituados bajo el prisma de los avances de las ciencias sociales en el ámbito de los abusos infantiles, y con más razón cuando el relato inicialmente efectuado al grupo de maestras y la directora, se mantuvo en las entrevistas posteriores, -a las que necesariamente debió exponerse- con una expresividad propia de su corta edad; declaración que la misma menor ratificara en sus aspectos medulares en la propia audiencia de debate.

En relación a esto tengo en cuenta las explicaciones científicas del Profesor D. Facundo Manes, Presidente del Instituto INECO, Doctor en Psiquiatría, quien ha

realizado profundos estudios sobre el cerebro, la salud mental y traumas, tiene dicho en numerosas conferencias internacionales ante las mayores eminencias de ésta incumbencia, que "*...es la amígdala cerebral, la que recepciona, guarda lo más impactante, lo sustancial, el resto -el contexto- lo guarda el hipotálamo cerebral, en donde los detalles de ese contexto se van eliminando por la propia salud del órgano cerebral; ...que es normal que el recuerdo, expresado luego de un largo tiempo, no sea exactamente descripción de lo vivido y/o visto, sino tan solo lo medular; lo contrario sería un conocimiento aprehendido, estudiado.....carente de espontaneidad ...*" (extraído del Simposio Internacional de Neurociencias Cognitivas y Neuropsiquiatría, *El cerebro y sus particularidades - INECO*, Filmación y audio castellano / inglés en: <http://www.youtube.com/user/neurologiacognitiva#p/u/25/HPba8pFeYno>).

Obra además a fs.72/73, declaración de Josefa Rafaela Ríos -quien estuvo con la menor en carácter de cuidadora por designación del Consejo del Menor- quien señaló que notó que parecía que Dalma tenía miedo a salir a la calle, que siempre tenía que salir acompañada; agregando que cuando pasaban por la casa de Morales, Dalma se ponía al costado, del otro lado de la puerta.

Aporta aún mayor certeza a la conclusión afirmativa arribada, la declaración en Instrucción de la Sra. Mabel Mónica Dreher, directora del colegio de Dalma, (cfr. fs.37/38/vta.) refiriendo que el martes 21 de Agosto ella se encontraba en la escuela, cuando Gregorutti -maestra de Dalma- le dice lo que había sucedido, por lo cual hacen ingresar en Dirección a la menor, quien una vez allí relata que un señor de apellido Morales insistía en que le abriera la puerta de su casa, y le quería hacer cosas que no le gustaban, que la manoseaba, y que se bajaba los pantalones y se hacía tocar con la nena, insistiendo ella que no le gustaba que la hiciera hacer eso.

Por lo demás, respecto a la posibilidad de que el imputado haya podido estar a solas con la víctima -ya que el mismo trabaja de Inspector de Tránsito empleo que desempeña en horarios de 07:00 a 13:00 horas- obran a fs.150/151 informes de la Municipalidad de Diamante-; evaluando los mismos dan cuenta de la coincidencia en las fechas en las que Morales gozó de licencia en su trabajo, con los días en que Dalma no tuvo clases. Así, a fs.150, se indica que Morales gozó de licencia, entre otros, los días 13 de Junio y 25 de Julio de 2007, los cuales coinciden con los días en que Dalma no tuvo clases, por haber censo en la primer oportunidad, y por haber paro docente el día 25 de Julio de 2007. Estos datos dan cuenta de la plena coincidencia de los hechos relatados por la menor, aportando precisión efectiva de que el imputado haya podido encontrarse a solas con ella en esos días.

Es dable tener en cuenta también, dada la cercanía de los hogares de la víctima y del imputado, -tan solo medianera de por medio- la posibilidad de que el mismo haya podido acceder a ese lugar libremente y sin dificultad, ya que, además de gozar con la plena confianza de la madre de la niña y de su familia, el mismo conocía los movimientos de esa casa, por ende conocía cuando la menor estaba sin compañía; referencia a ello hicieron tanto la víctima, como su hermana y su madre al momento de prestar declaración en el

contradictorio oral.

Durante la audiencia de debate no compareció a declarar la testigo Silvia María Georgina Spessot, por lo que fuera introducida por lectura la declaración en Instrucción de esta profesional; donde mencionara que trató con la menor en el Área de la Niñez de la Municipalidad, que al entrevistarse con la niña, la vio en una crisis de llanto, lo cual la convenció de la verdad de su angustia ya que un menor no puede fingir así un llanto, señalando que se trataba de un llanto con angustia, con lágrimas detectándose un shock emocional, por cierto surge además que también a esta profesional Dalma le refirió los hechos en los términos que relatamos anteriormente; y llega a la conclusión de que la menor ha sido víctima de una situación de abuso sexual, basado en las entrevistas, los dibujos, y por algunas manifestaciones cotidianas de la menor.

Respecto de los testimonios aportados por quienes escucharon a la víctima en el momento en que ésta quebró en llanto y contó lo que le sucedía, debemos tener en cuenta que es sabido que ninguna prohibición existe para admitir y valorar el testimonio de quien escucha -percibe con sus sentidos- por ejemplo a una víctima que herida mortalmente señale a su heridor -"testimonio de oídas"-. De igual modo es perfectamente admisible que se construya la culpabilidad del imputado -en el caso tío, vecino contiguo, habitual visitante del domicilio de la menor- sobre la base del relato creíble de la misma, vertido primero ante la maestra y directora, y a su madre, así como también en diversas entrevistas con las profesionales Gomez Darrichón y Spessot, que marcan precisamente la falta total de fabulación, o algún atisbo de falsedad.

Los profesionales que han realizado las entrevistas a la menor Dalma no dejan dudas de la veracidad del relato de ésta; relato del que también este juzgador ha podido valerse, pudiendo apreciar plena credibilidad en sus dichos en debate; donde la niña se expresó con lenguaje propio de una persona de tan corta edad, siendo entendible que quien a tan corta edad sufriera tamaña experiencia, lo hiciera con cierto temor, introversión, reticente a explayarse, como queriendo salir rápido del momento en el que se encontraba, pero no por ello dejó de narrar lo medular de los hechos de los que fuera víctima.

Finalmente, de conformidad con las reglas de la sana crítica racional entiendo que los elementos de juicio reunidos son suficientes para arribar al convencimiento en grado de certeza absoluta, a los fines de la atribución de responsabilidad al encartado de autos.

Retomando el análisis de la versión del encartado, como ya se ha referido, en la primera oportunidad en que se le tomó declaración indagatoria, el imputado se abstuvo de declarar, no haciéndolo en su ampliación de indagatoria, y declaró en el debate desconociendo los motivos por los que se le imputa este hecho. Dijo que él fue su tío, ayudó en todo momento, cuando sus hermanos salían a la calle a pelearse con cuchillos, cuando los encontraba tomados en el centro los levantaba, la madre le decía que les cuide a las gurisas. Siempre tuvo buena relación con la familia. No sabe si será que tuvo un encontronazo con su hermano que tenía antecedentes, igual que la falta de papeles de la

moto, que no tenía papeles entonces le dijo que se la iba a tener que secuestrar, no entiende realmente que es lo que pasa. Incluso él ha hablado con el hermano mayor de ella, que no tiene problemas. La relación con el hermano mayor de ella es muy buena. Al ser preguntado por el Dr. Aiani si en algún momento realizó algún tipo de tocamientos en la menor Dalma Sanchez, el imputado respondió que no, que a Dalma no le gustaba que se metiera en la vida de sus hermanos, porque se enojaba cuando él opinaba de la mala junta de sus hermanos, nunca le gustó que él le contara a su madre lo que hacían sus hermanos. Como él cuidaba en los bailes, su tía le pedía que le cuide las gurisas, lo había tomado como padre de sus hijos. Dijo que no tiene trato con los menores salvo en el boliche cuando se cruzan ya que él trabaja de seguridad. Dijo que al momento del hecho vivía en Bº La Merced casa 23, al lado de la de Dalma, él vivía ahí porque tiene una hija que tenía convulsiones y esa casa era para venderla, él la utilizaba para ir a dormir nomás. En el momento era inspector municipal, es árbitro de fútbol, hace seguridad en boliches, casamientos, etc., entonces la casa estaba casi siempre sola, él la usaba sólo para bañarse. A veces venía su hijo que vive en Buenos Aires y se quedaba ahí. El resto del día estaba en la casa de su señora, que vive dos casas al costado, donde vive su señora y sus hijos. Respecto de la separación entre las casas, dijo que hay un tapial de material de dos metros aproximadamente. Dijo que la menor no ha estado en su domicilio, que si alguna vez fue a su casa, responde que la niña sola nunca fue, siempre fue con su madre. Dijo que para él a pesar de que él se separó de su mujer, ellos siguen siendo sus parientes.

Frente al cuadro cargoso concluyente, queda totalmente desmerecido el pretendido desconocimiento que el encartado intenta en su declaración, incluso con ribetes irrisorios, como que podría deberse a aquella situación de tránsito en moto sin papeles por parte de su hermano, sin por cierto aportar elemento de prueba, tan solo un intento sin resultado alguno.

Las testimoniales coinciden en la relación de los hechos, ya sea con anterioridad a que la niña haya contado ante la maestra, en cuanto a las conductas que hicieron al entorno de Dalma sospechar que algo le sucedía, como en relación a cómo sucedieron los hechos; comprendiendo también lo dicho por la madre y la hermana de la víctima en cuanto a aquel momento en el cual Jessica Sanchez siente olor a semen, y cuando ésta advierte a la misma de lo sucedido; siendo la madre de la menor quien relata en coincidencia con esto, el hecho de que una vez encontró el trapo con el que luego la niña dijo que su tío la hacía limpiar los restos de fluidos. Es así como todas las testimoniales brindadas aportan datos coincidentes y relevantes en cuanto a los hechos acontecidos. En tal sentido, y si bien la defensa intentó poner en duda la posibilidad cierta de detectar el olor a semen señalado en la audiencia, debo decir que es la sana crítica racional la que permite dar pleno crédito a que dicho olor pudo perfectamente ser detectado en el caso por ambas mujeres, madre con varios hijos, y su hija, que también es madre). Además, ha de valorarse el detalle de que los abusos habrían ocurrido en pleno invierno, siendo además que la casa se encontraba cerrada, lo que pudo facilitar la posibilidad de que dicho

olor haya podido perfectamente ser detectado.

Respecto de los testimonios brindados por Noriega Diego, Noriega María Mariela y Noriega Ramona Teresa, no he de realizar mayor análisis ya que todos ellos refirieron no tener trato con las partes, y desconocer datos, tanto respecto del hecho, como en relación al desempeño de la menor en la escuela, o movimientos de su entorno familiar. A más, he de tener en cuenta que la madre de la menor refirió a ésta circunstancia personal al decir que no tenía vínculo con su madre -la abuela de Dalma- ni con los demás familiares.

Así entonces debo indicar que ha de tenerse en cuenta que las probanzas aportadas a estos autos arrojan claridad respecto de cómo ocurrieron los acontecimientos que culminaron con el abusos sexual reiterado, que han permitido a este sentenciante alcanzar la certeza necesaria, quedando destruido el estado de inocencia de que venía gozando el imputado.

Así, el imputado -reitero- que en su declaración negó su responsabilidad por el hecho, no pudiendo evitar que la menor Dalma destruyera su alegada inocencia, al ratificar en lo medular su versión inicial, confirmándose contundentemente la versión de la víctima.

Finalmente hemos de señalar que el Sr. Defensor Dr. Aiani, efectuó un sagaz planteo, consistente en trasladar "*via arguendi*" la discusión epistemológica –en referencia a la Doctrina de los fundamentos y métodos del conocimiento científico- de los criterios de verdad en las ciencias sociales -las llamadas por Klimovsky "comprensivistas"-, a las probanzas arrimadas a esta causa, testimonios de las maestras, directora, de la madre, la hermana, la propia niña y de los profesionales que las entrevistaron, para enfatizar la alegada por él, una suerte de debilidad, en la merituación para la construcción de la culpabilidad penal.

Pese a lo ingenioso -por cierto- del recurso defensivo, el mismo no logra conmover los sólidos argumentos de la pieza acusatoria - que este juzgador comparte-, no sin antes desbrozar la cuestión epistemológica de lo estrictamente probatorio, es decir del relevamiento empírico probatorio y su adecuación como premisa fáctica a la hipótesis acusatoria.

Compartimos lo dicho por Jauchen, cuando afirma que "el estado de inocencia del imputado, como uno de los principios fundamentales que gobierna el proceso penal, trae necesariamente como derivación la exigencia para el órgano jurisdiccional de que para poder llegar a una conclusión condenatoria se haya obtenido el pleno convencimiento sobre los extremos de la acusación, con grado de certeza. De forma que la duda sobre alguno de esos extremos impone una decisión absolutoria que, con fuerza de cosa juzgada, mantenga aquel estado de inocencia que no ha podido ser desvirtuado" (JAUCHEN, E. Tratado de la Prueba en materia penal. Bs As, Rubinzal-Culzoni. 2006, p.44).

Así las cosas debe responderse afirmativamente a la primera cuestión. En suma, entiendo demostrado que el autor sometió durante el mes de Julio del año 2007

aproximadamente, a la menor Dalma Sanchez -hija de la hermana de su ex esposa- de 10 años de edad, a actos de abuso sexual consistentes en manoseos en partes pudendas y sometimiento de la misma a efectuarle a él tocamientos impúdicos en más de una oportunidad, en no menos de tres ocasiones, sin poderse precisar alguna otra ocasión que pudiera haber además ocurrido, contestando de este modo afirmativamente a la primer cuestión.

A LA SEGUNDA CUESTION, S.S., EL SR. JUEZ EN LO CORRECCIONAL Nº 2, DR. MALATESTA DIJO:

Que habiendo respondido afirmativamente a la primer cuestión, corresponde adentrarnos en la segunda.

Debo dar la razón al representante del Ministerio Fiscal en cuanto a que la calificación legal que correspondería a la conducta atribuida a Morales es la de Abuso Sexual Reiterado (tres hechos) en concurso real, Art. 119 y 55 CP.

Respecto de este delito enseña Donna que "De acuerdo a lo que se desprende del art. 119, primer párrafo del Código Penal, abusa sexualmente la persona que realiza actos corporales de tocamiento o acercamiento, de carácter sexual, con persona de uno u otro sexo, menor de 13 años o cuando mediare violencia, abuso coactivo o intimidatorio o una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechándose de que la víctima, por cualquier causa, no haya podido consentir libremente la acción." (Edgardo E. Donna. Delitos contra la integridad sexual. Rubinzal Culzoni., p.18).

Sobre el bien jurídico protegido, la conducta del encartado que hemos dado por probada, tiene la clara significación social, en términos de riesgos desaprobados jurídico penalmente, de la grave afectación a la autodeterminación de las personas en lo atinente a la sexualidad, bien jurídico éste que no ha variado con la reforma de la ley 25.087, es decir los antiguamente denominados "tocamientos inverecundos o de partes pudendas de la víctima". La modificación en la rúbrica del Título tercero, de la difusa y ambigua "honestidad", a la de "integridad sexual", debe interpretarse como protección de la autonomía en el trato sexual, tal como la doctrina y la jurisprudencia anterior habían sostenido, lo que se completaría con la protección "paternalista" -es decir por sobre el consentimiento real del sujeto pasivo- en aquellos casos de personas que se hallan en una situación de desigualdad o incompetencia (ej. menores, incapacitados para resistir, etc.).-

La idea de "Integridad sexual" transmite en mejor modo lo que la norma quiere mantener en vigencia como autodefinición social: que no se debe quebrantar la autodeterminación de las personas en lo atinente a la sexualidad, y que debe protegerse a los menores o incapacitados de resistir o de dar su consentimiento válido, en el caso de los primeros resguardando su futura incolumidad o libertad sexual. En estos últimos, el Orden jurídico centraliza los riesgos y prohíbe el trato sexual con ellos, sin que interese si hubo coacción o violencia. (confr.ya Sancinetti, M. en DP, año 1978 ed. Depalma).

Asimismo expresa Donna que, "El delito se consuma cuando el autor produce actos de tocamiento, ya sea sobre el cuerpo de la víctima, logrando que lo sean sobre el autor o

un tercero, o que el propio sujeto pasivo realice tocamientos en el cuerpo". (Edgardo E. Donna. Delitos contra la integridad sexual. Rubinzal Culzoni., p.37).

Expresa Gustavo A. Arocena que "La esencia de esta figura delictiva dolosa traduce, al igual que lo hacía el derogado abuso deshonesto que contemplaba el art.127 del Código, un atentado a la reserva sexual de la víctima, mediante el uso impúdico de su cuerpo sin la consumación o el intento de realizar el acceso carnal." (Gustavo A. Arocena. Delitos contra la integridad sexual. Ed. Advocatus, 2001., p.36).

Según el mismo autor, "La acción típica consiste en abusar sexualmente de otro, vale decir, en realizar tocamientos o contactos corporales el autor con la víctima, o ésta obligada por el autor con un tercero, no pudiendo cometerse a distancia ni de palabra (...) abusa sexualmente de otra persona, pues, quien usa el cuerpo de esta para actos de significado objetivo impúdico. Es decir, la interpretación de la conducta descripta como "abuso sexual", está determinada por la circunstancia de que el comportamiento del sujeto sea de carácter objetivamente sexual y, que el atentado se realice contra determinadas víctimas o valiéndose el autor de particulares medios comisivos".

Enseña Fontán Balestra que "Completan la definición del abuso sexual simple, la exigencia típica de que los actos de abuso sexual hayan sido llevados a cabo en determinadas circunstancias concomitantes que, si no están presentes, excluyen la existencia del delito. Ellas son los que menciona el primer párrafo del art.119 del Código y son comunes a ese delito, a la figura agravada, a la violación y al estupro. He aquí su enunciación: a) que la víctima sea persona de uno u otro sexo menor de trece años; b) que el hecho se cometiere mediante violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder; c) que el autor obrare aprovechándose de que la víctima, por cualquier causa, no haya podido consentir libremente la acción."

En el caso de autos el tipo objetivo estaría subsumido por la primera de las causales antes mencionadas, a saber: persona menor de trece años. En este tipo de configuración, refiere Gustavo A. Arocena, que el agente se desenvuelve con aprovechamiento de la edad de la víctima, quien aún no ha cumplido los trece años, pues ésta es reputada por la ley inepta por falta de madurez mental para entender el significado fisiológico y moral del acto. Se trata de falta de aptitud sexual en sentido cultural. Continúa expresando el autor que en estos casos la ley presume "*juris et de jure*" esta falta de capacidad por la edad (sin admitir prueba en contrario), por lo que se trata de un sujeto pasivo cuyo consentimiento es irrelevante. "No es que la ley presuma la falta de capacidad de consentimiento de la menor, sino que la presunción es sobre la validez del consentimiento jurídico; es como afirma Nuñez, una presunción basada en razones de cultura y no de aptitud sexual propiamente dicha" (Edgardo E. Donna. Delitos contra la integridad sexual. Ed. Rubinzal Culzoni., p.24). Por otro lado, el órgano judicial debe restringirse a acreditar la edad real del menor mediante los medios que estipula la ley a tales efectos, sin indagar acerca de si el autor contó o no con su consentimiento.

Ahora bien, de acuerdo al art. 34 de la Convención de los derechos del Niño, se

define el abuso infantil como "contacto e interacciones entre un niño y un adulto, cuando el adulto (agresor) usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño o a otra persona. El abuso sexual puede ser cometido también por una persona menor de 18 años, cuando ésta es significativamente mayor que la víctima o cuando el agresor está en posición de poder o control sobre otro"(Nacional Center of Child Abuse and Neglect, 1978).

La licenciada Mariela Zanetta Magi en su trabajo sobre: "La Cámara Gesell en la investigación de delitos sexuales", refiere que los actos que ejercen los abusadores son percibidos por sus víctimas en primer término como estímulos internos intrusivos sobre su cuerpo y su mente. Ya en un segundo momento se produce en ellos una respuesta en forma de reacción pulsional de manera que la misma no logre ser discriminada. Se trata entonces de un sometimiento corporal al que se le suma la exigencia de silencio –muchas veces mediante amenazas de malos peores e incluso la muerte de la propia víctima o de su entorno familiar– que implica complicidad entre el abusador y contradice los mandatos de la cultura.

Refieren especialistas como la Licenciada Sonia Cesio que "a corto plazo se pueden destacar, consecuencias físicas como pesadillas y problemas de sueño, cambios de hábitos de comida, pérdida de control de esfínteres. Conductuales tales como conductas autolesivas o suicidas, hiperactividad, bajada de rendimiento académico, fugas, consumo de alcohol y drogas. Emocionales, como miedo generalizado, agresividad, culpa y vergüenza, aislamiento, ansiedad, depresión, baja estima, rechazo al propio cuerpo. Sexuales, conocimiento sexual precoz e impropio de su edad, masturbación compulsiva, exhibicionismo, problemas de identidad sexual y sociales, tales como déficit en habilidades sociales, retraimiento social, conductas antisociales". (Colección jurisprudencial. Tomo 111. Editos – Director Gustavo L. Caviglia. Ed. Zeus. Septiembre-Diciembre 2009., p.169).

La víctima infantil es básicamente, una víctima vulnerable, en tanto no puede percibir el peligro de la agresión ni tiene posibilidades de reacción y defensa frente al delito y al agresor. A su vez, este cuadro se torna más dramático cuando el ámbito en el que victimiza al menor es el intrafamiliar. Ello así porque se trata de delitos cometidos normalmente por quien ostenta el rol dominante dentro del grupo familiar, y a su vez, quien aporta lo necesario para la subsistencia de sus miembros, incluida la propia víctima. A su vez, generalmente rodea al hecho un halo de hermetismo, de tabú, de algo de lo que resulta inconveniente hablar, impidiendo que el hecho trascienda, lo que determina no pocas veces su prolongación en un lapso de tiempo más o menos extenso, haciendo de tal manera más intenso el padecimiento. Finalmente, debe añadirse que el transcurso del tiempo es interpretado en el sentido de restarle credibilidad al relato de la víctima, cerrando aún más el círculo vicioso que la envuelve, sin tener en cuenta que muchas veces, dicha postergación obedece a las particulares características de la situación ofensiva". (Grisetti, Ricardo; Kamadam, Luis E.; Parera Gaviña, Ignacio, "Los derecho del menos

víctima en el proceso penal. Necesidad de su regulación legal". Revista Nova tesis, dirigida por los Dres. Carlos Gherzi – Celia Weingarten, Abril 2006 III".

En relación al relato del menor víctima del delito de abuso sexual, se ha dicho que "varios son los factores que suscitan la problemática que nos convoca: a) La obtención de los dichos del menor víctima de abuso suele ser fundamental para la comprobación del delito y la individualización de sus autores, cómplices o auxiliadores; b) La obtención de los dichos del menor es una tarea no exenta de dificultades, debido a las inhibiciones que suelen tener los menores víctimas de abuso para hablar de sus vivencias, los típicos "bloqueos" de memoria o lagunas mentales que provoca el episodio que les ha tocado vivir y la coacción de que suelen ser objeto por parte de los abusadores; c) La tarea de obtener los dichos del menor implica para él revivir de alguna manera los hechos que lo tuvieron como víctima, lo que genera el riesgo de un daño adicional, conocido por la literatura especializada como victimización secundaria o "revictimización", paradójicamente provocada por el proceso que procura indagar lo sucedido para verificar si corresponde castigo del culpable, donde, además del temor a posibles represalias por parte del abusador, debe someterse al interrogatorio de la defensa; d) Los menores suelen ser susceptibles a la sugestión o a la manipulación por parte de los mayores (sus padres o la misma policía), lo cual genera el riesgo de "contaminación" de sus dichos y de consiguientes acusaciones falsas." (La prueba en el proceso Penal. En revista de Derecho Procesal Penal. 2009/2010. Dirigido por Edgardo Alberto Donna. ,p.229).-

La palabra de quien ha sido víctima directa del delito es hoy una prueba de gran valor en el proceso penal, sobre todo en casos como los que nos ocupan donde, como es sabido, el autor suele procurar la ausencia de testigos del hecho y de personas que puedan obstruir el proceso de abuso. Ahora bien, esto no significa que la declaración de la menor cobre mayor valor probatorio en este tipo de casos – que seguirá siendo el mismo existan o no otras pruebas- ni que en estos casos la sola declaración autorice una condena inaceptable en otros, sino que seguramente no podremos prescindir de ella ante la ausencia de otras pruebas. En otros términos, no será más relevante o dirimente como prueba de cargo porque sea la única sino que será imprescindible su utilización en ausencia de otras pruebas. La presencia de otras pruebas puede, desde luego, restar centralidad a la declaración de un menor o hacer que ésta sea meramente coadyuvante a la comprobación del delito. *Pero su ausencia la torna imprescindible.* (La prueba en el proceso Penal. En revista de Derecho Procesal Penal. 2009/2010. Dirigido por Edgardo Alberto Donna.,p.230).

No se evidencian en autos causales de justificación ni exculpación, no siendo tampoco alegadas por las partes, siendo además que según los informes obrantes en la causa, el encartado es normal en el desarrollo de sus facultades mentales por lo que pudo conocer la criminalidad de la conducta que se encontraba desplegando y no obstante continuó con la misma, siéndole por ello reprochable penalmente.

Por todo ello debe declararse a Morales autor material y responsable del delito de

Abuso Sexual reiterado (tres hechos) en concurso real.

A LA TERCER CUESTION, S.S., EL SR. JUEZ EN LO CORRECCIONAL N°2, DR. MALATESTA DIJO:

Que habiendo contestado afirmativamente las anteriores cuestiones corresponde merituar la pena a aplicar.

La conminación de penas no puede prescindir del criterio de responsabilidad por culpabilidad, ni puede estar desvinculada de fines preventivos, pues se debilitaría la confianza en el orden jurídico. Por ello no cabe acudir a la imposición de penas solo con fines de intimidación, o cuando no fuere justificada, pues si ella excede la necesidad de retribución impide la otra función que debe cumplir la prevención general, la afirmación del orden jurídico en la conciencia colectiva (Mir Puig, Problemática de la pena y seguridad ciudadana, cit. por García, Luis, Reincidencia y punibilidad. Astrea, 2005, p. 82/83). Un reproche injustificado no puede servir para fundamentar la fidelidad al sistema, no estimula una actitud de adecuación social a las normas jurídicas y de allí que debe aparecer legitimado en la culpabilidad (García, op. cit., p. 74/75).

Que a los fines de graduar la sanción a imponer, en plena coincidencia con la Fiscalía de Cámara, hemos de merituar la gravedad de injusto de la tipicidad por la que ahora procede la condena, el abuso sexual del art.119 CP, (tres hechos) -reiterado- teniendo como elemento agravante dentro de las pautas judiciales de determinación, el parentesco del autor con la víctima, que si bien no alcanza a las calificantes del último párrafo del art.119 del Código Penal, sin lugar a dudas influyó en la confianza de la misma al concurrir Morales -como surgiera del debate- en forma habitual a primera hora de la mañana al domicilio de la víctima, permitiéndose -el mismo- el ingreso al dormitorio de dos de las hermanas en más de una oportunidad para mirarlas según les decía, -dicho en debate por la hermana de Dalma- al describir el grado de confianza que había con Morales, y además -por cierto no menor- el severo conflicto emocional ocasionado con la agresión sexual, que se refleja en los informes psicológicos realizados sobre la menor.

Obra en cambio como atenuante en favor del encartado, su ausencia de antecedentes, el hecho de que se trata de un padre de familia con seis hijos, quien posee un trabajo estable con el que mantiene a esa numerosa familia.

Para graduar la sanción a imponer he de tener en cuenta al igual que lo señalado por el Dr. Cotorruelo al momento de acusar, que los actos se realizaron sobre una víctima de diez años de edad, - lo que no significa vulnerar la prohibición de doble valoración- ya que las razones de prevención general fijadas por el legislador dejan al intérprete la facultad de evaluar la mayor o menor indefensión de la víctima o el mayor daño potencial.

En base a ello, considero justo imponer la pena solicitada por la Fiscalía de Cámara, es decir de 4 años y seis meses de prisión y accesorias legales.

En cuanto a las costas deben declararse a cargo del encartado, debiendo oportunamente levantar la Inhibición General de Bienes que pesa a su respecto.

Por lo dispuesto, oídos el Ministerio Público Fiscal y la Defensa, dicto la siguiente;

SENTENCIA:

I- NO HACER LUGAR a la solicitud de Suspensión del Juicio a Prueba formulada por el Sr. Defensor en favor de su defendido, por las razones expuestas.

II- DECLARAR a **DANIEL FELIPE MORALES**, ya filiado en autos, **AUTOR** penalmente responsable del delito de **ABUSO SEXUAL SIMPLE REITERADO (tres hechos) EN CONCURSO REAL**, art. 119 1er. párr. y 55 C.P. y en consecuencia **CONDENARLO** la pena de **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN** con **ACCESORIAS LEGALES** y **COSTAS**.

III- LEVANTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES que pesan sobre el encartado.

IV- REGULAR LOS HONORARIOS PROFESIONALES del Dr. Javier Aiani por su actuación en autos en la suma de Pesos Ocho Mil Ochocientos (\$8800), los cuales se declaran a cargo de su defendido, art.97 incs.1º, 2º apartados c), d), e) y 3º de la Ley 7046.

V- PROTOCOLICÉSE, REGISTRESE, COMUNIQUESE, y CÚMPLASE.-

Fdo.: Daniel Julián Malatesta, Juez Correccional N° 2. Ante mi: María Cecilia Sposito, Secretaria (Supl). Es copia fiel de su original. Doy fe.-