

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los catorce días del mes de noviembre del año dos mil diecisiete, se reunieron los Sres. Vocales de la Cámara de Casación de Paraná, a los fines de deliberar y dictar sentencia en la causa N° 637/16, caratulada "VAZQUEZ, Carlos Rubén - Abuso sexual S/ RECURSO DE CASACIÓN".

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: Doctores Hugo PEROTTI, Marcela DAVITE y Marcela BADANO.-
1- Por sentencia de fecha 01/06/2016, emitida por los Dres. Alberto FUNES PALACIOS, Martín F. CARBONELL y Carolina LOPEZ BERNIS se resolvió "...DECLARAR a CARLOS RUBEN VAZQUEZ, AUTOR MATERIAL Y PENALMENTE RESPONSABLE del delito de ABUSO SEXUAL REITERADO EN MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO (DOS HECHOS- Hechos uno y tres) EN CONCURSO REAL y en consecuencia, CONDENARLO a la PENA de TRES AÑOS de PRISIÓN de EJECUCIÓN CONDICIONAL (cfr. arts.26, 40,41,42,45,55 y 119 del C.P. y arts.452, 456 y 481 del CPP). ABSOLVER de CULPA y CARGO a CARLOS RUBEN VAZQUEZ, por el delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE (Hecho dos) arts.119 primer párrafo del Código Penal...".

2- Recurrieron en Casación el Fiscal Dr. Maximiliano LAROCCA REES, el Querellante Particular Dr. Ignacio DOUBELL y el Defensor Oficial Dr. Jorge TITO.-

2a- El Dr. LAROCCA REES cuestionó la pena impuesta, entendiendo que no se ajusta ni fáctica, ni jurídicamente a los antecedentes del caso ni a la ley de fondo, siendo excesivamente baja, y alejada de parámetros ordenados y predispuestos en la legislación. Así, cuestionó la violación a lo dispuesto por el Art. 55 del CP, y la incorrecta aplicación del instituto del delito continuado, no dando la Cámara los fundamentos para considerar a los hechos dependientes entre sí, y afirmando que se dan los requisitos del mismo sin dar explicación, habiéndose modificado en forma arbitraria e ilegal las escalas penales. Se efectuó un doble esfuerzo, por parte del a quo para aplicar el Art. 26 del CP, intentando, por un lado, calificar los hechos como únicamente dos (continuados), generando una baja del máximo, y por el otro, imponer poco más del 30 por ciento del máximo del delito que la Sala reconoce haberse cometido. Agregó que nunca fue acusado por delito continuado y que el Tribunal no demostró que se cumplimenten los requisitos para la aplicación de tal figura, que constituye una merma en la pena aplicable.-

Entendió que, siendo el delito continuado una creación jurisprudencial y doctrinaria, su aplicación debe ser excepcional, siendo la regla, la aplicación del concurso real del Art. 55. Tampoco vio reflejado en la pena, el grado del injusto.-

También entendió que se violentaron los Arts. 40 y 41 del CP, siendo irrisorio el monto de pena asignado al condenado. Así consideró erróneo que se tome como atenuante la elongación del proceso, cuando el encartado fue sometido a proceso en el 2014, habiéndose dictado sentencia en junio de 2016. También se tomó como atenuante la "no" miseria del mismo, lo que en realidad debió tomarse como agravante. Citó los autos AGUIRRE (13/10/2015) de esta Cámara, en cuanto a sus postulados en relación a la pena. Expresó que no se cumplimentan los objetivos preventivo-generales y especiales.-

Asimismo no se tuvieron en cuenta agravantes, como los daños que se generaron en las víctimas, ordenando el Tribunal tratamiento psicológico, pero no teniendo en cuenta tal circunstancia para

cuantificar la pena, por lo que existe una gran contradicción por parte del a quo. Tampoco se tuvo en cuenta que el imputado aprovechó su relación directa con L., y su situación de vulnerabilidad, como niña, para cometer el hecho. Aún más, no se tuvo en cuenta realmente la culpabilidad del autor, ni su falta de arrepentimiento. También se violentó lo dispuesto en el Art. 26 CP, siendo inaplicable al caso, no habiendo en la sentencia, fundamento alguno que amerite la aplicación de este instituto, siendo su aplicación excepcional, por lo que resulta nula su determinación. Agregó que nos encontramos ante un claro ejemplo de violencia de género, y así lo entendió el Tribunal al ordenar se envíe copia al REJUCAV.-

Solicitó se aplique la pena de 7 años y 6 meses de prisión efectiva, mediante reenvío o en su defecto, se tome contacto con el imputado en audiencia a dichos efectos. Hizo reserva del caso federal.-
2b- A su turno el Dr. DOUBELL escindió en tres los agravios contra la sentencia en cuanto a que:
1) Descartó el encuadre típico de amenazas coactivas y calificó los hechos que damnificaron a C.T. como abuso sexual simple, bajo modalidad de delito continuado: entendiendo que debió encuadrarse dentro de la coacción, las frases proferidas por el imputado, habiendo considerado que las mismas carecían de idoneidad para adquirir entidad jurídica. Entendió que la coacción no resulta medio comisivo del abuso, sino que se dirigió a otro fin, esto es evitar que la víctima comunicara lo sucedido a sus padres. Al igual que el Fiscal, entendió que no existe delito continuado, siendo los dos hechos, escindibles entre sí, no habiéndose respetado las reglas concursales, debiendo aplicarse el Art. 55 CP.-

2) Condenó a Carlos Ruben VAZQUEZ a la pena de 3 años de prisión en suspenso: entendió que aún basándonos en el encuadre típico efectuado por el Tribunal de Juicio, el monto de la pena impuesta y la forma de cumplimiento escogida resultan insuficientes frente a la gravedad de los hechos cuya autoría se atribuyó a Vazquez. En el mismo sentido, se aprecian considerables defectos de fundamentación. El a quo fue limitado al considerar las agravantes, no se hizo referencia a las características de las víctimas y particularidades del caso, habiendo existido un desprecio total de la norma y del bien jurídico tutelado. Tampoco se efectuó una evaluación seria de la extensión del daño que causó, haciendo relación a las huellas psicológicas provocadas. Tampoco se tuvo en cuenta la reiteración como agravante, siendo que los entendió como continuados, obvió considerar ese aspecto como agravante. En cuanto a la atenuantes, al igual que el Dr. LARocca REES, expresó que es erróneo el lapso de 4 años consignado, tomando como inicio la denuncia, cuando en realidad VAZQUEZ, tomó conocimiento de la causa el 22/06/2014. Tampoco se brindó una explicación suficiente en cuanto a la aplicación de condena condicional, todo lo cual, ubica lo decidido respecto a la cuantía y modalidad en el campo de la arbitrariedad. Tampoco se cumplimentan los objetivos preventivo generales y especiales, y en cuanto a la modalidad de la pena, no habiendo oficial de prueba en Chajarí el control, se limita en firmar una constancia ante el Juzgado de Paz. Agregó que nos encontramos ante una cuestión de género y que así lo entendió el Tribunal. Expresó que deben aplicarse 7 años de prisión.-

3) Eximió de costas al condenado: la decisión resulta desacertada en cuanto los Arts. 584 y 585 CPP no establecen ningún tipo de exención como la resuelta por el Tribunal, pues la norma únicamente la permite en forma total o parcial cuando hubiera razones plausibles para litigar. Además, el apartamiento de la regla (imposición al vencido) debe ser debidamente fundada, lo que no ha ocurrido en este caso.

Solicitó que se reproduzca el DVD de Cámara Gesell a efecto de evitar la revictimización y se convoque al acusado para tomar contacto directo o bien se anule lo resuelto respecto a la pena y se reenvíe. Solicitó regulación de honorarios.

2c- Finalmente el Dr. TITO alegó violación del in dubio pro reo, basándose en que no se determinaron temporalmente los hechos, refiriendo la menor a días en que no se encontraban ni siquiera cerca del lugar donde la acusación ubica el hecho y la manipulación que se ha hecho de la menor víctima, desechándose, casi por completo el informe del Lic. Adrian NOVKOVIC. Refirió a lo dictaminado por los Lic. GRUBERT y NOVKOVIC, expresando éste último, en relación a la menor C.T., que su relato posee fallas en su estructura lógica, lo que reduce la credibilidad de su declaración. En similar sentido GRUBERT expresó que el relato mostró influencia directa de adultos, identificándose con lo que le ocurriera a su madre (quién padeció un hecho de similares características, a la misma edad que C.), restándole credibilidad de manera significativa. El Tribunal pretendió llenar la orfandad probatoria con testigos de oídas, mediante un razonamiento caprichoso, destacando el interrogatorio extra-procesal hecho por los padres. Criticó que se hayan dejado de lado los informes técnicos periciales, efectuando un análisis parcial y sesgado del plexo probatorio. También se agravió respecto de la determinación de la pena, entendiendo que luego de revocarse la condena en el caso de C.T., cesará el concurso real, en el que se ha hecho incurrir a VAZQUEZ y es entonces que la Alzada deberá ubicar la pena entre los parámetros del 119 CP primer párrafo, solicitando atento las atenuantes ya avizoradas por el a quo, en el primer tercio de la escala penal y de cumplimiento condicional. Interesó que sea de cumplimiento condicional, a los fines de poder evitar la prolongación innecesaria de los nocivos efectos familiares, sociales y económico que podría traer aparejado su cumplimiento efectivo. Solicitó la nulidad de la sentencia recurrida y reenvío. En subsidio, se haga lugar a la reducción de pena interesada debiendo en todo caso ser de ejecución condicional.

3- En la audiencia fijada oportunamente, intervinieron las siguientes partes: el Dr. Ignacio DOUBELL, la Dra. Matilde FEDERIK y la Dra. Lucrecia SABELLA.-

3a- El Dr. IGNACIO DOUBELL planteó una cuestión previa de admisibilidad, solicitando que se declare mal concedido el recurso de la Defensa. Ya puntualmente, refiriéndose a los agravios expresó, que el Tribunal de Juicio descartó el delito de coacción por entender que la amenaza no tenía entidad suficiente para configurar el tipo. La coacción no fue utilizada como medio comisivo para el abuso sino que tuvo una finalidad ulterior que fue callar a la víctima. En cuanto a la calificación, se descartó el concurso real, encuadrándolo en el delito continuado. Esta creación del delito continuado no tiene anclaje normativo en nuestra legislación y resulta claro de la prueba que tanto como dijo la menor en la Cámara Gesell como quienes la oyeron señalaron abuso en dos oportunidades previas al 21 de junio de 2014 con lo cual no hay una indeterminación temporal sobre la cantidad de hechos como para aplicar la figura del delito continuado. Se toma este instituto para evitar una punición ex ante o pena desproporcionada, situaciones indeterminadas a lo largo de los años pero no es el caso de autos, por lo que corresponde aplicar las reglas del Concurso Real.- En relación a la mensuración de la pena, expresó que la sentencia hizo un análisis escueto de las cuestiones que deben justificar la proporción de la pena, no se valoraron debidamente las circunstancias del caso, son hechos reiterados, no en cada víctima sino en varias también. Otra cuestión que no consideraron es que el imputado en una actitud vil utilizó a sus propias hijas para

captar menores e introducirlas en su domicilio para cometer los hechos. Refirió a la extensión del daño, y a lo expresado por la Lic. LADERACH que atendió a C. el día de la denuncia y dijo que estaba angustiada, lloraba, no quería ir a la escuela, tenía miedo, quería dormir en lo de su abuela. La Lic. TORRES también trató a la menor y dijo que tenía mucha dificultad para ir a la escuela, relacionarse con sus padres y retroceso en control de esfínteres. Problemas escolares también corroborados por la directora del Instituto María Auxiliadora. Entendió que hubo errores en las atenuantes. Finalmente entiende que la condicionalidad de la pena de tres años no es fundada teniendo en cuenta que la condicionalidad es la expresión y la regla la pena y debió haber fundamentación y esto se omitió. Hizo alusiones a la prevención general y especial. Con relación a las costas criticó la eximición por haber sido asistido por la Defensa Pública y no está establecida en la norma sino sólo para cuando hubo razones plausibles para litigar y la justificación de la Defensa Pública no está amparada por la normativa.- Solicitó que se haga lugar al recurso y case la sentencia en los términos recurridos.-

3b- La Dra. Matilde FEDERIK mantuvo los fundamentos del recurso y agregó que los agravios de la Fiscalía son muy similares a los de la querrela. Entendió que la forma en que la sentencia construyó la materialidad y autoría de Vázquez es una construcción lógica y que se condice con la prueba rendida en el debate. Consideró que existe un error dogmático en la forma que se determinó la pena en esta causa y que es tratar como delito continuado a un hecho que no está habilitado a ser considerado como tal, es una construcción que admite una variación gradual que no es el caso de la libertad sexual. Citó los fallos "MACHADO" y "CORONEL" (mayo 2015) entendiendo que el delito continuado no se puede aplicar a delitos contra la integridad sexual porque cada hecho implicó una violación de la norma y por eso corresponde concursar los realmente. El segundo error fue la inconsecuencia de la sentencia, tratando de delito continuado no se entiende por qué no agrava el injusto, no hay párrafo alguno en que haga esta valoración, y hubo un esfuerzo argumental para llegar a una determinación de una pena condicional en un caso como este. La condicionalidad es una excepción de la pena, es una habilitación que da el legislador al juez bajo determinadas circunstancias. Esta pena no es la adecuada a la culpabilidad del caso. Criticó que se tomó como atenuante el paso del tiempo y la no miseria del imputado, considerando que la única atenuante es la falta de antecedentes. La pena no se adecua a la culpabilidad, máxime cuando el recurso de VÁZQUEZ se circunscribe a C. no así a L.. Solicitó la casación de la sentencia en los términos requerido por el Dr. LAROCCA, por calificación legal y determinación de la pena.-

3c- A su turno la Dra. Lucrecia SABELLA refirió que existe una acordada de septiembre de 2014 que no recuerda el número que el STJ establece la aplicación de toda la normativa del nuevo código para las jurisdicciones que empezaron el 22 de septiembre de 2014 y establece la excepción de que la norma sea más beneficiosa para el imputado. En relación a la coacción como agravio de la querrela afirmó que esas amenazas si existieron no amedrentaron, como dice el sentenciante basándose en que la niña pese a no existir una autoridad u obligación de ir a la casa su amiga reitera la visita y se repite el hecho. Reiteró que el Tribunal de mérito citó doctrina y jurisprudencia, que más allá que se comparta o no, se avizora un simple disconformismo en la acusadora pero no una crítica seria y fundada a la sentencia. Respecto a la pena si bien entiende que el Sr. VÁZQUEZ debió ser absuelto por este hecho, no le parece para nada que tres años sean muy poco tiempo. Expresó que tanto el Querellante como la Fiscalía se quejan de la condicionalidad, ellos no creen que sea una excepcionalidad, el Art. 26 del CP establece la facultad de los jueces de que en caso de

ser una primera condena sea condicional; esa facultad no deja de ser un derecho del imputado a tener una condena condicional máxime en casos como el que nos ocupa en que el Juez se encargó de establecer una serie de normas de conducta que no son pocas y por el término de la condena. Citó jurisprudencia donde el STJ estableció las consignas a tener en cuenta para considerar que hay violencia de género y fundamentalmente remarca que nunca estas normas pueden vulnerar derechos humanos del imputado o de cualquier otra persona afectada. Mantuvo el recurso interpuesto por TITO, aclarando que los agravios se centran en el hecho mencionado como tercero que fue en perjuicio de C.T., el primero está asumido por la Defensa. VÁZQUEZ debió ser absuelto por este hecho y eso implica una significación en el quantum punitivo. La defensa entiende que el sentenciante llegó a una conclusión falsa que se aleja del material probatorio que existe y con eso violentó las normas del debido proceso, defensa en juicio e in dubio pro reo. Centra los agravios en la ubicación temporal, resultó ser que esos hechos habían ocurrido tres y dos días antes a la denuncia y surge de la misma declaración de la denunciante que esos días C. no estuvo en la casa del imputado ni en cercanías. Entendió que el Tribunal ha desechado los informes de Cámara Gesell. Refirió a los informes de NOVKOVIC y GRUBERT y expresó que se debe anular la sentencia parcialmente, en cuanto la condena de C.T. por este hecho absolución y en consecuencia modificar el quantum punitivo.-

3d- Otorgada la palabra al Dr. Ignacio DOUBELL a efecto de que conteste los agravios expresados por la Defensa, manifestó que en cuanto al día del hecho, la valoración que hizo el Tribunal fue correcta, la víctima estaba bajo estrés y tenía ocho años, no se le puede exigir fechas. La duda sobre la materialidad haciendo alusión a una serie de contradicciones o manipulación como primer punto hay que considerar que el núcleo de lo que la menor relata se reiteró en distintos ámbitos. El estado psíquico en distintos estadios fue valorado correctamente por el Tribunal que son compatibles con lo que la menor cuenta. Los padres mencionaron un decaimiento de la menor previo al juicio y el estado de crisis y llanto al revelar el hecho y también en el hospital al examen ginecológico y tanto los padres como la médica de policía refiere al estado de crisis, que no quería varones que la atendieran y el estadio posterior también es conteste con el cuadro que la menor presentaba en cuanto al decaimiento angustia y problemas en la escuela que fueron relatados por los padres, directora de la escuela y las licenciadas que intervinieron. La Lic. TORRES la siguió atendiendo y refirió dificultades en la escuela y que no detectó fabulación. NOVKOVIC se equivocó desgraciadamente y no lo reconoció en el juicio. Evidentemente se tomó mal que el padre de C. le haya ido a hablar para que adelante la Cámara Gesell y esto fue porque la menor estaba en un estado de crisis total que le impidió ir a la escuela. Tenía un trauma real la menor y se le preguntó si podía ser asimilado por influencias de terceras personas y dijo que no, que eso es algo que le concierne a ella misma, no puede ser asimilado por un tercero. El único hecho traumático en la vida de C.T. según dicen todos los testigos es el abuso sexual que sufrió por parte del Sr. VÁZQUEZ. La víctima no puede fingir el estrés o la falta de control de esfínteres, tampoco hay motivación para inventar todo esto. NOVKOVIC se equivocó y esto no alcanza para generar una duda como la que refiere la Defensa y tampoco se explica cómo dos menores que no son vecinas ni parientes relatan un hecho prácticamente igual. Solicitó se rechace el recurso de la Defensa.-

3e- A su turno la Dra. FEDERIK expresó que debe rechazarse el recurso entendiendo que la sentencia condenatoria se basó en un contexto probatorio que no es solamente la Cámara Gesell. No se advierte arbitrariedad ni fundamentación aparente ni menos un supuesto de in dubio pro reo. Se

encuentra probado por el relato de las niñas y por las corroboraciones periféricas. En cuanto a la credibilidad del relato de C. quedó claro que la apoyan en la versión primigenia que da la niña, cuando es atendida en el hospital, en esa oportunidad a cinco personas independientes distintas de sus papás, C. les relató el hecho y estas cinco describen un estado de la niña que difícilmente pueda considerarse con la teatralidad. No hay nada en la vida de C. que explique el estrés. Los padres perjudicaron el relato de la niña interviniendo –cuando habla en plural y demás- pero esto no implica quitarle credibilidad porque el relato se valida con el resto de la prueba que se produjo en el debate. La forma que está construida la materialidad resulta suficiente para dar basamento al estado de certeza que exige una condena como la que impuso el Tribunal a VÁZQUEZ y por eso solicitó el rechazo de la sentencia .-

4- En la deliberación (Art. 517 CPP) se planteó lo siguiente: A las cuestiones articuladas ¿qué corresponde resolver?, y ¿qué sobre las costas del proceso?

El Dr. HUGO DANIEL PEROTTI dijo:

A- En los párrafos precedentes he efectuado una reseña de las posturas que las distintas partes mantuvieron al presentar los pertinentes recursos de casación; en ellos, tanto el Ministerio Público Fiscal como el Querellante Particular y la Defensa cuestionaron el pronunciamiento sentencial glosado a fs. 186/236, el cual fuera dictado por el Tribunal de Juicios de la Jurisdicción Concordia (teniendo al Dr. FUNES PALACIOS como Vocal de primer voto, y a los Dres. CARBONELL y LOPEZ BERNIS como Vocales que adhirieron -sin reservas- a las conclusiones arribadas por el Magistrado citado en primer término).-

Cabe ahora estudiar la sentencia que vino en crisis a esta instancia revisora, para verificar si los fundamentos explicitados por el sentenciante son razonables y ajustados a Derecho, y determinar así si nos encontramos ante una legítima decisión condenatoria.-

Previamente, estimo conveniente recordar cuáles fueron los hechos que se le endilgaron al imputado VAZQUEZ, con la aclaración que haré una síntesis (no textual) de la imputación formal oportunamente comunicada al imputado. Así, se le adscribió al nombrado VAZQUEZ la comisión de TRES conductas delictivas, consistentes en tocamientos abusivos en perjuicio de la menor L.M.B., durante el transcurso del año 2.011, en tres oportunidades, en tres días seguidos (Hecho 1º); un tocamiento abusivo llevado a cabo en ése mismo año 2011, en perjuicio de la menor L.R. (2do Hecho), y finalmente, como 3er Hecho, dos tocamientos abusivos en perjuicio de la menor C.A.T., ambos en el mes de Junio del año 2.014 (en dos días seguidos), habiéndola amenazado a la menor en las dos oportunidades referidas.-

El Tribunal de grado entendió que se había acreditado la materialidad de los hechos "1ro" y "3ro", concursados realmente entre sí, pero entendiendo que mediaba un delito continuado en los tres tocamientos contenidos en el primer hecho. Al mismo tiempo, encontró comprobada la autoría y responsabilidad penal del sindicado Carlos Rubén VAZQUEZ, imponiéndole una pena de TRES años de ejecución condicional, en tanto que lo ABSOLVIÓ por el hecho ilícito mencionado como "2do", calificando todos los injustos como ABUSO SEXUAL SIMPLE (Art. 119, primer párrafo del Código Penal).-

Tanto el Actor Público como el Privado impugnan la sanción punitiva impuesta al imputado -reclamando una pena mayor- cuestionando el Querellante -además del monto de la pena- la

calificación legal y la regla concursal utilizada por el Tribunal, agregando en esta instancia una queja vinculada a la admisibilidad del recurso presentado por el Defensor. Mientras que la Defensa impugna la condena del justiciable expresando dos agravios: a) Por arbitrariedad de la sentencia (fundamentación aparente); b) Por la cuantificación de la pena, con la necesaria aclaración que ambos agravios se refieren solamente al Hecho 3ro (el cometido en perjuicio de la menor C. T.).- B- Comenzaré mi voto refiriéndome al agravio del Querellante sobre la "admisibilidad" del recurso de casación deducido por el Defensor del imputado, agravio éste que fuera recién introducido en la Audiencia casatoria al contestar dicho recurso. Como dije, es en esta instancia donde el Acusador Privado denunció que el Defensor, al interponer su recurso, omitió efectuar la reserva que imponía el Art. 512 (ley 9754), dentro del quinto día del plazo para la interposición. No obstante lo escueto de su agravio, incluso de la extemporaneidad de su reclamo, el mismo debe rechazarse por cuanto diáfano resulta que no le asiste razón, habida cuenta que el Art. 3 de ambos digestos realizativos establece: "Las disposiciones de esta Ley, que restrinjan la libertad del procesado o que limiten el ejercicio de sus facultades, serán interpretadas restrictivamente. En esta materia queda prohibida la interpretación extensiva y la analogía, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades".-

Tal ha sido la postura asumida por esta Cámara en los autos "WOLFERT, Cristian" del 27/03/15 y "GAGGIETTA, Juan Carlos" del 10/08/15 y resulta plenamente aplicable al presente planteo. Demás está decir que todas aquéllas causas que ingresaron a esta Cámara durante la fugaz vigencia de la ley 9754, se tramitaron conforme las estipulaciones de la nueva ley 10.317, ya que la propia naturaleza de las normas adjetivas así lo impone. Por tanto, y como ya lo adelantara, no corresponde hacer lugar al preliminar planteo de la Querrela particular.-

C- Continuaré analizando el acto sentencial, estudiando los argumentos desarrollados por el Tribunal para tener por plenamente acreditadas la materialidad y autoría de los hechos enunciados como Primero y Tercero en la intimación formal, ya que tanto el M.P.F., el Querellante e incluso la propia Defensa, cuestionaron el razonamiento seguido por el sentenciante al valorar las pruebas - aunque, obviamente, desde ópticas distintas-.

En esa senda, advierto liminarmente que el Dr. FUNES PALACIOS al tratar la Primera Cuestión, luego de un extenso relato de los testimonios vertidos durante el Debate oral, comienza (recién en la página 71) a valorar el plexo probatorio, aclarando previamente que consideraba correctamente habilitada (instada) la acción penal pues existen las pertinentes denuncias de los representantes legales de las víctimas, reconociendo también que "en este tipo de delitos es común encontrarnos ante dificultades probatorias, dado que la actividad delictiva se realiza en forma clandestina u oculta, en razón de las precauciones que generalmente toma el autor para no ser visto por terceros, situación que determina la carencia de testigos presenciales y pruebas directas".- De todas maneras, el Hecho 1ro lo considera acreditado merced a la denuncia formulada por J.D.A. (madre de la víctima) y el relato brindado por la propia menor (L.M.B.) bajo el procedimiento de Cámara Gesell, corroborado este testimonio por el informe del Lic. Adrian NOVKOVIK (fs 67) y por la pericial psicológica realizada por el Lic. Guillermo GRUBERT (fs. 73/75) quienes, desde su conocimiento científico, confirman la espontaneidad y veracidad del relato efectuado por la niña L.. De tal manera, el Tribunal -a través del voto del Dr. FUNES PALACIOS- reconstruye históricamente este 1er Hecho, dando por cierto que durante el transcurso del año 2.011, cuando L. B. tenía 5 años de edad, el imputado VAZQUEZ (quien tenía un trato de familiaridad,

considerándolo como un "tío") en oportunidad en que la menor se encontraba acostada en la cama, éste llegó y la empezó a tocar en sus partes genitales (vagina) introduciéndole la mano por debajo de la ropa, con evidente contenido sexual, haciéndolo durante tres días seguidos, de tarde, en el domicilio de calle Islas Malvinas N° 1455, de Chajarí.-

La certera comprobación de este 1er Hecho, la declaración de culpabilidad del imputado y su consecuente condena, NO han sido impugnados por ninguna de las Partes involucradas en el caso, por lo que debe confirmarse sin más la sentencia condenatoria, aunque más adelante veremos el tema de la calificación legal, cuestión que sí fue cuestionada por los Acusadores (Público y Privado).-

Luego, el Vocal pre-opinante examina las pruebas referidas al Hecho 3ro de la Intimación formal, evaluando aquí la denuncia formulada por M.L.S. (fs. 54) y su testimonio en el Plenario, al igual que el de su esposo M.E.T., siendo ambos los progenitores de la menor C.T.; se computó también la declaración de la propia víctima bajo el sistema de Cámara Gesell, y finalmente se valoraron los informes y testimoniales de los profesionales que atendieron a la niña (psicóloga Cecilia LADERACH y los Licenciados NOVKOVIC, GRUBERT y María Margarita TORRES), así como la "evaluación pericial" glosada a fs 93/99, concluyendo -luego de un análisis y ponderación de las referidas probanzas- tener por acreditada la participación del inculpado (en calidad de autor) de haber abusado sexualmente de la menor C.T. (de 8 años de edad), aprovechándose tanto de la soledad como de la circunstancia de que la víctima es amiga de sus hijas, tocándole la vagina con sus manos -en dos oportunidades- y besándola en los labios (en la primer ocasión), hechos éstos ocurridos durante el mes de Junio de 2014, en su domicilio de calle Avda 28 de Mayo N° 1640 de la ciudad de Chajarí. En ambas ocasiones, el encausado le manifestó a la niña que no cuente nada de lo ocurrido, porque algo le pasaría.-

La crítica impugnativa ensayada por el Defensor Oficial es endeble, y por ende, no alcanza a enervar las acertadas conclusiones del Tribunal de mérito, con las cuales coincido.- Afirma la Defensa que la sentencia es arbitraria, por cuanto se acreditó de una manera científica y conforme al ordenamiento procesal, la intervención, manipulación y direccionamiento que se realizó sobre la menor víctima con el único fin de lograr una sentencia condenatoria del Sr. VAZQUEZ; todo ello en contraste con la orfandad probatoria existente, construyéndose una sentencia violatoria de la sana crítica racional, valorando caprichosamente algunas pruebas y desechando otras sin considerarlas, pruebas que introdujo la defensa suficientes para absolver a VAZQUEZ. Se refiere a los informes de los Lic. NOVKOVIC y GRUBERT (confr. la fojas 260 de su escrito casatorio).-

Sin embargo, el propio recurrente reconoce, párrafos más adelante, que el Tribunal respondió a estas cuestiones por él planteadas, aunque el Sr. Defensor discrepa con la respuesta que se le dió.- Pero además, tampoco comparte el suscripto las interpretaciones que la Defensa realiza acerca de los informes suscriptos por los Lic. NOVKOVIC y GRUBERT.-

Porque es cierto que el psicólogo GRUBERT concluye a fs. 127 vto. que "el relato de la niña carece de estructura lógica, no da suficientes detalles, su engranaje contextual es pobre... su relato muestra influencia directa de adultos y se inserta o identifica con lo que le ocurriera a su propia madre... Todo esto por sí mismo no descarta la ocurrencia de lo que se denuncia, pero lo empaña y complejiza, restándole credibilidad de manera significativa" (el subrayado me pertenece).-

No obstante, olvida el Sr. Defensor que este informe fue elaborado UN AÑO después de cometidos los hechos, mientras que a pocos días de perpetrados los abusos, en fecha 03 de Julio de 2014, la psicóloga Cecilia LADERACH examinó a la niña C.T. en el Hospital "Santa Rosa" de Chajarí, e informó que la menor le relató dos episodios ocurridos días pasados (el último hace dos días) donde el padre de sus amigas del barrio en el que vive "le tocó las partes prohibidas", aclarando luego que se refiere a la cola, y que además le dió un beso en la boca (confr. fs. 60).-

Pero mucho más importante aún -y aquí existe una imperdonable "omisión" del Sr. Defensor Oficial que lo acerca a una deslealtad procesal- es que existe otra prueba que, en mi criterio, resulta determinante para aclarar la cuestión suscitada: en fecha 30 de Junio de 2015 un equipo de profesionales, integrado por la Psicóloga Flavia KUXHAUS (como perito de oficio), Psicóloga Paula PUTALLAS (como perito de parte) y bajo la supervisión de la Licenciada María Florencia PEREIRA (como consultor técnico) analizaron la entrevista que el Lic. NOVKOVIC le hizo a la menor C.T. (en Cámara Gesell), y las conclusiones -en forma unánime- fue que "teniendo en cuenta el relato y los indicadores de Abuso Sexual Infantil, la menor (C.) se refiere a un hecho real, que le ha causado gran impresión psíquica, por lo que ha recurrido a relatar la vivencia, en principio a su propia madre y luego en el ámbito judicial... Refiere que es una persona en particular a quien ella conoce, ubica en el espacio de la casa del Sr. Vazquez las escenas que vivió y las mismas tienen características típicas e indicadores que asocian su relato con el Abuso Sexual Infantil" (confr. fs. 189/196). En honor a la brevedad, sólo he transcripto las conclusiones de esta "Evaluación pericial". Pero le sugiero al Sr. Defensor Oficial, y quien desee interiorizarse más aún sobre el mismo, dedicar unos minutos a leer los sgtes. párrafos: "Descripción de aspectos relacionados con la realización de la pericia" (fs. 191); "Indicadores de credibilidad" (fs. 192), y "La actitud de la niña en la entrevista" (fs. 192/193). Los comentarios huelgan, debido a que son -a mi juicio- sumamente claros y categóricos, y más que suficientes para rechazar la impugnación defensiva relativa a la supuesta arbitrariedad por fundamentación aparente, siendo procedente confirmar la sentencia en lo que respecta a la declaración de autoría y responsabilidad penal del encausado VAZQUEZ por los abusos sexuales en perjuicio de la menor C.T., en dos oportunidades.-

C- Analizaré ahora el tema de la subsunción típica, en su doble aspecto: por un lado, tanto el Querellante como el Fiscal criticaron que la sentencia de marras hable de "delito continuado" para referirse a los tres hechos abusivos en perjuicio de L.B.. Por otro lado, el Querellante discutió el rechazo que el sentenciante hizo del delito de COACCION.-

C.1- Estudio primero el tema de las amenazas coactivas, es decir, del anuncio de un mal futuro para obligar a una persona a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad (Art. 149 bis, 2da parte del C.P.).-

El Tribunal, al abordar este tema en la 2da. Cuestión (fojas 232/232 vto.) entendió que el "anuncio" expresado por el encausado a la niña C., tratando de infundir temor, no revestía en ésa ocasión de la idoneidad y seriedad que el delito de Amenazas requiere para su configuración. El Tribunal dá por acreditada la existencia de ese anuncio que no cuente lo ocurrido, pero este anuncio -argumenta el Dr. FUNES PALACIOS- no resultó ser configurativo de una amenaza típica con capacidad de tener autonomía y seriedad, toda vez que la menor regresó al lugar del hecho. Contra ello, el Querellante alega que considera típica la frase vertida por el inculpado, que la misma no constituyó un medio

comisivo del abuso sino que se dirigió a otro fin que era, precisamente, evitar que la víctima comunicara a sus padres lo que le había sucedido.-

Reiterando que el tema es interesante y polémico a la vez (ver la obra "Delitos contra la libertad sexual", de Carlos GONZALEZ GUERRA, Edit. IBdeF) entiendo que aquí, en este caso concreto, resulta pertinente confirmar la sentencia -rechazándose en consecuencia esta parte del recurso del Querellante- porque no contamos con elemento probatorio alguno que nos permita tener por acreditada la configuración del hecho coactivo como factum autónomo, e independiente del amedretamiento propio que toda conducta abusiva conlleva.-

C.2- Ambos Actores cuestionaron que en la sentencia se haya unido los distintos hechos abusivos bajo la "forma" del delito continuado, reclamando la aplicación de las reglas del concurso real.- Adelanto que, en mi opinión, les asiste razón a los Acusadores.-

Este Tribunal de Casación ya tuvo oportunidad de expedirse al respecto, en causas "VAZQUEZ" (del 03/11/2.015), "CORONEL" (del 27/05/2.015) y "CHAPARRO" (del 03/09/2.015).- En la primera de las causas citadas, dijimos que: "No se trata de un DELITO CONTINUADO, como la Magistrada expone en el Pto IV de su voto, ya que entiendo que el delito continuado no es aplicable para los delitos PERSONALISIMOS, donde está en juego nada menos que la dignidad de las personas y, por ende, se trata de un bien jurídico no susceptible de afectación parcial.- El delito continuado es un instituto que no posee en nuestro derecho una base normativa, y es casi una creación jurisprudencial recogida en la dogmática y aplicada casi por razones de equidad o como otros afirman por razones de benignidad (Jimenez de Asua, citando a CARRARA). ZAFFARONI lo define: "Habrá conducta continuada cuando con dolo que abarque la realización de todos los actos parciales, existente con anterioridad al agotamiento del primero de ellos, el autor reitere similarmente la ejecución de su conducta en forma típicamente idéntica o similar, aumentando así la afectación del mismo bien jurídico, que deberá permanecer al mismo titular sólo en el caso que implique una injerencia en la persona de éste" (p. 829).-

Como introducción, resulta paso obligado establecer que siempre en estos casos debe hablarse de varias conductas dependientes que se traducen en un mayor contenido de injusto, con el aditamento de que cada porción de conducta ya entraña una tipificación completa que parece redefinida por un virtual encuadre abarcativo. El punto a debatir es si realmente se puede acudir a razones "dikelógicas" para fundar una infracción múltiple, y sobre todo, en aquéllos casos donde están en juego bienes jurídicos muy personales, y adelantándose que se requieren finas exigencias para que el encuadre mude del concurso real al llamado delito continuado.-

Habida cuenta los requisitos que la doctrina exige para la conformación del delito continuado son (un dolo unitario; una repetición de la afectación típica del mismo bien jurídico que, a su vez, sea susceptible de afectación parcial; una comisión o una forma de realización de similares o idénticas características, y finalmente, una injerencia física en la persona del titular, o identidad física del titular, es decir que el bien afectado sea de una misma persona), expreso mi frontal objeción a una aplicación lineal del delito continuado, (aunque no esté en contra del instituto en cuestión), sino que debe hacerse una clara y puntual salvedad respecto de determinados delitos que no pueden ser tratados bajo esta construcción dogmática.-

La idea central es ubicarla en el tipo de delito que se trate, y en especial, el bien jurídico en juego, sobre todo cuando se trata de bienes jurídicos personalísimos como el caso de la integridad sexual y, más aún, cuando a su vez la integridad sexual es la de un menor, y ello trae aparejada una actividad sexual ilegítima en el cuerpo de un niño, máxime cuando la intensificación del proceso invasivo en su cuerpo altera otras áreas, especialmente el aparato psíquico en formación.-

Creo entonces que si se le reprochan al sujeto activo diversa cantidad de hechos abusivos, éstos concursan materialmente dando lugar a la aplicación del art. 55 C.P. siendo ésta la tesis que expuse en los precedentes "CORONEL" (sent. 27/5/2015) y "CHAPARRO" (sent. 3/9/2015).-

En consecuencia, corresponde MODIFICAR la sentencia en lo que respecta a la calificación legal, disponiéndose que la conducta del enjuiciado Carlos Rubén VAZQUEZ se subsume en la figura penal de ABUSO SEXUAL SIMPLE (Art. 119, 1er párrafo C.P.), EN FORMA REITERADA (CINCO hechos), unidos todos ellos bajo las reglas del CONCURSO REAL (Art. 55 del C.P.).-

D- Por último, estudiaré el agravio vinculado a la sanción punitiva impuesta al condenado, pena ésta que fuera recurrida tanto por el Ministerio Público Fiscal como por el Querellante, quienes habían solicitado que se le imponga a VAZQUEZ la pena de 7 años y 6 meses de prisión y 7 años de prisión efectiva, respectivamente; mientras que la Defensa -que había solicitado una Absolución parcial- pretende una disminución del monto, debiéndose ubicar la pena entre los parámetros del 119 C.P. primer párrafo, y atento las atenuantes ya contempladas, pretende que la misma se ubique en el primer tercio de la escala penal y de cumplimiento condicional.

La entidad de los planteos partivos, pero sobre todo, la modificación que en esta instancia se realizó respecto del Delito continuado (mutándose la calificación a un Concurso Real de delitos), justifica que la nueva sanción penal que deba imponérsele al condenado VAZQUEZ se establezca en el marco de una Audiencia llamada a tales fines, para que la discusión se desarrolle en presencia del imputado y generando así un escenario propio -juicio de cesura- a los efectos de determinar una legítima respuesta punitiva.-

Por ello considero que debe anularse la parte pertinente de la sentencia -la correspondiente al monto y naturaleza de la pena establecida por el Tribunal de grado- y remitirse a la Cámara Penal de Concordia para que, debidamente integrada, se realice la individualización de la pena conforme a derecho.-

Asimismo, también resulta atendible el agravio planteado por el Sr. Querellante en relación al punto V de la sentencia, en cuanto impone las costas de oficio, siendo que las mismas deben ser cargadas al condenado VAZQUEZ, pues no se encuentra razón para apartarnos del principio general sentado en el Art. 585 C.P.P.E.R..-

E- En relación a las costas originadas en esta instancia, y atento al resultado al que se arriba, luego del tratamiento de la cuestión, corresponde imponerlas en un 80% a cargo de Carlos Rubén VAZQUEZ y en un 20% a cargo de M.T. y Mónica L. S. -Art. 584 y 585 C.P.P.E.R..-

En cuanto a los HONORARIOS del Dr. Ignacio DOUBELL -por su actuación en esta instancia en ejercicio de la Querrela Particular en representación de M.T y M. L. S. corresponde que los mismos sean determinados en atención a una razonable aplicación al caso de las pautas generales previstas en los arts. 3, 4, 5, 12 y 97 incs. 1º y 5º de la ley 7046. En tal sentido corresponde regularlos en la cantidad de 30 juristas a valor de \$ 350, 00 (PESOS TRESCIENTOS CINCUENTA) determinan un

total de \$10.500 (PESOS DIEZ MIL QUINIENTOS) los que se declaran en un 80% a cargo de Carlos Rubén VAZQUEZ y en un 20% a cargo de M.T. y M.L.S..-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta, las Sras. Vocales Dras. Marcela DAVITE y Marcela BADANO, expresaron que adhieren al voto precedente.-

A mérito de lo expuesto, y por Acuerdo de todos sus integrantes, la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná resolvió dictar la siguiente

SENTENCIA:

I- RECHAZAR el Recurso de Casación interpuesto por el Sr. Defensor Oficial a fs. 258/269.-

II- a) HACER LUGAR al recurso interpuesto por el Sr. Fiscal Dr. Maximiliano LARocca REES a fs. 239/248.-

b) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso interpuesto por el Sr. Querellante Dr. Ignacio DOUBELL a fs. 251/257 vta..-

c) En consecuencia:

-CASAR PARCIALMENTE la sentencia condenatoria obrante a fs.186/236, debiendo concursarse realmente las conductas típicas por las que VAZQUEZ resultara condenado.- -ANULAR el fallo en relación a la pena, debiendo reenviarse a efecto de que un Tribunal debidamente integrado determine la misma.-

-REVOCAR el punto V de la sentencia de fs. 186/236.-

III- DECLARAR las costas en un 80% a cargo de Carlos VAZQUEZ y en un 20% a cargo de M.T. y M. L. S. -Art. 584 y 585 C.P.P.E.R.-

IV- REGULAR los honorarios profesionales del Dr. Ignacio DOUBELL, en la cantidad de 30 juristas a valor de \$ 350, 00 (PESOS TRESCIENTOS CINCUENTA) determinan un total de \$10.500 (PESOS DIEZ MIL QUINIENTOS) los que se declaran en un 80% a cargo de Carlos Rubén VAZQUEZ y en un 20% a cargo de M.T. y M. L. S..-

V- TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada.-

VI- Protocolícese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase la presente causa al organismo de origen.-

Marcela DAVITE Hugo PEROTTI Marcela BADANO

Claudia A. Geist

-Secretaria-