

Fallo: 165 As: 550/560
Libro: 2017-02-R
Fecha: 27/04/2017

Tribunal de Impugnación
Sala II

_____ Salta, 27 de Abril de 2017. _____

_____ **Y VISTO:** Estos Autos caratulados: “RECURSO DE CASACIÓN CON PRESO – T. V., F. J. POR ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE EN PERJUICIO DE R. S. H. (M), ABUSO SEXUAL SIMPLE EN PERJUICIO DE P. F. (M) Y FACILITACIÓN DE PORNOGRAFÍA TODO ELLO EN CONCURSO REAL – S. C., T. E. (DEN)”, Expte. N° 121.007/15 de la Sala IV del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial del Centro, causa N° JUI- 121.007/ 15 de la Sala II del Tribunal de Impugnación y

_____ **CONSIDERANDO** _____

_____ **El Dr. Pablo David Arancibia, dijo:** _____

_____ 1º) Que vienen las presentes actuaciones a esta instancia en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Dr. Darío F.D. Palmier y el Dr. Gonzalo Quinteros Navarro, a fs. 906/917, en representación del imputado F. J. T. V., contra el pronunciamiento de fs. 857/898, que condena al nombrado a la pena de cinco años y nueve meses de prisión, por resultar autor material y penalmente responsable de los delitos de “Abuso Sexual Gravemente Ultrajante”, en perjuicio de R.S.H.; “Abuso Sexual Simple” en perjuicio de P.F. y “Facilitación de pornografía infantil”, todo en concurso real (arts. 119 1er. párrafo, 1er. modo comisivo y 2do. párrafo, 119 1er. párrafo, 128 1er. párrafo, 45, 55, 12, 19, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.) . _____

_____ Asimismo por recurso de casación interpuesto a fs. 918/923 contra el mismo fallo por la Dra. María Luján Soderó Calvet, Fiscal Penal de la Fiscalía Especializada de Delitos contra la Inegridad Sexual N° 2. _____

_____ 2º) **1er. Hecho**) (Legajo de Investigación N° 16/15 -A.P. N° 101/15 de OO y D). Fundó la convicción el Tribunal enunciando que, conforme resulta de lo depuesto por la menor en Cámara Gesell, en el lugar y hora consignados, mientras intentaba dormirse en el cuarto de la planta alta ingresó F. T. y le efectuó un pequeño pellizco en la pierna, ante lo cual simuló estar dormida; luego comenzó a bajarle el pantalón corto y la bombachita que tenía puestos,

lo que la paraliza; el acusado siguió acariciándole la cola y le beso los cachetes (glúteos), sintiendo que le pinchaba con la barba, llegando incluso a acariciarle la zona genital y la raya de la cola. _____

_____ A tal relato al que dio credibilidad por su espontaneidad diciendo en su vocabulario que le ponía una gelatina, algo frío, así como la rodilla en la pierna, y que fue desagradable, surgiendo de lo dicho falta de animosidad contra el imputado, al decir que antes P. nunca le hizo nada. Los padres de la menor transmitieron lo que les relató agregando que sintió un ruido como de una cámara de fotos o celular, alcanzando a percibir una pequeña luz roja, lo que no fue mencionado por la niña en la CCTV. _____

_____ Que el hecho tiene lugar en momentos en que T. se retira al baño entre 15 y 20 minutos, sosteniendo ello porque no se menciona ninguna otra oportunidad en que el imputado se hubiera alejado de la reunión, siendo el único masculino mayor que había en la vivienda, puesto tanto su hermano como el padre de la niña se habían ido. Consideró que la explicación en el croquis fue clara en cuanto existe la posibilidad de salir de este y dirigirse a la planta alta sin que los demás lo advirtieran y que la luz encendida no implicaba su presencia allí. _____

_____ Negó, en base a lo dictaminado por los informes de las Licenciadas Guijarro Cárdenas, Cornejo y Sappia, que R.S.H. ofreciera indicadores de sobrecarga imaginaria psicológica o fabulación, lo que hizo prevalecer sobre lo expresado en solitario por la perito de parte Lic. Higa que habla tanto de fabulación como de ensoñación en la niña, en quien no encuentra psiquismo dañado por el normal rendimiento en el colegio y en la relación social con sus pares. Dijo en contraposición que la menor en un momento dado de la entrevista se puso a llorar, enjugándose las lágrimas con sus manos y que no obstante las objeciones posibles, en relación a los detalles, el uso de la cámara fotográfica, o que descendió con el agresor, se puede desprestigiar o dudar del testimonio de la niña, juzgando que la circunstancia que no pidió auxilio a los fines del hecho encuentra explicación en el temor y la vergüenza lógica ante

su exposición justamente en presencia del imputado y otras personas, y no en la mendacidad, pues no bien arribó a su hogar narró a su madre con detalle lo acontecido. _____

_____ En cuanto al descargo del acusado que reconoce la existencia de la reunión y haber bajado a la niña dormida de planta alta en la oportunidad, negando cualquier tipo de tocamientos, consideró que no puede suponerse que por los fútiles motivos invocados (entre los que se cuenta la cita de la envidia ante su crecimiento profesional y económico), los padres utilizaran a su hija para inducirla a denunciar exponiéndola al strepitus foris y ocasionándole un daño. _____

_____ Desestimó lo sostenido por la Fiscalía, en relación a la toma fotográfica que habría efectuado el imputado en zonas íntimas de la menor, por no haberse podido probar con la certeza requerida. Consideró que se excedieron los meros tocamientos pues el penado aprovechando que la menor se encontraba en la habitación junto a su hijo menor, procedió a bajar la ropa y tocar sus partes íntimas con la mano (parte vaginal y anal) como así besar la zona glútea. La víctima fue objeto de un avasallamiento por parte de alguien a quien tenía confianza, aprecio, a cuyo domicilio concurría por ser compañera de colegio del hijo de aquél. Su edad (8 años, según partida de nacimiento obrante a fs. 446 y 584 del Expte.) ante el acto que sufría le dificultaron cualquier reacción y prácticamente la paralizaron, siendo el fundamento de la presunción iure et de iure la inmadurez de las personas de esa edad y la imposibilidad de comprender la significación de esos actos. _____

_____ Estimó la extensión del reproche por la circunstancia de la presencia de familiares de la menor, su esposa embarazada y su hijo en el lugar, lo que no tuvo reparo alguno para llevar adelante el hecho, lo que patentizó el total desprecio a normas culturales, familiares, sociales y de amistad. Apuntó que esa noche en su domicilio el acusado ingirió bebidas alcohólicas y lo consignó como el detonante de su conducta en esta oportunidad, demostrable también en el hecho que perjudica a F. _____

_____Lo expuesto fue relacionado con la causa que se acumulara por facilitación de Pornografía infantil, porque demostró la inclinación del imputado hacia menores, siendo el bien jurídico protegido el ámbito de libertad, la inmadurez sexual de la víctima y la intangibilidad o indemnidad sexual, que se han visto vulnerados. _____

_____ **2do. Hecho**) (Legajo de investigación N° 77/15 -A.P. N° 101/15 de OO y D). Se pudo comprobar que el imputado junto a la denunciante P. F. habían concurrido a una fiesta en la Silleta y en la mañana del 06/05/12 cuando ésta venía conduciendo de regreso el automóvil de T. V., por no encontrarse éste en condiciones de hacerlo se abalanzó sobre ella y comenzó a manosearla. Ante su rechazo se volvió mas violento introduciendo la mano por debajo de la ropa lesionándola con rasguño en la parte baja de la espalda, zona derecha de la cadera, mordiéndole en el hombro. Puntualizó que lo vivido ocasionó un trastorno en su psiquis que la llevó a solicitar asistencia terapéutica durante casi dos años y que la incidencia que tuvo su accionar resultó corroborada por profesionales que asistieron a la nombrada, tales como el Dr. Edmundo del Cerro, que verificara un cuadro descompensado de tensión y llanto; y de la Psicóloga María Laura Jorge, en cuanto a la corroboración de ansiedad generalizada, insomnio y crisis recurrentes de pánico. _ _____

_____Puesto que en su descargo el encartado dijo que encuentra explicación del hecho en el sentimiento de despecho de la denunciante por tener vínculo afectivo con el Dr. B., la sentenciante se interroga, develando por vía de absurdo porqué la damnificada no denunció a éste y si a T. V., en tanto que aquél dijo conocer el asunto por boca de P. F. a la que no le dio credibilidad, dejando en claro que no recibió insinuación alguna de parte de dicha colega. Quedó probado por la Historia Clínica de fs. 21/5 del LI. 77/15 que T. V. ingresó en la ocasión al hospital con intoxicación alcohólica aguda pero que se encontraba lúcido y coherente, lo que incidió en la conducta del imputado liberando sus frenos inhibitorios y el respeto por el otro. _____

_____ Tuvo por acreditado que el acusado efectuó tocamientos en zonas pudendas de la denunciante, contra su voluntad, vulnerando el ámbito de libertad sexual consistente en poder decidir con quien relacionarse de este modo, y sentenció el hecho como “Abuso Sexual Simple” (art. 119, 1er. Párrafo del C.P.). _____

_____ **3º Hecho**). Expte. JUI N° 125.039/15 (Legajo de Investigación N° 137/15 –A.V. N° 14/15 de OO y D). A raíz del primero de los hechos denunciados y por referencias de la madre de la menor RSH sobre que el penado habría tomado fotografías de su hija, se procede al allanamiento, secuestro y examen de los elementos electrónicos e informáticos del imputado, a fin de corroborar dicho extremo. Producidos los informes, los especialistas designados dan cuenta que encontraron material de pornografía infantil. Esto constituye el hipotético fáctico de la causa. Que a través de las pericias se pudo corroborar que T. V. tenía instalado el sistema Ares en la notebook de su propiedad, requisada de su domicilio que fuera objeto de análisis. Ares permite el intercambio de archivos en Internet entre las personas que lo hubiesen colocado. Tuvo por comprobado que en la notebook marca HP, modelo g6-1309ss N/S: 5CD2057PYP, secuestrada al imputado se ubicaron numerosos títulos de pornografía infantil. Sólo se pudieron recuperar o reconstruir el contenido de cuatro de esos títulos, bajados parcialmente, que visualizados en audiencia tienen claras connotaciones de contenido sexual, donde se involucran menores de edad. _____

_____ Sostuvo que las descargas recuperadas, aún parciales, demuestran claramente esta inclinación (intención - dolo) del imputado a la comunicación y transferencia de archivos pedófilos, con la peligrosidad al bien jurídico protegido y que se traduce en una clara deshumanización de los menores. Y la instalación de un programa (Ares) a tal fin no hace sino demostrar su clara culpabilidad; más cuando varias de sus búsquedas estaban orientadas en tal sentido, toda vez que se registraba el ingreso en el sistema Ares la sigla PTHC, que es una clave pedófila que significa “preteen hard core” (núcleo

duro preadolescente) donde “preteen” es preadolescente y “hard core” pornografía. _____

_____ Trajo a colación que el imputado es un profesional del derecho y por ende conciente de lo prohibido y permitido por ley, concluyendo que debe ser responsabilizado por los delitos de “Abuso Sexual Gravemente Ultrajante” en perjuicio de R.S.H.; “Abuso Sexual simple” en perjuicio de P.F. y “Distribución y Facilitación de Pornografía Infantil”, todo en concurso real (arts. 119 1er. párrafo, 3er. modo comisivo y 2do. párrafo, 119, 1er. párrafo, 128, 1er. párrafo, 45 y 55, todos del C.P.). _____

_____ 3º) Se agravia la Defensa (1º hecho), en primer lugar, pidiendo se desestime el encuadre de gravemente ultrajante por vicios esenciales vinculados a la interpretación del derecho penal sustantivo. Resultando necesario analizar si los actos atribuidos se infieren objetivamente desproporcionados con la figura básica de “Abuso Sexual”, lo que importaría una condición altamente ultrajante, con importantes ribetes de objetiva humillación, sadismo o prevalecimiento del prójimo, debiendo quedar descartados de este modo aquellos supuestos en que no se pueda determinar a ciencia cierta si exceden o no el universo de abusos sexuales captados por la figura básica y que la modalidad de la agresión debe ser cualitativamente más grave que el común de las circunstancias que quedarían abarcadas por la figura simple. _____

_____ Conforme a ello quedarían reservadas únicamente aquellas conductas aproximadas en magnitud al acceso carnal, pero que estarían excluidas de esa última tipicidad. Que los hechos de tocamiento y besos mencionados por el A quo sólo podrían encajar en la mentada agravante si fueran supuestos objetivamente humillantes y sádicos, careciendo los recreados de esas características y que el avasallamiento por parte de alguien de confianza, constituye una modalidad de comisión ya prevista por la norma típica básica del primer párrafo del art. 119. Concluye en que la niña no presenta una sintomatología que afecte su desenvolvimiento general actual, no está

traumatizada y que el daño futuro constituye una elucubración contingente y de incierta realización y que de tenerla ya se tendría que haber producido pues el estrés pos traumático aparece aun en la modalidad diferida a los seis meses del hecho desencadenante. _____

_____ En el segundo agravio (2º hecho), pide se absuelva por el delito de abuso simple, por vicios esenciales en la reconstrucción de los hechos y en la selección y valoración de la prueba. Pues –dice- no ha quedado acreditado que el imputado efectuó tocamientos violentos en las zonas pudendas de la denunciante, bajo la perspectiva de un criterio objetivo y el parámetro que el hecho resulta atípico en el caso de ausencia de acercamiento o contacto con las partes íntimas del cuerpo de la niña, cuando conforme al relato de ésta quien dice que le apretó el pecho, llamativamente ninguna de las testigos que depusieron en la causa, pese a la familiaridad e íntima amistad que las une, pudieron constatar por sus sentidos los hematomas en el pecho de la presunta menor. _____

_____ Entiende que estamos ante una expresión inmotivada del Tribunal, quien únicamente sustentó sus conclusiones en la íntima convicción con total prescindencia de las pruebas obrantes en la causa. Que analizando lo depuesto por la hermana de la denunciante dice que percibió sólo las huellas que se ubican en la cintura y en el hombro y que el moretón en el pecho no lo llegó a ver. A su turno M. dice que le enseñó la de la cadera, no la del hombro, mientras que B. dijo que no quiso preguntarle si le podía mostrar, no obrando en la causa certificado médico, fotografías o constancia alguna que permitan acreditar fehacientemente la coyuntura. Pues, dijo G. F. que su hermana no se hizo revisar, siendo por ello el unico relato que contiene elementos de cargo el de la propia denunciante, por lo que debe ser valorado con extrema prudencia, no existiendo evidencia alguna que el sindicado haya llevado a cabo tocamientos en las zonas pudendas de la mayor. _____

_____ Entiende que párrafo aparte merece lo declarado por la Lic. Jorge, cuyo relato de lo dicho es idéntico al de la denuncia, refiriendo que presentaba

estado de ansiedad generalizado, insomnio, recurrente crisis de pánico, constituyendo manifestaciones indirectas o de testigos “de oídas” pues adquiere la información por los dichos de otro, agregando por último que se negó una prueba psicológica útil para discurrir sobre la probable mendacidad que quedó vaciado de sustento técnico, en el caso, librado a la íntima convicción de los jueces. _____

_____ El tercer agravio (**3º hecho**) reniega que el Tribunal apartándose de las circunstancias acreditadas en el plenario responsabiliza a su defendido por Facilitación de Pornografía Infantil. Dijo que el mismo optó por citar nuevos testigos sin requerimiento de parte contrariando los pilares del sistema acusatorio y vulnerándose el principio de imparcialidad en el juicio. Por otro lado entendió que entre las acciones descritas por la norma -art. 128 C.P.- se alude a la facilitación que consiste en proporcionar o hacer entrega a otro el material, por ende quien utiliza un P2P, en este caso Ares, asume que muchos de los datos se conviertan en públicos para los usuarios de Internet. _____

_____ Sin embargo, no se acreditó fehacientemente que su defendido T. efectivamente había proporcionado o hecho entrega a otra persona del material ilícito, lo que no pudo ser demostrada con el grado de certeza necesario. Así tanto el Perito Pastrana, como Gil, indicaron que Ares no registra ninguno de los movimientos de envío de información o que en Ares no hay registros si se compartió con alguien específico, no demostrándose acabadamente la necesaria lesividad del resultado. Indica que el Ing. Rossi dijo que para que una máquina pueda compartir las cosas que descargaba, necesitaba que ese puerto estuviera abierto en el Router y en el Firewall del equipo, al igual que el Ing. Lazovsky que respondió que son dos condiciones necesarias. A lo que agregó otras consideraciones que por razones de brevedad corresponde tener por reproducidas. _____

_____ A su tiempo se agravia la Fiscal puntualizando que dados los diversos factores agravantes que concurriendo al caso no han sido tenidos en miras para la cuantificación de la pena, que solicita se agrave. Así: a) en cuanto a las

características del hecho atribuido; se trata de una multiplicidad de hechos delictivos que guardan conexidad entre sí, instalándose como modalidad de vida; b) las características del imputado; dada su posición profesional y contexto sociocultural, generando junto a otros factores una mayor comprensión de lo ilícito o mayor deber de abstención; c) las características de las personas damnificadas; siendo mayor el deber de abstención cuando entre el asesor y la víctima existe una relación particular, no tanto por la traición, sino por la escasa capacidad de reacción de la víctima en estos casos; d) la afectación al bien jurídico protegido; dado que los delitos contra la integridad sexual lesionan sensiblemente bienes considerados esenciales del individuo, como la dignidad humana, la integridad psicofísica, la libertad sexual y su desarrollo; e) la entidad del daño causado; dado que en general los delitos sexuales son los que aparejan secuelas mas severas e irreversibles en quienes damnifica, pero en los casos en particular se tiene comprobado por los informes periciales que consigna, que se provocaron daños físicos y psíquicos ostensibles en las víctimas comprometidas; f) la peligrosidad del autor; y la posibilidad de repetir acciones de esta clase enmarcado en la personalidad del nombrado; y g) el comportamiento posterior al delito, en cuanto a su conducta evasiva e irresponsable del condenado tendiente a minimizar, desvirtuar, desmerecer y desacreditar a las víctimas. Entre otros conceptos accesorios a los que remitimos por razones de brevedad. _____

_____ 4º) A fs. 990/999 vta. el Sr. Fiscal del Tribunal de Impugnación emite dictamen sosteniendo la procedencia formal del mismo, compartiendo los fundamentos de la sentencia condenatoria, razones por las que peticiona el rechazo de la casación interpuesta. _____

_____ 5º) Circunscrito de ese modo el objeto traído a consideración, de la reseña efectuada surge que se otorgó la debida intervención a todos los interesados y así se aseguró la bilateralidad que exige toda manifestación de la relación procesal, incluida la recursiva, en absoluta conformidad a las normas constitucionales y a los concretos preceptos contenidos en el Código Procesal

Penal -específicamente para el caso- en sus arts. 1º inc. h), 544, 546 y cc. ____

____ Asimismo, habiendo sido concedido el recurso por el Tribunal A-quo a fs. 949/951 (art. 545 del C.P.P.), esta Alzada no se expidió negativamente en la oportunidad prevista en el art. 546 de ese ordenamiento procesal, encontrándose cumplidos los recaudos a los que la ley supedita su admisibilidad. _____

____ 6º) Pasando al fondo de la cuestión planteada, la defensa se agravia en lo sustancial respecto a la fundamentación del fallo por cuanto considera que la misma se sustenta en una errónea interpretación y valoración de las pruebas producidas en el debate, las que a su entender carecen del necesario grado de conocimiento de certeza que permita concluir en una sentencia condenatoria tal como fuera impuesta a T. V. Solicitando: **1º hecho**, el cambio de calificación por el de abuso simple; **2º hecho**, la absolución del delito de abuso simple; **3º hecho**, la absolución por facilitación de pornografía infantil. A su vez el Fiscal funda su discrepancia en las circunstancias tenidas en cuenta para fijar el quantum de la pena por los tres hechos, e insiste en el otorgamiento de la pena requerida en los alegatos. _____

____ Estamos en condiciones de adelantar criterio que consideramos la improcedencia e impropiedad de los razonamientos traídos en casación tanto por la defensa como por el Ministerio Público Fiscal, por lo que procede confirmar el fallo condenatorio en todos sus términos. _____

____ En el sub iudice, la integridad de las pruebas ofrecidas y producidas en el debate fueron debidamente ponderadas por el Juez Sentenciante conforme a los lineamientos seguidos por la sana crítica racional, y con rigurosidad en la medida que dos de los hechos que se juzgan resultan de índole o naturaleza sexual con víctimas particulares, ilícitos que en la generalidad de los casos no se sustentan en pruebas directas, ni mediaron testigos presenciales, siendo habitual que la víctima difiera la radicación de la denuncia y postergue así su investigación muchas veces motivada en razones de pudor, como aconteciera en el 2º hecho, por el costo familiar que el develamiento de estos ilícitos

conlleva y el enfrentamiento que le significa explicitar en las distintas oficinas que componen la administración de justicia cuál fue el modo en que ocurrieron los hechos que la tuvieron por víctima, extremo éste que internamente reporta el juzgamiento social de su propia conducta. _____

_____ También es cierto que en materia de delitos contra la integridad sexual es casi imposible conseguir testigos directos del ilícito, debiendo basarse el Juez en las declaraciones de la víctima, de las personas que tomaron conocimiento de lo acontecido a través de sus dichos y en las conclusiones a las que arriban los expertos en las respectivas pericias, debiendo reconstruirse el hecho a través de todo resto, vestigio o indicio (CJS, Tomo 141:465; 170:593; 192:257). _____

_____ Los sentenciantes en el 1º hecho compatibilizó la narración de la niña en CCTV que impresionó de sincera y auténtica, el convencimiento de los padres sobre su veracidad, así como su decisión de acudir a la justicia, a lo que sumó las conclusiones de los peritos, para excluir toda duda razonable sobre el supuesto. A su vez en el 2º hecho, subrayó convincentemente que la víctima no obtuvo ningún tipo rédito con la formación de la causa (mudó de trabajo, renunció al reclamo civil) tomando una decisión de empatía al enterarse que la nueva víctima era menor. _____

_____ Sobre este aspecto debe señalarse que este Tribunal de Alzada en reiterados precedentes ha dicho que *la exigencia de motivación no sólo comporta una garantía en beneficio de los eventuales imputados y acusados, sino también para el Estado en cuanto asegura el orden social y la recta administración de justicia. Por ello, motivar o fundamentar las resoluciones judiciales implica asentar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ellas contienen.* _____

_____ En ambos casos de abuso sexual (hecho 1º y 2º) el fallo se basa en la credibilidad de las víctimas menor y mayor explicitando puntualmente las razones que tuvo en cada caso para hacer prevalecer dicho testimonio por sobre la negativa del incuso, acudiendo en ambos supuestos no sólo a la

coherencia y credibilidad del relato de las damnificadas en el contexto de los hechos, por un lado, sino también en el descreimiento por el absurdo de los sucesivos descargos ensayados por el luego condenado, en un caso, la proclamada envidia de los padres, que también son profesionales y con los que comparte estamento de clase media, y en la segunda el despecho de la víctima con un tercero totalmente ajeno al pretendido conflicto. _____

_____ Conforme al sistema de la sana crítica racional y al principio de libertad probatoria, le es dable al Tribunal fundar su certeza a partir de aquellos elementos conducentes para el esclarecimiento de la verdad. Ello significa que nada impide emitir un pronunciamiento condenatorio sustentado -entre otras pruebas- en el testimonio incriminante de la víctima, siempre y cuando, como en el presente caso, aquél sea objeto de riguroso análisis y se expongan los aspectos que determinarán que le sea asignada credibilidad, convirtiéndola en un elemento preponderante por sobre la negativa del acusado. (C.J.S. Tomo 122:583). _____

_____ Es así que en autos, la veracidad del relato de víctimas, de hechos ocurridos fuera de la vista de terceros, viene acompañados de periciales psicológicas, psiquiátricas y de testigos indirectos que deponen sobre las huellas del ilícito o sus consecuencias emocionales, fortaleciendo el juicio sobre la autenticidad de lo depuesto. _____

_____ En relación al sometimiento gravemente ultrajante, debemos decir que es necesario analizar si los actos atribuidos resultan objetivamente desproporcionados con la figura básica de “Abuso Sexual”. El A quo hizo encuadrar su conducta en el 2do. párrafo del art. 119 del C.P. por concluir que actuó en forma prematura sobre la sexualidad aun no desarrollada de la menor, con actos que por su temprana iniciación y circunstancias, a su criterio, fundan un abuso sexual gravemente ultrajante que desvían el cauce natural del instinto sexual. _____

_____ Sostiene la doctrina que constituye un abuso sexual simple el contacto corporal aún de muy corta duración e incluso instantáneo en tanto que afecte

zonas de pudor de la víctima. De este modo la prolongación en el tiempo del contacto permite la progresión del hecho hacia notas de mayor gravedad, constituyendo sus circunstancias. En autos se ha determinado que el imputado se aleja del living durante 15 a 20 minutos, haciendo presa a la niña durante un tiempo que, para el abuso simple, resulta excesivamente prolongado. _____

_____ Así también, los tocamientos, conforme a la descripción de la niña (sintió frío -dice-), habrían sido acompañados por el uso de gel o lubricante íntimo o sustituto, seguido del contacto de manos, cara y boca del incoado, resultando por el relato infantil, su duración y el normal suceder de los acontecimientos, que tales ingerencias debieron implicar necesariamente contactos, palpaciones y frotamiento en zona anal y vaginal, durante minutos, actos que tal cual lo indicado por el Tribunal sentenciante, aun cuando no sea necesario que deje secuela comprobable en el normal comportamiento sexual de la víctima, resultan tanto marcadamente prematuros como excesivos, dadas las circunstancias apuntadas, el nulo desarrollo sexual de una niña así como el impacto en una menor de 8 años de edad. Por ello, puede concluirse que los hechos exceden en mucho los requerimientos típicos de la figura básica, materializando un ultraje o agresión sexual cualitativamente grave, habilitando la calificante. _____

_____ En relación al 2º hecho. Podemos decir que en el marco de un ilícito afirmado por inferencias, lo depuesto por la Licenciada Jorge, tomado especialmente en cuenta por el Tribunal, tiene pleno valor indiciario respecto de la convicción relativa a la existencia del hecho, pues es dable tener presente que aun cuando, como se sabe, no percibe el hecho por sus sentidos, aprecia el real estado emocional en el que se inscribe la víctima al serle relatado idéntico episodio luego denunciado en una fecha más cercana al mismo, dando noticias ciertas de su ocurrimiento. _____

_____ Lo mismo cabe decirse de lo depuesto por G. F. en consonancia con las testigos B. y P. M., que percibiendo algunas de las señales de violencia inscriptas por el autor en el cuerpo de la damnificada, con inmediatez del

suceso luctuoso, comunican el real estado de angustia y zozobra que el hecho, que le fuera descrito concordantemente como actos de avasallamientos, como tirarse encima o tocarle sus genitales, pechos o vulva, le han causado a la damnificada la afectación de su pudor particular. La reconstrucción indiciaria viene autorizada por el derecho, de modo tal que lo que no prueba una fuente de convicción por sí, lo hace el conjunto en la medida que la relación entre los datos revele el ilícito de un modo unívoco. _____

_____ Son cuatro los indicios que se conectan con el relato de la víctima ordenándolos en el sentido de un mensaje similar unívoco y que aleja dudas sobre el contenido de un relato mendaz. El A-quo puntualizó asimismo convincentemente que la víctima no obtuvo ningún tipo de beneficio con la formación de la causa porque con la denuncia logró mayor exposición pública, debió mudar de trabajo, renunciando al reclamo civil, sin rédito alguno. En otro orden, en cuanto a la demora incurrida en denunciar expuso que quien sufrió el abuso tomó una comprensible decisión empática al imponerse que el imputado había consumado similar conducta con una menor. _____

_____ *Por esta razón, se ha dicho que en este tipo de ilícitos resulta inatendible la descalificación del valor probatorio de las manifestaciones de la víctima, siempre que no se apoyen en circunstancias concretas y comprobadas que expliquen de manera razonable la existencia de un interés por tergiversar la realidad (cfr. CJS, Tomo 125:913; 132:307) o revele un ánimo vindicativo (cfr. CJS, Tomo 191: 851).* _____

_____ Que en relación al **3º hecho**, debemos decir en primer lugar que las reglas del sistema acusatorio efectivamente delegan al Fiscal la promoción e impulsión del proceso tanto como la realización de la prueba por sí o por intermedio de la intervención jurisdiccional cuando resulta necesario allanar coberturas constitucionales, no siendo acorde al nuevo paradigma que la actividad probatoria sea propuesta por el Tribunal (art. 283 C.P.P.), siempre que su involucramiento en la prueba desmejora tanto la libertad de juzgar como la necesaria separación entre la función de acusar y de discernir la

solución del caso _____

_____ Sin embargo, tal como se han dado las cosas en autos, el Tribunal no ha propuesto ni producido una nueva prueba, en tanto que la testimonial de los expertos informáticos ya se encontraba decretada y admitida en autos a pedido del Ministerio Público (v. Sergio Appendino fs. 415 vta. y 447 vta. -luego sustituido por Gamarra-, v. fs. 788), y en este caso se amplía con venia Fiscal, hallándose lo realizado en el entorno autorizado que media entre la posibilidad de asistencia a las partes de consultores técnicos (art. 160), la facultad del Tribunal de clarificar lo dicho por los testigos (470 1º párrafo, de rito), y la libertad de la prueba (art. 282 del C.P.P.), por lo que no corresponde sino tener por convalidado lo actuado a partir del acta de fs. 795, por no excepcionar relevantemente el carácter del sistema acusatorio, la imparcialidad del juez, ni el derecho de partes (Viñals-Urtubey-Fleming, Código Procesal Penal de Salta, Tomo 1, Ed. Milord, 2015, pag. 101 y ss.). _____

_____ Téngase en cuenta que ante la emergencia, todas las partes resultaron convocadas a proponer nuevos testigos idóneos para resolver los complejos interrogantes planteados, siendo notificadas a un mismo tiempo en el debate por lo que a posterior se practican los actos sin reserva alguna de ellas, incluso se ha escuchado al testigo propuesto por la misma defensa (v. fs. 799), en resumen, sin mención ni mengua concreta del derecho de ésta. (El Debido Proceso Penal. 3, Hammurabi, Ed. Jose Luis Desalma, 2016. Actividad Procesal Defectuosa. Carolina Ahumada. Ejes rectores de la convalidación, pag. 122). _____

_____ Ello nos posibilita intentar clarificar una cuestión semántica que no ha adquirido trascendencia, para causar su desmerecimiento, dado el número de testigos informáticos que, habiéndose antes admitido la prueba propuesta en forma, han comparecido a departir sobre el mismo punto habilitado por el Ministerio Público ahora con el consenso del contradictorio, y porque el mal llamado testigo del tribunal, ha resultado a la postre aprovechado por las demás partes por el principio de la comunidad de la prueba (Jauchen, Eduardo,

Tratado, Rubinzal Culzoni Editores, 2013, pag. 708 y 759)._____

_____ *“En otras palabras, para que la declaración de invalidez de un acto procesal resulte procedente es indispensable que se verifique que el vicio provoque un perjuicio real y concreto, que se haya producido una efectiva limitación de un derecho. En efecto, la garantía de defensa en juicio tiene carácter sustancial, y por ello exige la acreditación del concreto perjuicio que pudo inferir el presunto vicio de procedimiento y la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo de no haber existido éste”* (Eduardo Jauchen, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. II, págs. 78 y subs.). _____

_____ Ante la discrepancia en los informes con los peritos de parte, Ing. Rossi, confrontando los informes de periciales y explicaciones brindadas en audiencia por los Ingenieros en Computación Alvaro Gamarra (citado por el Tribunal), Sergio Rodrigo Gil (por la Defensa) y en Sistemas de Información Santiago Lazovski (por la Fiscalía), el Tribunal pudo concluir, que se ha vulnerado la norma del art. 128 del C.P., al facilitarse pornografía infantil a terceros desde el equipo del causante. _____

_____ Lo tuvo por probado diciendo que, pese a su complejidad se ha dejado en claro que a tal fin resulta suficiente la instalación del programa Ares por cuanto todo contenido descargado, total o parcialmente, se guarda en la carpeta “My shared folder” y al estar en la misma, se encuentra disponible para que otros usuarios de Ares puedan descargarlo desde ese equipo. _____

_____ Vale decir -concluyó con acierto- que los peritos han coincidido que desde el mismo momento que se inicia la descarga ya se está compartiendo archivos de forma inmediata, destacando que el imputado además admitió haber visto eventualmente un sitio Web de pornografía infantil, mientras que el perito reprodujo en el contradictorio parte de dos videos con ese contenido extraído del material secuestrado al imputado. Ello resulta conectado además con la circunstancia traída en calidad de indicio que el imputado durante el hecho primero procuraba extraer fotos de la menor, lo que no ha podido obtener mayor certeza en el juicio. _____

_____ Si bien se convino que pertenece a la naturaleza del programa Ares no dejar registro si el archivo “*se compartió con alguien específico*” o determinado tal cual lo explica el testigo de parte Ing. Gil, en el sentido en que “*no permite bajo ningún punto de vista discernir el tráfico de subida*”, la tipicidad del hecho no está dada en conocer o determinar en su base fáctica a quienes se difundió el contenido reprochable desde la computadora del encausado, sino en establecer que se haya hecho pública aun a un número no determinados de usuarios (público). En este punto prevaecientemente se coincidió que el programa cuando se instala, lo que quedó demostrado pericialmente ha sucedido en la máquina del imputado, donde está instalado el programa Ares, automáticamente, éste comparte o difunde los datos hallados, teleología para la cual fue creado. _____

_____ Así también dados los contenidos específicos encontrados en el dispositivo del incoado, que provienen de una fuente como los que la ley reprocha, debemos resaltar la importante circunstancia expuesta en el debate, en el sentido que en los usos de Internet es condición para obtener el contenido buscado que se suba un archivo de ese tipo de material -lo que opera como un código de identificación del usuario especial- (en el mismo sentido puede verse, así también, material de Taller Jurídico sobre Cibercrimen, Ezequiel Sallis, Experto en cibercrimen, MJ y DH de la Nación, Departamento de Justicia de EEUU y OEA, 1 y 2 de diciembre 2016), por lo que el extremo de haberse hallado en el dispositivo del imputado (Notebook marca HP, modelo g6-1309ss N/S: 5CD2057PYP) cuatro títulos de menores, recuperados en su contenido, además de muchos otros títulos no recuperados, hace posible la afirmación que T. V. facilitó o publicitó material pornográfico de menores, configurándose así el hecho por el que responde. _____

_____ Que lo fundado por el Tribunal sentenciante resultó plasmado de la forma en que los testimonios sobre un mismo tema se dan en la realidad, es decir sin coincidencias absolutas. Sin embargo, el Tribunal consideró tanto las disidencias parciales como que las actas de debate que muestran fundando su

conclusión que se ha compartido todo o parte de un archivo ingresado a la computadora del imputado por medio de la instalación del programa Ares y sus dispositivos de servidor y usuario automatizados, posibilitando configurar la tipicidad del hecho consistente en facilitar, publicar o distribuir imágenes de contenido obsceno (Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte Especial, T. I. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 167) o pornográfico de menores de 18 años. _____

_____ Tal tipificación apunta a evitar la explotación de menores en la producción de imágenes pornográficas, conforme a los propósitos de política criminal expresados en la discusión parlamentaria de la ley 25.087 (D' Alessio, Andrés José, Código Penal Comentado, Parte Especial, La Ley, 2006, pag. 201 y ss, art. 128 C.P. con cita de Donna y). Ello, incumbe en autos más aún cuando también se debe a lo peritado en autos la afirmación que el aparato informático del imputado ya ha demostrado tener bajados algunos de los productos pornográficos infantiles cuestionados en autos (cuatro niñas 10; Amateur en hotel Flaquita mexicana 10; DC 1070510; papi porno infantil pthc -“preteen hard core” núcleo duro preadolescente-), conforme fueran exhibidos en el debate, actividad conexas que resulta reconocida en parte por el imputado (audiencia del día 8 “*ha visto un sitio web de pornografía infantil*”). _____

_____ Por lo demás, el Tribunal interviniente razonablemente relativizó lo indicado por el Ing. Rossi, que dijo que para que una máquina pueda compartir las cosas que descargaba necesitaba que ese puerto estuviera abierto en el Router o en el Firewall del equipo, al igual que el Lic. Lazovsky que respondió que ellas son dos condiciones necesarias, valorando lo aportado por los últimos testigos (Acta, fs. 795 en adelante) interrogados al respecto en el sentido que al ser la computadora peritada del imputado de tipo portátil y por lo tanto móvil las posibilidades de acceso se amplían y no pueden asociarse exclusivamente al reuter y firewall del equipo del acusado, por lo que siendo los archivos compartidos desde la carpeta my shared folder desde que se instala la aplicación Ares, no resulta posible afirmar que los eventuales

puertos cerrados impidan la accesibilidad de o a la computadora del condenado. _____

_____ Nuestra Corte de Justicia local ha dicho: “*la viabilidad de un pronunciamiento contrario al acusado requiere un convencimiento razonablemente alcanzado mediante el triunfo racional de los factores incriminantes por sobre los que revisten carácter neutro o favorable al encausado*” (Expte. CJS 30.607/07 Regis Tomo 128: 1135/1146) . _____

_____ En lo que respecta al monto de la pena, que estimamos ajustados a los parámetros del derecho vigente y las constancias de la causa, entendemos, que las consideraciones vinculadas a que al imputado la víctima le tenía confianza o aprecio, la edad de ésta, asegurando la existencia de cualquier reacción, así como la presencia de familiares de la menor, en cercanías del hecho, su esposa embarazada y su hijo a metros de los actos consumativos, que no habría tenido incidencia alguna para motivarse en no llevar adelante el primero de los hechos cometidos (en el orden del fallo), han sido citados por los resolventes, sin perjuicio del lugar que ocupan las apreciaciones en la sentencia, para fundar la reprochabilidad del hecho. _____

_____ Vale decir, la condiciones dadas de alternatividad o posibilidad del reo de comportarse de otro modo, o lo que es lo mismo la exigencia de no haberse motivado, pudiendo hacerlo, conforme al mandato normativo, lo que constituye claramente un punto de análisis de la mensura del castigo por el reproche social del comportamiento (culpabilidad), diferente a la tipicidad del hecho, en la medida en que resulta esperable que la pena refleje la extensión de la culpabilidad como límite a la cuantía de la pena (Bacigalupo, Enrique, Hacia un nuevo Derecho Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p.660). ____

_____ Los demás factores considerados, para la individualización de la pena, tales, la entidad de los hechos, el daño psíquico y moral a ambas damnificadas, el potencial peligro de la facilitación de publicaciones pornográficas de menores, su condición de profesional del derecho, su personalidad reveladora de un conflicto con los mandatos sociales y

familiares, el uso de alcohol como desinhibidor, los rasgos obsesivos, su capacidad plena para discernir, para comprender y medir la trascendencia de sus actos y la comprensión del reproche social, la proyección de la culpa en los demás, así como la falta de antecedentes condenatorios, dan cuenta que la mencionada omisión ponderativa consignada por la Fiscal, en sustancia fueron efectivamente considerados, por lo que no cabe sino concluir que no existen elementos de los cuales asirse para sostener que el monto de la pena escogida para el caso por unanimidad por los integrantes del Tribunal de Juicio no se encuentre arreglado a derecho. _____

_____ En efecto, se agravia la Fiscal citando diversos factores agravantes que concurrieron al caso, mencionando en resumen los concernientes a las características del suceso atribuido y del imputado; dado en éste último su profesión de abogado, que habría generado una mayor comprensión de lo ilícito; las características de las personas damnificadas; el hecho que entre agresor y la víctima existiera una relación particular, por la escasa reacción de ella, en el caso; la afectación de bienes considerados esenciales del individuo, así como la entidad del daño psíquico causado en ambos supuestos; del mismo modo que la peligrosidad potencial del autor; como así la personalidad del nombrado; y el comportamiento posterior al delito, en cuanto a su conducta evasiva y sicopática, fueron considerados en prácticamente su totalidad por el Tribunal de Juicio para la mensura del castigo, por lo que el fallo debe confirmarse en tales términos. _____

_____ Que la probable guarda de hecho que el incoado tenía sobre una menor que invita durante horas junto a sus padres a su casa posibilitando a continuación al descanso en ámbitos de intimidad propio, alejada de aquellos, que no ha sido tratado en la teoría del caso por el Ministerio Público, constituye ahora una calidad agravatoria implícita en el resto de los ítems mencionados en tanto que el condenado mayor despliega mas que aprovecha las condiciones previas necesarias que hacen posible el abuso. _____

_____ 7º) Que en virtud de todo ello, agotada la capacidad de revisión de

este Tribunal de acuerdo a lo que exigen normas de jerarquía constitucional (arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y el Código de Procedimiento Penal (arts. 539, 549 y cc), no se advierten vicios o defectos en la sentencia de grado que habiliten su revocación o modificación, en la desincriminación, cambio de calificación y ni siquiera en el monto de la pena cuyos elementos de ponderación consignados han sido los que el derecho positivo establece para la cuantificación del castigo. Por consiguiente, los recursos de casación deben ser rechazados. _____

_____ **El Dr. Edgardo Francisco Albarracín, dijo:** _____

_____ Que se adhiere al voto del Vocal preopinante por sus fundamentos y conclusiones. _____

_____ En mérito a ello y el acuerdo que antecede, _____

_____ **LA SALA II DEL TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN,** _____

_____ **RESUELVE:** _____

_____ **I) NO HACER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos a fs. 906/917 por la defensa de F. J. T. V. y a fs. 918/923, por el Ministerio Público Fiscal, confirmando el fallo de fs. 857/898 vta. en cuanto fuera materia de agravio. _____

_____ **II) REGÍSTRESE, PROTOCOLÍCESE, NOTIFÍQUESE,** y oportunamente **BAJEN** los autos al Juzgado de origen. _____

Ante mí: