

En la ciudad de La Plata, a los 02 días del mes de febrero de dos mil dieciséis, se reúnen en acuerdo ordinario los señores jueces de la Sala V del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Martín Manuel Ordoqui y Jorge Hugo Celesia, bajo la presidencia del primero de los nombrados, con el fin de resolver los recursos presentados en las causas **Nº 68.231** caratulada **“TARRICO, ALEJANDRO JAIME S/ RECURSO DE CASACION”** juntamente con sus acumuladas número **70.389** y **68.233**, caratuladas respectivamente **“TARRICO, ALEJANDRO JAIME S/ RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR PARTICULAR DAMNIFICADO”** y **“TARRICO, ALEJANDRO JAIME S/ RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR AGENTE FISCAL”**. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación los jueces deberán observar el orden siguiente: **CELESIA-ORDOQUI**.

A N T E C E D E N T E S

El Tribunal en lo Criminal nro. 2 del Departamento Judicial Zárate Campana, condenó a Alejandro Jaime Tarrico a la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido por un ascendiente.

Contra dicha sentencia interpusieron recursos de casación la Sra. Defensora Particular, Dra. Ana Estela Luna, conforme surge de fs. 43/45 de este legajo, el patrocinante letrado del particular damnificado, Dr. Vadim Mischanchuk –fs. 21/36 del expediente nro. 70.389-, como así también el Sr. Agente Fiscal, Dr. José Luis Castaño –fs. 44/50 de la causa nro. 68.233-.

Efectuadas las vistas correspondientes este tribunal decidió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

Primera: *¿Son admisibles los recursos interpuestos?*

Segunda: *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión planteada, el Sr. juez Dr. Celesia dijo:

Los recursos de casación son admisibles, pues fueron interpuestos en tiempo y forma por quienes tienen legitimación para articularlos, contra una sentencia condenatoria dictada luego de la sustanciación del juicio oral en materia criminal agregando que, en el caso de los acusadores, la pena impuesta ha sido inferior a la mitad de la requerida, pues fue solicitada la imposición de diez años de prisión (450 primer párrafo, 452 inc. 2, 453, 454 inc. 1 y conc. del C.P.P).

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el Sr. juez Dr. Ordoqui dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Celesia, conforme a los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el Sr. juez Dr. Celesia dijo:

I.- Responde a las quejas de los acusadores:

a.- Denuncia el agente fiscal recurrente la inobservancia, por parte del Tribunal sentenciante, de los arts. 209, 210 y 373 del C.P.P, para lo cual alude a la configuración de una absurda valoración probatoria.

Entiende el recurrente que, a contrario de lo expuesto por el voto mayoritario del órgano de juicio, se encuentra efectivamente acreditado que el imputado accedía carnalmente a su hija, vía oral, en oportunidad en que se bañaban juntos en el Jacuzzi o en la bañera.

Afirma, para ello, que Tarrico le decía a su hija, de menos de tres años de edad en aquél entonces, que su pene era un sapito, para así lograr la práctica de la fellatio in ore.

Refiere que no fueron correctamente valorados los testimonios de los padres de B., amiga de la víctima, argumentando en forma similar al voto minoritario del Tribunal, citando lo dicho por Silvana Galván –testigo ya fallecida- quien hizo referencia a que su concubino le relató como su hija B. exteriorizó algo, señalando el miembro viril de la escultura del David que

había visto en una revista para, acto seguido, succionarse su mano y hacer referencia a lo que S. T. hacía con su padre, el aquí inculpado.

Manifestó que el hecho de que su concubino, Fabio Ferraro –quien habría visto esa escena-, no hiciera referencia en el debate a esta particularidad –la succión de su propia mano por parte de B., recreando lo que S. T. haría con su progenitor- no invalidaba lo dicho entonces por su pareja, Galván, pues no existía motivo alguno en la falacia de aquella, a lo cual agrega que el testimonio de Silvana Galván, durante la IPP, fue muy próximo a los hechos, mientras que el de su esposo fue muy posterior, casi una década después de los eventos investigados, justificando así un potencial olvido.

Así también, expuso que el encausado frotaba con su pene la vagina y el ano de su hija, produciéndole laceraciones en dichas zonas.

En tal inteligencia, entiende probado el absurdo y solicita la recalificación del hecho materia de imputación, solicitando sea subsumido en el tipo de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo de ascendiente y por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad, peticionando se imponga la pena de diez años de prisión.

Por su parte, el Dr. Vadim Mischanchuk, letrado representante del particular damnificado, luego de una extensa cita de la sentencia recurrida argumentó que, en gran analogía con el voto minoritario, si el imputado se hacía besar el miembro por su hija, no resultaría ilógico pensar que llegó a introducirlo en la boca de la víctima.

Reitera lo fundamentado por el juez que votó en disidencia, al exponer que no es preciso, para la configuración del acceso carnal, que se produzca la succión del pene, bastando su introducción en la mucosa oral, lo cual considera probado a través del testimonio de la ya mencionada Silvana Galván, argumentando al respecto las mismas quejas que el Ministerio Público Fiscal.

Recalca que, tratándose de un caso de violencia de género, se impone un principio de amplia libertad probatoria, conforme al art. 31 de la ley 26.485, teniendo en consideración que estos hechos no se cometen en público.

Peticiona que se condene a Tarrico a la pena de diez años de prisión, como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal cometido por ascendiente.

b.- La Dra. Moretti, Fiscal Adjunta en esta instancia, mantuvo el recurso impetrado por el representante de su Ministerio, alegando la configuración de un error de subsunción indirecto, por errónea aplicación del primer párrafo del art. 119 del C.P, siendo inobservado el tercer párrafo de dicha norma.

c.- El Ministerio Público Fiscal pretende la nueva subsunción jurídica del hecho pesquisado recurriendo a la teoría del absurdo, alegando que el acceso carnal –vía oral- se encuentra acreditado y que lo contrario implica una sentencia arbitraria, pero para ello debería demostrar que el razonamiento empleado por el órgano de juicio es ilógico, partiendo de que el acusador carece del derecho a un recurso amplio, pues su legitimación es solo legal, pero no así constitucional, al contrario del recurso de la Defensa, ello pues en la tarea de analizar la procedencia de los fundamentos del recurso fiscal debe partirse de la premisa de que el alcance de este tipo de recursos no puede equipararse al que cabe otorgarle al que interpone la Defensa.

La distinción es lógica consecuencia de la distinta naturaleza del instrumento recursivo en cada caso.

El recurso defensorista contra la sentencia condenatoria tiene rango constitucional, se trata de una garantía a favor del imputado que el Estado está comprometido a asegurar por imperio de los Pactos Internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional, debiendo hacerlo en condiciones tales que representen una efectiva posibilidad de revisión amplia y sencilla de la sentencia de condena.

En cambio, el recuso reconocido al Ministerio Público Fiscal no tiene rango de garantía sino que constituye sólo una facultad legal. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Arce”, explicando que “las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes”, de lo que se concluyó que “el derecho de recurrir ha sido consagrado sólo en beneficio del inculpado. En consecuencia, y en tanto el Ministerio Público es un órgano del estado y no el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por normas de rango constitucional”.

Esa dispar entidad de las fuentes que consagran el recurso a favor del condenado en un caso y del acusador en el otro, genera consecuencias en cuanto al alcance con que pueden ser concebidos cada uno de ellos, pues cuando se trata de hacer operativa la garantía del doble conforme no serán admisibles limitaciones formales de ningún tipo al objeto o al alcance de la revisión, mientras que cuando sólo se trata del ejercicio de una facultad de orden legal no hay motivos para objetar la consagración legislativa de límites formales o materiales.

Para permitir al imputado el eficaz y efectivo cumplimiento de la garantía de doble conforme el recurso contra la decisión de condena debe ser tan amplio como sea posible: teoría del máximo rendimiento.

Es el derecho fundamental del imputado a una amplia refutación de la sentencia condenatoria (derecho a defenderse una vez más) el que veda la posibilidad de consagrar cualquier limitación formal a su recurso; pero para los demás sujetos del proceso esas limitaciones son legítimas porque no se encuentra en juego ninguna garantía constitucional.

Por ello, en el caso del recurso del acusador la revisión no debe estar signada por la teoría del máximo rendimiento, emanada del fallo “Casal” con el fin de determinar las características que debía tener la revisión de un fallo condenatorio para que pueda considerarse satisfecha la garantía de la doble instancia que, reitero, no ampara al Ministerio Público Fiscal; sino que su

recurso sólo exige en esta sede el control del cumplimiento normativo, que en materia probatoria no es ni más ni menos que lo normado en el art. 210 del C.P.P. en cuanto exige la convicción sincera sobre la verdad de los hechos con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción.

Si esto está cumplido, tratándose de un recurso del acusador no es posible en esta instancia -pues no se verifica el motivo casatorio consagrado en la ley procesal- realizar una nueva valoración –en perjuicio del imputado- de la fuerza convictiva que el juzgador ha asignado al material probatorio reunido; sino que sólo corresponde abocarse al control del cumplimiento del desarrollo escrito de las razones que llevaron a la convicción declarada y su lógica, y a todo evento corregir los casos en que resulte, en razón de las deficiencias lógicas del razonamiento o de una total ausencia de fundamento, una arbitrariedad o un absurdo intolerable al principio republicano de gobierno por ausencia de fundamentos.

Por el contrario, de no constatarse esos defectos de magnitud en la valoración probatoria, entiendo que no resulta posible en esta instancia alterar las conclusiones alcanzadas por los jueces de mérito, pues lo que la ley manda no es la imposición de la voluntad del órgano de Alzada, sino el control por parte de éste, de que se haya efectuado una valoración conforme a los parámetros de la sana crítica, y en caso de así haber sido deberá ser respetada y validada cuando la conclusión se asiente en razonamientos fundados en lo actuado en el juicio en cuyo transcurso se apreciaron testimonios y declaraciones con inmediación ante los órganos de prueba.

En definitiva, si bien el Ministerio Público Fiscal cuenta con la facultad de orden legal de recurrir el fallo absolutorio, el alcance del tratamiento que corresponde otorgarle a su recurso debe ceñirse a verificar si la ley ha sido bien o mal aplicada -cuando se denuncie violación a la ley sustantiva- o si en la construcción del fallo se ha respetado la ley procesal en el caso de que lo denunciado sea la violación a las formas esenciales del procedimiento o de la resolución, verificando si existe una exposición razonada de los fundamentos que le dan sustento a la conclusión.

Este alcance más limitado no inhibe la posibilidad de que en determinados casos sea necesario realizar un análisis de las cuestiones fácticas y del material probatorio ponderado en el fallo, cuando ello resulte ineludible para determinar la logicidad de la construcción del razonamiento sentencial en esta materia.

Así las cosas, en el caso aquí tratado advierto que de la sentencia impugnada surge con claridad cuáles fueron los fundamentos que llevaron a los magistrados a pronunciarse de un modo desincriminatorio respecto de la pretensión del acusador, pues han detallado las dudas que se le han generado respecto de la autoría del inculpado en el hecho.

En efecto, el presunto acceso carnal solo se basó en los dichos de Silvana Galván, incorporados por lectura a raíz de su deceso, siendo que ella hizo puntual referencia a lo que le relatara su concubino, Fabio Ferraro, en torno a que en oportunidad de estar este junto a su hija B., amiga de la víctima, vio la imagen del David en una revista y señaló el pene de la imagen, luego expresó lo que su amiga le habría comentado que hacía con su padre en la bañera para, acto seguido, llevarse la mano a la boca y comenzar a succionarla.

Esto fue interpretado por ambos acusadores y por el juez que votó en minoría como una clara referencia a la fellatio in ore que reiteradamente S. T. le habría practicado a su progenitor al compartir las duchas, escenario del hecho continuado que se le endilgara.

Claro está que la verdadera fuente de información no es Galván, pues consiste en un denominado “testigo de oídas”, sino en lo que habría visto su pareja, Fabio Ferraro, en oportunidad en que notó la conducta de B.

El inconveniente que se le plantea a la hipótesis acusatoria es que en el debate el testigo Ferraro ratificó solo parcialmente aquellos dichos de su entonces pareja, pues recreó la escena de B. cuando vio la escultura del David en la revista, momento en el que ella le dijo “mirá papá como me dijo S., el pito”. También relató que la niña le comentó que el padre -Tarrico- le mostraba el miembro viril o se bañaban juntos.

Así las cosas, el testigo jamás hizo referencia a la conducta de B. de succionar su propia mano al recordar el relato de su amiga S. T.

En tal hermenéutica, el tribunal consideró que no existe un grado de certeza absoluta sobre la existencia de dicho tramo de la plataforma fáctica, sumando a ello que en los restantes testimonios solo se ha hecho referencia a los lavajes y besos de la niña en el pene de su padre, pero nunca a una acción equiparable o similar a succionar el miembro viril.

A colación de la succión, la cuestión sobre si la fellatio implica necesariamente ello o el mero ingreso del pene en la mucosa bucal es fútil, si se tiene en cuenta que, lisa y llanamente, se tuvo por no acreditado este punto del cuerpo del delito. No se discutió si hubo succión o no, sino si realmente existió una felación.

Está claro que no se ha configurado el vicio de absurdo alegado, pues el razonamiento aparece lógico y debidamente fundamentado, siendo la versión de los acusadores una mera opinión discrepante que no invalida la inteligencia de la sentencia.

En cuanto a las laceraciones en la zona vaginal y anal de la víctima, ello producto del frotamiento que el imputado haría con su pene en dichas partes, ello fue solo mencionado por el acusador público en su relato del hecho, mas no ha exteriorizado cual es el alcance que pretende dar con ello a la sentencia.

De hecho el tribunal, cuando describe la materialidad ilícita, solo hace mención a los actos de lavar y besar el pene del encausado por parte del sujeto pasivo, pero no describe ninguna conducta de frotamiento, de lo cual puede deducirse que no tuvo ello por acreditado.

Tampoco el recurso del acusador ha ido acompañado de una acabada fundamentación en torno a las probanzas de las cuales surgiría claramente la conducta reprochada, esto es, el frotamiento con el pene en las partes pudendas de la menor, siendo claramente insuficiente la impugnación por la ausencia de la exteriorización de su concreto agravio, pues tampoco ha manifestado cual es la solución que se pretende en dicho

aspecto fáctico, no pudiendo avanzar este tribunal sin con ello afectar el principio dispositivo de los recursos –arts. 421 segundo párrafo, 434, 451 segundo y quinto párrafo y conc. del ceremonial-, máxime cuando pudo haber considerado tal acto como integrante del iter criminis imputado a Tarrico.

Eventualmente, y aun ante la vacante fundamentación recursiva, tampoco puede considerarse suficientemente acreditado un hipotético absurdo valorativo, si se tiene en cuenta que solo la madre de la víctima habló de dichas lesiones, pero en ningún momento la damnificada ha hecho referencia alguna a conductas compatibles con frotamientos en dichas zonas erógenas, al igual que tampoco los demás testigos mencionaron que la niña haya exteriorizado, en algún momento, algo relativo a ello.

En tal suerte, los recursos de los acusadores son improcedentes y merecen el rechazo, sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P).

II.- Planteos subsidiarios de la Fiscalía de Casación:

a.- Para el caso de que no se considere acreditado el acceso carnal solicita que se encuadre la conducta de Tarrico en el segundo párrafo del art. 119 del C.P, esto es, en el tipo penal de abuso sexual gravemente ultrajante.

Así sostiene que, aun por fuera del acceso carnal, la acción desplegada ha constituido un sometimiento sexual especialmente ultrajante para la víctima.

Alega que lo peticionado no transgrede el principio de congruencia ni el derecho de defensa en juicio, teniendo en cuenta que la plataforma fáctica no sufre variación alguna, además de que la calificación legal ha sido oportunamente cuestionada en el recurso fiscal, el cual mantuvo.

Manifiesta que el grave ultraje a la víctima, y que supera lo atinente a un abuso sexual simple, se afinca en su escasa edad al momento del hecho –menos de tres años-, la duración del tiempo durante el cual el imputado ejecutó el hecho –casi un año, siempre en ocasión de que el encausado se

llevada a su hogar a la niña de visita- y la modalidad de bañarse junto a ella, haciéndose lavar y besar por la víctima el pene.

De tal manera, peticiona subsidiariamente se califique el hecho como abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo.

Así también y en la audiencia de informes, amplió el espectro de sus agravios, peticionando subsidiariamente que las circunstancias fácticas que caracterizaron el hecho sean computadas como agravantes genéricas, solicitando se imponga la pena de diez años de prisión, lo cual equivale a lo entonces requerido por el Fiscal de juicio.

b.- La Defensa, en la misma oportunidad procesal, se opuso a estos planteos subsidiarios, pues alega que ni siquiera fueron argüidos supletoriamente en el debate por el acusador, resultando en esta instancia una extralimitación.

c.- No puede ser subsumida la conducta de Alejandro Jaime Tarrico en la variable típica prevista en el art. 119 segundo párrafo del digesto de fondo, ello por razones de índole procesal, así como también por no abastecer los requerimientos objetivos de aquél tipo penal.

En primer lugar, y si bien es cierto que el juzgador conserva la facultad de encuadrar jurídicamente el hecho imputado en el tipo penal correspondiente, ello en oportunidad de dictar la sentencia, dicha prerrogativa encuentra un límite: no debe causar la indefensión del inculpado, ello conforme al art. 375 inc. 1 del C.P.P, texto conforme a la ley 13.260.

De acuerdo con dicha normativa, no basta con que el tribunal no se aparte de la plataforma fáctica que fuera materia de la acusación, pues tampoco deben existir desvíos bruscos en la significación jurídica que provoquen una sorpresiva calificación legal para la defensa, al punto de causar la imposibilidad de ejercer su facultad de oposición, es decir, lisa y llanamente de defenderse de la misma.

Nótese que el texto del citado art. 375 inc. 1 del ceremonial, conforme a la ley 12.059 solo mencionaba que la sentencia condenatoria debe

contener como cuestiones esenciales las relativas a la calificación legal del delito y del pronunciamiento que corresponde dictar, sin hacer alusión alguna al límite de la imposibilidad de exceder la descripción fáctica como tampoco a la no provocación de la indefensión del imputado, lo cual sí se realiza en el texto actual, según ley 13.260 y que consagra expresamente dichas vallas procesales.

Inclusive, y en consonancia con lo expuesto, no basta con que no se produzca un corrimiento de la descripción fáctica que fuera materia de la acusación, pues existen valoraciones de índole jurídica que merecen ser tratadas en el debate y que, naturalmente, deben contar con el debido contradictorio, lo cual solo se cumple si se le da la chance a la defensa de presentar argumentos contrarios a dichas valoraciones.

En este caso se produce dicho fenómeno, pues la caracterización subsidiaria del abuso sexual como gravemente ultrajante que ensaya la Fiscalía de Casación es producto de una argumentación que no integró la materia del debate y que si bien fue exteriorizada en la audiencia de informes con presencia de la defensora, ello no le quita el carácter sorpresivo para el ejercicio de su ministerio.

Desde otro prisma, y aún si se quisiera caracterizar a dicha calificación como un hecho nuevo, ello por constituir circunstancias agravantes de calificación que no fueron oportunamente imputadas, la vía de introducción debió ser a través de la ampliación del requerimiento fiscal que prevé el art. 359 del rito, pero nunca podría haberse exorbitado la acusación, tardíamente, en oportunidad de presentar el memorial o en la audiencia de informes, según sea el caso, pues ello causaría sorpresa a la defensa y la dejaría en un estado de indefensión que es, justamente, lo que busca evitar el texto actual del art. 375 inc. 1 del plexo normativo adjetivo.

No obstante todo lo expuesto, con lo cual ya basta para denegar la pretensión fiscalista, tampoco es factible caracterizar el episodio que en el fallo se estimó vivenciado por S. T. como un abuso sexual gravemente ultrajante.

He sostenido que la figura agravada en crisis, novedosamente introducida al código penal por la ley 25.089, requiere para su configuración la verificación fáctica de dos condiciones alternativas, de tiempo y modo del abuso, mas una consecuencia. La primera de las condiciones se funda en la duración del acto sexual, la segunda en las circunstancias de su realización, mientras que la consecuencia alude al sometimiento por parte del autor de un ultraje esencialmente grave para la víctima.

El cumplimiento de alguna de las condiciones a las que se refiere la norma tiene que provocar una humillación particularmente degradante para el sujeto pasivo, esto es, que el acto además de violentar su identidad sexual, implique un menoscabo a su dignidad como persona.

Esta figura agravada posee una estructura similar a la del abuso sexual simple. En ambos casos puede existir un sometimiento ultrajante, pero en el supuesto del segundo párrafo del art. 119 la modalidad de la agresión debe ser cualitativamente más grave que el común de las circunstancias que quedan abarcadas por el abuso sexual simple.

Según lo demuestra la progresividad con que el Código Penal tipifica las diferentes agresiones sexuales, el abuso sexual gravemente ultrajante alude a hechos que violentan severamente la dignidad de la víctima y lo ubican, por tanto, en una posición intermedia entre el abuso sexual simple y la violación.

Estos casos agravados de abuso sexual, se distinguen claramente de aquellos supuestos mucho menos lesivos en los que el abuso sexual consiste en un mero tocamiento furtivo de alguna zona pudenda de la víctima.

El sometimiento se relaciona con la idea de dominio. Creus indica, en este sentido, que hay sometimiento *“cuando se pone a otra persona generalmente por la fuerza o la violencia bajo la autoridad o el dominio de otra...”* (Creus, Carlos: *“Derecho Penal. Parte Especial”*, Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007).

Se alcanza el grado de sometimiento cuando el autor tiene la intención de poner a la víctima bajo su control como mero objeto de placer, noción que posee un componente objetivo y otro subjetivo: por un lado, el uso de violencia y, por el otro, el ánimo particular de someter a la víctima como objeto sexual. De esta manera, la duración del abuso o la circunstancia de su ejecución son condiciones necesarias pero no suficientes para dar realidad al sometimiento: éste requiere, a su vez, que el autor tome a la víctima como simple objeto de sus necesidades sexuales, pues aquí es precisamente donde se consuma la degradación de la persona, cuando ella es tratada como objeto, como medio para un fin.

De tal manera, y aun reconociendo que la caracterización de esta figura penal ostenta un margen importante de valoración, entiendo que los actos desplegados por Tarrico sobre su hija no implican o desembocan en ese plus que debe tener el acto sexual para considerarse gravemente ultrajante, no superando su afectación a la libertad sexual del sujeto pasivo lo previsto en el primer párrafo del art. 119 del C.P, en este caso agravado por el vínculo de ascendiente.

Finalmente, los agravios introducidos en esta instancia por la citada fiscal por ante este tribunal, vinculados a la verificación de agravantes genéricas y que debieran traducirse en un incremento del monto de la pena deben ser rechazados por extemporáneos, pues constituyen un nuevo motivo de agravio que versa sobre un punto distinto de la resolución que el agente fiscal ha interpuesto recién en esta instancia, esto es con posterioridad al vencimiento del plazo previsto en el artículo 451, lo que a mi juicio lo torna extemporáneo.

Esta interpretación no sólo resulta congruente con el carácter dispositivo de los recursos, sino que responde también a la letra de la ley, que por un lado circunscribe el conocimiento del tribunal de alzada a los puntos de resolución a los que se refieren los motivos de agravio (art. 434, CPP) y, por el otro y sin desmedro de dicha disposición, permite ir más allá de los motivos de agravio cuando ello favorece la situación del imputado.

Sobre cada punto de una resolución impugnada pueden recaer varios motivos de agravio. Lo que la ley solamente permite, bajo determinadas condiciones, es ir más allá de dichos motivos, pero nunca exceder el punto de la resolución que circunscribe el conocimiento del tribunal de alzada en todos aquellos casos en que no corresponda el dictado de una nulidad absoluta (art. 434 in fine del CPP).

En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de esta provincia ha sostenido que “El último párrafo del apartado cuarto del art. 451 del ritual marca el límite temporal para expresar los motivos de casación: hasta la interposición del recurso. Una vez vencido ese término “el recurrente no podrá invocar otros motivos distintos”. Las posteriores ocasiones procesales (como la mentada audiencia prevista en el art. 458, C.P.P.) están contemplados para que la parte complete, con argumentos y citas legales, el planteo originario del recurso, sin que quepa ampliar el espectro del material sobre el cual el Tribunal de Casación debe ejercer su control de legalidad. En el caso, la circunstancia de que el agravio en cuestión haya sido formulado en una etapa del procedimiento posterior, esto es: al celebrarse la audiencia prevista en el art. 458 del Código ritual no modifica lo expuesto. En ese entendimiento, la queja deviene inaudible por extemporánea (doctr. art. 451, tercer párrafo, C.P.P.; conf. P. 78.901, sent. del 7-XI-2001; P. 75.534, sent. del 21-XI-2001; P. 77.329, sent. del 10-IX-2003; P. 81725, sent. Del 16-IX-2003; P. 83.841, sent. del 9-X-2003; P. 89.368, sent. del 22-XII-2004; e.o.)” (Conf. Causa P. 96980, “P., L.E. Recurso de Casación).

En el recurso originariamente deducido no se invoca ningún motivo casatorio vinculado con la exposición de la Fiscal Adjunta, de modo que no mediando un supuesto de nulidad absoluta el cuestionamiento de tales aspectos en forma originaria ante esta sede exceden la competencia de este tribunal limitada por la regla del art. 434 del C.P.P. a los puntos de la resolución a los que se refieren los motivos del agravio y por tanto la pretensión de que esta alzada incursione en el análisis de esos tramos del fallo resulta extemporánea.

Corresponde, en consecuencia, denegar los agravios subsidiarios planteados por la Fiscalía de Casación.

III.- Respuesta a los agravios de la Defensa:

a.- Argumenta la impugnante que el resolutorio incurre en afirmaciones dogmáticas, no constituyendo una derivación razonada del derecho vigente, configurándose una sentencia arbitraria.

Sostiene que la valoración probatoria es totalmente apartada de lo real. Para ello, trae a colación diferentes aspectos fácticos, comenzando por la denuncia formulada por la progenitora de la víctima, Gabriela Aizcorbe, la cual giró en torno a supuestas laceraciones en la vagina y el ano de la infante, S. T., a la vez que la niña habría afirmado que su padre, el aquí imputado, le decía que le lave “el pito” cuando se bañaban juntos, mas con el correr del tiempo se agregó una cuestión importante: el encausado también le pedía a la víctima que le besara el miembro. Resalta la defensora que la propia hermana de la denunciante dijo que ya en 2005 sabían de esos supuestos besos, no pareciendo razonable que no se haya revelado semejante aspecto del hecho en la denuncia, si este ya era conocido.

En cuanto a las lastimaduras, sostiene que no existen informes médicos ni pruebas que acrediten dichos extremos, no explicándose como no consultó a un pediatra si esta sintomatología era tan frecuente.

Refiere que, en oportunidad de declarar la menor, solo habló de haber lavado el pene de su padre cuando se duchaban, pero nunca de sexo oral, ni de lesiones sufridas. Recalca que la niña desconocía por que pasó tanto tiempo sin volver a ver a su progenitor.

Sostiene que se hizo hincapié en que la Lic. Ana Fernanda Díaz dijo que el encausado es un individuo narcisista desprovisto de pudor para hablar de temas de índole sexual, pero hizo silencio el tribunal cuando la experta dijo que los abusadores sexuales, al revés, esconden lo erótico, muy por el contrario a lo que exteriorizó Tarrico en la entrevista.

Puntualiza que lo expuesto por la Lic. Pini, psicóloga del fuero minoril, es solo una impresión diagnóstica efectuada luego de una breve entrevista,

basada únicamente en los dichos de la menor y de su madre, sin que constituya una auténtica pericia.

Manifiesta que la menor no padece secuelas y lleva una vida normal, ello se desprendería, según sostiene, de los dichos de su tía materna, su padrastro Villagra Morales y hasta de su madre, contrariando así el informe de la Lic. Pini.

Solicita la casación del pronunciamiento condenatorio y se absuelva a su pupilo procesal.

b.- La Dra. Alejandra Moretti, Fiscal Adjunta de Casación, luego de citar las probanzas valoradas por el a quo, sostuvo que los embates de la defensa deben ser rechazados, ello al no haber sido demostrado el absurdo valorativo que invocara, entendiendo que el recurso es insuficiente en cuanto tachó de dogmática a la sentencia en su fundamentación, considerando la representante del Ministerio Público Fiscal que el razonamiento de los sentenciantes no adolece de falla alguna.

c.- Tuvo por acreditado el tribunal que en reiteradas oportunidades, entre el mes de septiembre de 2004 y el mes de julio de 2005, el aquí imputado abusó sexualmente de su hija menor de dieciocho años de edad S. T., aprovechando la convivencia preexistente, ello en las ocasiones en que la llevaba consigo a fin de pasar juntos el fin de semana en las viviendas de su propiedad, puntualmente en la unidad funcional nro. 247 del Náutico Escobar Country Club, sito en la localidad bonaerense de Escobar, como así también en el departamento ubicado en arteria Federico Lacroze nro. 1920, 1er piso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siendo que en varias oportunidades el inculpado Tarrico aprovechaba la ocasión de estar a solas con la niña y procedía, según fuera el lugar, a llenar con agua la bañera o el Yacuzzi, ingresando a los mismos con la infante, obligándola a que le lave el pene, como así también a besárselo.

En primer lugar, la víctima S. T. confirmó la materialidad ilícita endilgada a su padre, ello en oportunidad de prestar declaración mediante el sistema de Cámara Gesell. Allí dijo que no sabía por qué dejó de ver a su

progenitor, refiriendo sobre su relación con él que era chiquita, que no lo entendía, exponiendo que la hacía bañarse junto a él, justificándose al manifestar que no lo había dicho porque no sabía que estaba mal. Dejó en claro que su padre siempre “le hacía lavar el pito”.

Luego, existen deposiciones testificales que, en forma concordante, dan referencia a aquél escueto pero claro relato de la niña.

Así su madre y denunciante de autos, Verónica Aizcorbe, además de relatar su unión con Alejandro Jaime Tarrico, de cuyo fruto nació la víctima S. el día 3 de diciembre de 2001, cuyo certificado fue referenciado por el tribunal, siendo su testimonio apreciado por los jueces, producto de la inmediación, como objetivo y veraz, mencionó la testigo que su hija, en una oportunidad en que se bañaba, la misma le manifestó “yo le lavo el pito a papá”, siendo que ante la recriminación de su progenitora la niña le respondió “él me lo pide, está bien porque él me lo pidió”.

También expuso que su hija comentó esas escenas con una amiga del jardín de infantes, siendo que la menor abusada vivía y sentía esos episodios como algo normal, ella repetía –dice la testigo- que su padre le pedía que le lavara el pito y que le diera besitos en dicha zona erógena. Dijo que iniciaron un tratamiento psicológico, siendo aconsejado escuchar a la pequeña pero no indagarla sobre lo vivenciado.

Como particular indicio de cargo, relató que le mostró una video-filmación educativa -“De donde venimos”-, para así diferenciar los sexos, siendo que S. no quería ver más cuando se exhibían escenas de chicos que ingresaban a una bañera. Es por demás sugestivo que ante el estímulo visual de los niños y la bañera la víctima no quisiera visualizar más el contenido, siendo razonable explicar ello a partir del recuerdo de lo experimentado con su padre en los episodios abusivos y la sospecha de que algo estaba mal con ello, lo manifestado por la menor en Cámara Gesell – “no lo había dicho porque no sabía que estaba mal”- así lo prueba.

A colación de una particularidad relatada por la madre de la víctima, sobre que S. vivía lo ocurrido como algo normal, en el informe de la Lic. Pini,

no obstante las aclaraciones de la defensa en torno a que solo es una impresión diagnóstica producto de una breve entrevista, no constituyendo un verdadero dictamen pericial, mas ello no le resta valor probatorio a un dato elemental para el desvelamiento del suceso: la licenciada dijo que la niña le pidió, sobre lo que le había relatado –los lavajes del miembro viril de su padre practicados en la ducha- que “no se lo digas a mamá”, expresando que la menor vivía lo ocurrido sin malestar y hasta con cierto placer, lo cual se explica a partir de un vínculo de seducción por parte de su progenitor, colocándose la niña en el rol de cómplice de su padre.

De tal manera, y no obstante que la experta señaló que ello podría constituirse en una perversión a futuro –que, claro está, no ha conformado la materialidad ilícita, no obstante los elementos acopiados-, es claro que esa impresión diagnóstica, como lo rotula la recurrente, ha tenido una base muy concreta –la propia entrevista con la misma víctima- siendo que su diagnóstico aparece robustecido por el comportamiento de la infante que detalla su progenitora, en la especie: que vivía y sentía como normal lo anormal.

También la Lic. Ana Fernanda Díaz, quien según los magistrados se mostró sorprendida por la exteriorización verbal del imputado Tarrico sobre la temática sexual, al punto de quedar “desencajado”, con ausencia de pudor y relatando que por momentos fue procaz, y si bien ello contrasta con la distancia y frialdad esperable en estos casos –la propia experta lo remarcó- dijo Díaz que observó indicadores de dificultad en el control intelectual de los impulsos con un afloramiento de la vida impulsiva y perturbación emocional, contando Tarrico con una personalidad narcisista, psicosexualmente inmadura y con una fantástica autoestima.

La problemática concretamente detallada por la experta, ergo: una personalidad psicosexualmente inmadura, incluso afirmó que no adquirió una sexualidad adulta, a lo cual se suma la dificultad para atemperar sus impulsos, siendo inestable, como la propia Lic. Díaz lo aclaró, lo cual bien

explica la conducta del encausado en la bañera con su pequeña hija, constituyéndose en otra trascendente inferencia cargosa.

Pero no solo la progenitora de la víctima ha realizado referencias al relato de la misma en torno a los abusos, también Miguel Ángel Villagra Morales, actual pareja de la madre de S., relató como la niña le expuso, en clara referencia a lo que pasada en las duchas con su padre: “¿sabés por qué no veo a mi papá?, porque es malo, me hace lavarle el pito”, siendo que, en una oportunidad en que estaban de vacaciones en Monte Hermoso, S. le dijo “yo no te dije todo, mi papá me hacía darle besos en el pito y lavarle el pito”.

También Natalia Aguerre, amiga de la denunciante, a quien S. T. le manifestó que su padre era malo, ello porque cuando iba a visitarlo, le hacía lavar el miembro viril y darle besos, ante lo que quedó shockeada, según contó en la audiencia de debate.

La hermana de la denunciante, Jesuana Aizcorbe, expuso que durante las vacaciones de invierno de 2005, S. le dijo mientras dibujaba que “no hay que lavarle el pito a papá”, repitiendo luego “me pidió que le lave el pito y que le dé besos”, afirmando que habló de ello con su hermana y que esta dijo que ya se lo había contado. En referencia a lo argumentado por la defensa, sobre como puede ser posible que el gran detalle de los besos de la niña no haya sido explicitado en la primigenia denuncia, y si bien es cierto que no resulta una omisión menor, entiendo que de ello no puede concluirse, necesariamente, que semejante cuestión haya sido inventada, de hecho, el liso y llano descuido en la redacción de la denuncia explica perfectamente ello.

Luego, la circunstancia de que en oportunidad de declarar la menor, donde solo narró haber lavado el miembro de su padre cuando se duchaban, pero nunca de practicar sexo oral, ni de eventuales lesiones sufridas, ello no significa restante verosimilitud a las referencias realizadas por los demás testigos en torno a su relato, más cuando la niña, simplemente, pudo sentirse avergonzada en la oportunidad de prestar declaración testimonial.

Desde otra perspectiva, la recurrente argumenta que de los dichos de la tía de la damnificada, Jesuana Aizcorbe, de su padrastro, Villagra Morales y hasta de su propia progenitora, surge que la niña lleva una vida normal, sin secuelas psicológicas, más descuida la impugnante en su fundamentación del agravio que el tipo penal de abuso sexual simple, en su modalidad agravada por la ascendencia del autor, no requiere ninguna sintomatología posterior al hecho, configurándose con el solo ataque a la libertad sexual de la víctima.

En este caso, tratándose de una menor impúber de poco menos de tres años de edad al momento de iniciarse los abusos contra su integridad sexual, es claro que dicho sujeto pasivo se encuentra en una total imposibilidad psíquica de consentir el trato carnal dispensado, basado ello en la falta de herramientas madurativas que le permitan comprender la naturaleza del acto que protagoniza.

Así, la circunstancia de que su progenitor la haya obligado, sea por el medio que fuere, a lavarle el pene y a besárselo, ya configura la afrenta, no resultando menester ningún tipo de padecimiento posterior que, en todo caso, el informe de la Lic. Pini, que tanto ataca la recurrente, parece más bien confirmar, al menos como corrupción potencial de su psiquismo, pues vivía como normal su temprana sexualización, a raíz del trato que le daba su padre.

En cuanto a las supuestas laceraciones en la zona vaginal y anal de la víctima, ello a raíz de lo declarado por su madre, esta lo ha dicho en el sentido de haber “atado cabos sueltos” con ello, mas en ningún momento se lo ha acusado al encartado de haber penetrado anal ni vaginalmente a su hija, de modo que carece de agravio la recurrente en este tramo. De hecho, el Agente Fiscal describió una materialidad ilícita, en este punto, consistente en haber frotado Tarrico con su pene dichas zonas corporales, pero no de haberlas accedido, lo cual ya fue analizado en oportunidad de tratar los agravios del Ministerio Público Fiscal.

De tal forma, la valoración probatoria realizada por el a quo y su razonamiento aparecen ajustados a las probanzas citadas, no mereciendo reproche alguno y correspondiendo, en consecuencia, el rechazo del recurso defensorista, sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P).

IV.- Conforme a las consideraciones aquí realizadas, entiendo que deben rechazarse integralmente los recursos casatorios formulados por la Defensa, el Ministerio Público Fiscal y el Particular Damnificado, lo cual así propongo al acuerdo. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del digesto ritual).

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el Sr. juez Dr. Ordoqui dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Celesia, conforme a los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal, por unanimidad;

R E S U E L V E:

I.- DECLARAR ADMISIBLES los remedios casacionales articulados por la Defensa, el Ministerio Público Fiscal y el Particular Damnificado.

II.- RECHAZAR integralmente los recursos casatorios formulados por las partes mencionadas, sin costas en esta instancia (arts. 421 segundo párrafo, 434, 450 primer párrafo, 451 segundo y quinto párrafo, 452 inc. 2, 453, 454 inc. 1, 530 y 531 del digesto ritual).

Regístrese, notifíquese a la Defensa, al Ministerio Público Fiscal y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes. EM

FDO.: JORGE HUGO CELESIA – MARTIN MANUEL ORDOQUI

ANTE MI: Maria Espada