En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 29 días del mes de agosto del año dos mil once, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Roberto Rubén Portela y Mónica Rodríguez, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"G., M. s/ denuncia abuso sexual en representación de su hija menor GMP - Trelew" (Carpeta 3013 OJ Tw – Legajo 27952 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por la defensa pública de esta ciudad contra la sentencia Nro. 1219/11 OJ Tw dictada en fecha 08/06/11.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 15/08/11 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado A. A. G. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), junto con su defensora Dra. María Angela Gómez Lozano.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Rubén Portela, Mónica Rodríguez y Omar Florencio Minatta.

El juez Roberto Rubén Portela dijo:

Como proemio a la resolución del caso traído a conocimiento y resolución de esta Cámara, efectuaré una síntesis de los antecedentes de la sentencia cuestionada, así como de los agravios que motivaron su impugnación por la defensa del imputado.

Mediante sentencia Nro. 1219/11 de fecha 08/06/11, el tribunal colegiado integrado por los jueces José García, Fabio Monti y Ana Laura Servent, condenó al imputado A. A. G. a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 19, 29 inc. 3, 40 y 41 CP; arts. 329, ss. y concs. CPP), como autor material y penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, ambos en menor de trece años, todo ello en la modalidad de delito continuado (arts. 45, 54, 55 y 119 segundo, tercer y cuarto párrafo inc. b CP), cometido en la localidad de Trelew, Provincia del Chubut, en perjuicio de M. P. G..

La defensa del acusado dedujo impugnación ordinaria contra dicha sentencia, invocando para ello una serie de agravios que detallaré a continuación, y cuyos fundamentos amplió en la audiencia de impugnación.

En primer lugar, la defensa afirmó que el tribunal de juicio valoró erróneamente el peritaje ginecológico practicado a la niña víctima (aspecto objetivo), mediante el cual la perito había determinado una probable penetración anal, descartando la penetración vaginal.

Para llevar a cabo su trabajo, la perito médica empleó la técnica de anamnesis con la víctima (le preguntó "qué te pasó en la cola"), le tomó fotografías y consultó a la madre por posibles estreñimientos o problemas intestinales de la niña, mas no consultó otras historias clínicas ni a un médico particular.

Además, dijo la defensa, para determinar con certeza una penetración peneana se debe detectar -según bibliografía especializada- un “signo de dilatación anal refleja”, a través de la comprobación de que el esfínter externo del niño es voluntario, pero si existen lesiones del esfínter interno no podría contraerlo voluntariamente más allá de nueve o diez segundos.

Sin haber practicado esta operación, la experta de todos modos concluyó que las lesiones eran compatibles con la introducción de un elemento peniforme, que a su entender sólo podía ser el pene.

Sin embargo, la dificultad para establecer los fenómenos físicos y fisiológicos que brindan certeza sobre la existencia de acceso carnal por vía anal, sólo permite un máximo de verificación de “clase III” (según la categorización de Muram-Adams), es decir, “abuso probable”. En este caso el tribunal concluyó que la suma de los indicadores –y no cada hallazgo en particular- permitía inferir la presencia de abuso probable, y esta probabilidad conduce necesariamente a evaluar la declaración de la víctima (aspecto subjetivo).

De modo preliminar a la valoración de la credibilidad del testimonio de la niña (segundo agravio), la defensa aclaró que desde su perspectiva ella había sometida, desde muy temprana edad, a la violencia de los adultos. Afirmó que en el debate se había demostrado que el imputado consumía tóxicos y que ello le generaba violencia hacia la víctima y su madre, invocando para ello los dichos de una tía de la niña, de una amiga de la madre, de la ex pareja del inculpado G., y del personal de la escuela. Se trataba, entonces, de una nena abusada físicamente por maltrato pero no de un abuso sexual específico.

Según la parte impugnante, la niña primero relató los hechos a su madre, luego a una amiga de ésta, luego a los profesionales del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito (SAVD), luego a la perito médica, nuevamente al SAVD, y finalmente a la psicóloga forense en cámara Gesell. Y sobre ello, refirió que la psicóloga había explicado que si el tema es tratado muchas veces, los niños llegan a la cámara Gesell con un cierto grado de estructuración que permite acceder a la problemática en forma inmediata.

La defensa sostuvo, asimismo, que el método SVA empleado por el juez García para tal fin (a través de los criterios denominados “Criteria-Based Content Analysis” o CBCA), es mucho más amplio que el hecho de reunir sus caracteres, y además que el confronte del relato con dichos criterios tampoco alcanzó el grado de certeza suficiente para justificar el dictado de una sentencia condenatoria.

Para fundar esta apreciación, la defensa detalló los tres elementos que integran el método SVA, a saber: la entrevista semiestructurada no inductiva o sugestiva; los criterios CBCA; y la valoración de los criterios de validez externos a la declaración.

Respecto del primer elemento (la entrevista semiestructurada no sugestiva), refirió que son dos las reglas que rigen la exploración pericial: la no inducción de la respuesta, y la utilización del recuerdo libre. Para ello, las preguntas deben ser

abiertas y sólo si es necesario se introducen cuestiones más cerradas, para evitar el riesgo de contaminar el recuerdo del niño.

Sin embargo, dijo la defensa, la observación de la declaración de la niña en cámara Gesell permite afirmar el carácter direccionado de su relato, a partir del rol preponderante que adoptó la psicóloga oficial a través del empleo –en su gran mayoría- de preguntas cerradas, capciosas y/o compuestas, con la consecuente contaminación del testimonio, según citas que efectuara de doctrina y jurisprudencia que entendió aplicables al caso.

Con relación al segundo elemento (los criterios CBCA), la defensa reseñó sucintamente cada uno de los criterios de credibilidad -agrupados en cinco categorías-, y los confrontó con diversos tramos de la declaración de la niña víctima.

Con relación al primer grupo de “características generales” (estructura lógica, producción inestructurada, y cantidad de detalles), consideró que el relato de la niña contenía diversas inconsistencias, incoherencias e incongruencias, respecto –por ejemplo- de si el bebé había presenciado o no los hechos, o de si el acusado le había dicho algo o no en caso de que la víctima contara lo ocurrido. Según la parte, la profesional encargada del interrogatorio tampoco evaluó varias hipótesis para verificar otros detalles en el relato, a efectos de determinar si éste era mendaz o co-construido.

Por otra parte, la defensa afirmó que la declaración de la víctima distó de ser libre, teniendo en cuenta que se le formularon más de cincuenta preguntas cerradas y, en su mayoría, sugestivas. Además de ello, criticó que no se le preguntaron detalles sobre el hecho (tiempo, lugar, personas y objetos relacionados con el abuso), pudiéndose establecer únicamente que su padre “le ponía la boca en la vagina y la chupaba”, que “le ponía el pene en el agujero”, que no salía sangre, que “vio una lechita blanca o transparente”, y que “era asquerosa”.

Según la parte, la niña declaró -por inducción de la psicóloga- que los hechos sucedían en la casa cuando la mamá estaba estudiando en el instituto, pero con relación a los sucesos que habrían ocurrido en los años 2006-2007 ello era imposible, porque la propia madre aclaró en el debate que había estudiado en los años 2008-2009 y en la actualidad, pero que antes rara vez salía de la vivienda porque no trabajaba ni estudiaba. En este punto, sostuvo, la sentencia atacada colisiona con el principio lógico de no contradicción.

En lo atinente al segundo grupo de “contenidos específicos” (incardinación en contexto, descripción de interacciones, reproducción de conversaciones, y complicaciones inesperadas), la defensa criticó que la perito no preguntó sobre la rutina diaria de la víctima, a efectos de entrelazar las coordenadas espacio temporales -hechos ocurridos en la habitación de la casa, cuando la niña tenía seis y siete, y nueve y diez años de edad, respectivamente- con sus hábitos.

Agregó que la víctima tampoco describió una acción con el inculpado, una reacción, y otra acción en respuesta: se formularon preguntas cerradas sobre distintas situaciones a las que la niña en general respondió con un “no”, o con una sola acción (“me dijo que si le contaba a mi mamá me iba a romper la cabeza”).

Por otra parte, si bien la defensa admitió que en la dinámica de la cámara Gesell se pudo vislumbrar que la víctima mencionó palabras pronunciadas por ella misma y por otras personas (único criterio que se habría respetado), recordó las contradicciones lógicas que se advirtieron con relación a las contingencias imprevistas que pudieron interrumpir o dificultar la finalización del episodio abusivo -la presencia o no del bebé-.

Respecto del tercer grupo de “peculiaridades del contenido” (detalles inusuales, detalles superfluos, información exacta de detalles malentendidos, asociaciones externas relacionadas, descripción del estado mental del niño, y atribuciones al estado mental del agresor), la parte impugnante cuestionó que de la declaración de la niña no se pudieron obtener detalles sobre situaciones extrañas para su contexto de vida, mientras que sí se recogieron algunos detalles periféricos que no se vinculan con el abuso.

A la par, si bien la víctima aportó ciertos detalles sobre el hecho, la perito no profundizó sobre ellos -teniendo en cuenta que se trata de una niña altamente sugestionable de sólo diez años- para determinar si la niña era veraz, si fabulaba, o si se trataba de un relato co-construido. Sobre ello, la defensa señaló que la madre de la niña se separó del acusado al enterarse de que éste veía a otras mujeres, que radicó la denuncia dos semanas después de enterarse de los hechos, y que en el propio debate manifestó que no le creía a su hija cuando le mencionó que su padre abusaba de ella.

Además, la única situación ajena a los hechos de la que se puede inferir cierta vinculación externa, fue la referencia de la víctima a la mudanza junto a su madre a la casa del abuelo porque su padre “andaba con chicas”. De la declaración de la niña tampoco se pudieron obtener detalles sobre sus pensamientos, cogniciones o emociones durante el incidente abusivo. Y respecto de estos mismos aspectos, ahora del agresor, si bien ella refirió que éste le había dicho que “le rompería la cabeza” si comentaba la situación a la madre, la perito no ahondó en otros detalles -contexto de la situación, enojo o ebriedad del padre, si la niña sintió temor ante ello y por qué de todos modos se lo contó a su madre, circunstancias de tiempo y lugar-, no pudiéndose verificar que esta afirmación no haya sido inducida.

En lo concerniente al cuarto grupo de “contenidos relacionados con la motivación” (correcciones espontáneas, admisión de falta de memoria, dudas sobre el propio testimonio, autodesaprobación, y perdón al autor del delito), la parte impugnante indicó que la niña en ningún momento se autocorrigió mientras describía los hechos, nunca manifestó no recordar algo, no se advirtieron dudas en ella sobre su propio relato, no aportó detalles personales autocríticos sobre su

conducta en relación con el agresor, ni se advierte de su relato que haya intentado justificar la conducta de su padre.

Respecto del quinto grupo de “elementos específicos de la ofensa” (detalles característicos de la agresión), la defensa señaló que la perito no preguntó sobre detalles del proceso abusivo y de la dinámica entre agresor y víctima –momentos utilizados para aprovecharse de ella, posición de cada uno, etc-. Dijo asimismo que llamaba la atención el nivel del lenguaje de la niña, pese a que la perito había informado que era acorde a su edad, circunstancia que también permite concluir que su relato fue inducido o co-construido. Y por último, sostuvo que en su declaración la niña tampoco evidenció reacciones emocionales –su relato fue monocorde, casi siempre en una misma posición en la mesa-, que demostraran malestar por contar lo sucedido.

En suma, dijo la defensa, sólo se verificaron tres criterios (reproducción de conversaciones, detalles superfluos y asociaciones externas relacionadas), en comparación con los ocho que exige la doctrina especializada para considerar creíble un relato de abuso sexual. Los demás criterios no se verificaron debido a la carencia de detalles, en el marco de una declaración en cámara Gesell muy acotada y que sólo duró diez minutos, en la que la niña debió ser conducida por la psicóloga mediante preguntas de alto contenido sugestivo para obtener escasa información.

En otras palabras, sostuvo que para que una declaración en cámara Gesell pudiera constituir una prueba subjetiva irrefutable, el relato no debe ser estructurado. Si bien no se exige espontaneidad, se pide que mínimamente la víctima pueda relatar lo sucedido, con algunos detalles orbitales al hecho. Sin embargo, durante la exhibición en la audiencia de impugnación de la videofilmación de dicho testimonio, señaló que la niña relataba de memoria y meras generalidades sobre el hecho, pese a que en el psicodiagnóstico se había establecido que era sumamente minuciosa, aunque no estaba exenta de mentir como cualquier persona, citando como ejemplo de ello los dichos de su pediatra (quien se dio cuenta de que la nena estaba fabulando para no ser sometida a un segundo peritaje ginecológico).

A todo lo dicho, la parte impugnante agregó que en la audiencia de debate también se había comprobado que la madre faltó a la verdad, al negar que su hija hubiera sido institucionalizada. De ello se infiere, dijo, que pudo haber faltado a la verdad en otras circunstancias de su relato, y que la motivación de la denuncia pudo haber radicado en la infidelidad del inculpado con otras mujeres, tal como mencionara la niña en su declaración.

Como corolario de lo expuesto, la defensa solicitó la absolución del acusado, sea por haber incurrido el tribunal de mérito en una errónea valoración de la prueba, o bien por no haber alcanzado el grado de certeza necesario para fundar una sentencia condenatoria en su contra.

En tercer lugar, y de manera subsidiaria, la parte criticó las consideraciones del tribunal de juicio concernientes a la individualización de la pena.

En tal sentido, cuestionó que a tal fin se hubiera invocado el condicionamiento a los proyectos futuros de la víctima, cuando su propia madre dijo que en la actualidad la niña es feliz, y no se mencionaron ni probaron en el debate los proyectos de vida que se pudieron haber afectado. También se consideraron las conclusiones del psicodiagnóstico de la víctima, pero no se tuvo en cuenta que su estructura psíquica se corresponde con la de una niña maltratada por ambos progenitores.

En este caso, sostuvo la defensa, las consecuencias del delito en la víctima no excedieron a las ya tenidas en cuenta por el legislador al disponer una pena mínima de ocho años de prisión. Se trata de una pena adecuada para una persona como el acusado, quien ha transgredido las reglas –familiares, sociales y legales- en numerosas oportunidades (incluyendo el consumo de sustancias tóxicas ilegales), pero pagó las consecuencias en cada caso.

El principio de personalidad de la pena obliga a tener en cuenta este espacio de autodeterminación disminuido, con el fin resocializador como norte de la imposición de la sanción. Las graves consecuencias que acarrea la prisonización, que en el caso en concreto implicarían un empeoramiento de la estructura límite de la personalidad del imputado, impiden invocar el beneficio social de un aumento de la pena mínima.

Y por último, la defensa también objetó que se hubiera considerado el aprovechamiento del mayor grado de indefensión de la víctima como una pauta para agravar la pena, porque implicó una doble valoración de una circunstancia ya tenida en cuenta en el tipo penal.

En conclusión, la parte solicitó una disminución de la pena impuesta al mínimo legal previsto de ocho años de prisión.

Efectuada la reseña, a continuación ingresaré en el tratamiento de los agravios (valoración de la prueba pericial ginecológica, valoración y credibilidad del testimonio de la niña víctima M. P. G., y proporcionalidad de la pena impuesta), en el mismo orden propuesto por la defensa.

Respecto de la valoración de la pericia ginecológica practicada en el presente caso (primer agravio), la profesional actuante como perito -Dra. S. M. M.- ratificó y amplió la experticia cuya constancia fuera incorporada en el legajo de prueba. Contestando los puntos de pericia requeridos, determina que las lesiones observadas en la zona anal son un esfínter anal hipotónico con dilatación venosa en hora 12, y desgarro antiguo cicatrizado en hora 6. Agrega que la suma de lesiones anales constituye un indicador concluyente de abuso sexual (categoría III de Muram y Adams), ya que no hay otra forma racional de explicarlas.

Esta apreciación pericial es luego ratificada y ampliada por la profesional actuante, aunque introduciéndose en cuestiones no compatibles con la tarea y límites de los peritos, pues relata el interrogatorio al que fuera sometida la niña,

del cual dejara constancia incluso en el propio escrito de presentación de las conclusiones periciales ya invocadas.

Estimo menester realizar algunas apreciaciones de los alcances y modos de una pericia. La función que cumple el perito es auxiliar al magistrado, en razón del conocimiento que posee -con motivo de su profesión, arte u oficio- de la materia por la que se lo consulta, a fin de ofrecer un panorama que ilustre al juez sobre los temas que le fueran requeridos.

El perito no es un testigo propiamente dicho, no forma parte del hecho investigado, y su apreciación es sobre cuestiones externas. Aparece como consecuencia de una designación seleccionada, a diferencia de los testigos, quienes son el resultado de circunstancias fortuitas como la de, por ejemplo, haber presenciado un hecho determinado. El testigo relata lo que dice haber percibido a través de sus sentidos, en cambio el perito analiza –conforme su entrenamiento experto- hechos que conoce a raíz del proceso.

Efectuada una pericia, quienes nos encontramos obligados a resolver el conflicto, debemos valorar esta actividad de acuerdo con las reglas de la sana crítica. No obstante debo destacar que si bien los dictámenes periciales de modo alguno son vinculantes para los jueces, no por ello -dada la especialidad de quien vierte la opinión requerida- puede subestimarse esta información, ni dejarla de lado sin tener los fundamentos académicos para rebatirla, pues de lo contrario entraríamos en un campo de apreciación arbitraria y antojadiza de la prueba.

Nuestro Código Procesal Penal trata la actividad pericial en el Titulo IV, estableciendo en el art. 195 CPP cuándo es necesario disponer una pericia, regulando la calidad habilitante, la designación, las facultades de las partes antes de iniciar las operaciones periciales, y sobre qué puntos se debe expedir la misma. También el art. 201 CPP dispone que el dictamen pericial será fundado, y que las conclusiones comprenderán los puntos que le fueran requeridos al perito.

De la simple observación de la presentación de las conclusiones de la pericia señalada, puedo verificar que los puntos requeridos a la profesional interviniente fueron evacuados, indicando además -y de manera inapropiada- cuestiones ajenas a su tarea específica, cuya incumbencia no le correspondía. La perito, como tal, es una experta sobre el tema o materia que se le consulta, y en este caso no estaba habilitada para efectuar valoraciones de manifestaciones que pudiera efectuar la víctima (la niña M. P. G.).

Hecha esta aclaración respecto del rol que debe cumplir el perito y sus limitaciones, y en interés de que este tipo de diligencias procesales se efectúen en un marco de regularidad, claridad y objetividad, estimo indispensable que los responsables directos en autorizar estas prácticas controlen estrictamente su sujeción a lo previsto en el art. 201 CPP, a fin de evitar contaminaciones en cuanto a la confusión de los roles de cada uno. Es el juez quien debe sacar las conclusiones de los aportes realizados por los peritos, conjuntamente con el resto

de la prueba colectada, en aras de obtener el esclarecimiento de los hechos sometidos a su resolución.

La pericia indica lesiones en la zona anal vinculando, como elemento productor, la penetración con objeto romo, rígido o semirígido. De por sí este señalamiento de la pericia respecto a la existencia de lesiones en el ano y del elemento productor, valorado aisladamente, no me permite afirmar de manera certera que efectivamente esa lesión haya sido provocada por el imputado.

Por ello debo continuar con el análisis de la restante prueba incorporada en el debate, en particular la declaración de la niña víctima, a fin de determinar si ésta efectivamente se amalgama con los elementos tenidos en cuenta por los jueces de mérito. Ingresaré, entonces, al análisis del segundo de los agravios de la defensa (valoración y credibilidad de la declaración de la niña M. P. G.).

Desde el ámbito de la justicia frecuentemente nos hemos referido al análisis de la credibilidad del relato de la víctima –niña o niño- de delitos sexuales, convirtiéndose en el punto central de lo que se trata de dilucidar. Esta temática ha ocupado cientos de páginas escritas por especialistas interesados en proponer técnicas para el diagnóstico de abuso sexual de menores, tal como surge, por ejemplo, de la obra “Victimología” de las Lics. Natalia Capelino y Ana Mourelle (Cuaderno Nro. 16, editado en el mes de agosto del año 1998 por el Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, Ministerio de Asuntos institucionales y Desarrollo Social del Gobierno de la Provincia de Córdoba, págs. 165-174).

Estas especialistas sostienen que para evaluar la credibilidad del relato de los niños, uno de los escollos a sortear es la idea errónea sobre su tendencia natural a imaginar, confundiendo estas fantasías con lo realmente ocurrido. Esa creencia, junto con la que sostiene la inexistencia de fantasías sexuales en el niño normal, procura poner en duda la veracidad del relato de la víctima.

Digo esto porque la defensa, en un encomiable esfuerzo, ha citado extensamente una serie de criterios de credibilidad del relato de la niña víctima, que entiende son aplicables al caso. Pero dichos criterios, elaborados por una especialista española, sólo constituyen una posibilidad de abordaje mas no la única, tal como lo demuestra la obra que cité más arriba.

Además de la declaración de la niña, a la que me referiré más adelante, no puedo soslayar la importancia de la pericia psicológica también llevada a cabo a su respecto, en tanto aporta datos relevantes para la integración de la prueba. En efecto, esta evaluación psicológica descarta la posibilidad de fabulación en su relato, y referencia el rol que desempeña la imaginación y la fantasía en su psiquis. El estudio psicológico se convierte en una herramienta válida para arribar, junto a otros elementos de prueba, a la obtención de información importante de acuerdo –como ya dije- a los principios de la sana crítica (art. 25 CPP).

Según la Lic. P. F., profesional que llevara a cabo el estudio psicodiagnóstico de la víctima, que obra en el legajo de prueba y que fuera ratificado y ampliado en el debate, la niña M. P. G. es aniñada e inmadura emocionalmente, busca agradar

al otro pero se muestra distante, y cumple consignas y órdenes mostrando buen nivel de comprensión. Su juicio se encuentra conservado y no se observa desorganización del pensamiento ni alteraciones senso-perceptivas. Tiene dificultades de adaptación escolar, no se vincula bien con sus pares, tiene pocos amigos, es solitaria. Presenta una inteligencia promedio, es observadora y meticulosa. En sus relatos gráficos el padre es omitido, y la madre ocupa un espacio distante y poco contenedor. La figura paterna ocupa un lugar temido y con una imagen altamente violenta. Presenta una autoimagen pobre y baja autoestima. Se siente sola y desprotegida, y su autopercepción es la de alguien que estorba en la vida de los demás, situación con la que justifica el accionar de los adultos, colocándose en el lugar de merecer los castigos. Esto genera un alto monto de angustia que resuelve de manera defensiva, identificándose con alguien fuerte y hostil. El desarrollo de su imaginación es normal para la edad, no observándose fabulación o mitomanía patológica. Su relato resulta sostenible en el tiempo manteniendo los aspectos estructurales. No se observan, desde el punto de vista psicológico, alianzas con terceros o indicadores de haber sido influenciada por otro adulto a fin de realizar una acusación falsa. El relato de la menor resulta, desde el punto de vista clínico, un relato creíble.

He tratado de sintetizar, y con ello destacar, los puntos más sobresalientes -a mi entender- de la personalidad de la niña, y de los que se concluye que su declaración es creíble. Con el aporte de este examen psicológico, puedo analizar sus dichos y describir la impresión que me causara al observar la videofilmación de su deposición en la cámara Gesell, la que junto con el resto de la prueba me conduce –adelanto- a confirmar la sentencia atacada.

En tal sentido, no me caben dudas de que se trató de un relato claro y contundente sobre las circunstancias vividas entre los 6 y 10 años de edad, en concreto con relación al accionar que el imputado -su padre, según la partida de nacimiento obrante en el legajo de prueba- ejecutara en la humanidad de la niña.

Cuando se lleva a cabo la declaración en cámara Gesell la niña tenía diez años de edad, y mantuvo en esa instancia un diálogo normal, entendible, indicando que no le gustaban las matemáticas, que tenía amigos, con quién vivía, y aportó los nombres y las edades de las personas que conformaban su entorno familiar. Mencionó a su abuelo, que pintaba autos, que su mamá estudiaba para ser *chef* y que cobraba una tarjeta social. Dijo que su padre, el imputado, se dedicaba a la compra-venta de autos, como así los datos personales de éste. Que como su padre andaba con chicas, su mamá se fue a vivir con su abuela. Que cuando la declarante tenía entre 6 y 7 años, él le ponía su boca en la vagina y se la chupaba. Cuando tenía 9 y 10 le ponía el pene “acá en el agujerito de atrás”, señalando su parte trasera. Indica la menor los lugares en los cuales se realizaban estos actos. Que cuando acaeció lo de la boca en la vagina estaba en la casa de siempre. Que esto sucedía una vez que su madre se iba a la escuela por la noche,

cuando su hermanito todavía no había nacido, y después cuando ya estaba se quedaba con él. Que esto pasaba en la cama de la pieza y que si le contaba algo a su mamá, su padre le decía que “le iba a romper la cabeza”. Que cuando empezó a ponerle el pene en la cola le hizo doler mucho, aunque no encontró sangre en la ropa. Cada vez que esto pasaba ella tenía el pantalón y el calzón sacados, mientras él se sacaba el pantalón y el calzoncillo. Lo del pene pasaba en la casa donde vivían siempre. Un día fueron a la casa de la abuela, ésta ya había muerto, vivía su tía G. que se había ido a otro lado, la tía C. los había dejado vivir allí, que en esa casa también su padre le hizo ese tipo de cosas, que le chupó el pene y le decía “de ahí iba a salir la lechita”. Dijo que “salía del pene algo blanco, transparente, que era asqueroso”. Nunca entró nadie cuando esto sucedía, él cerraba la puerta con llave. Que nunca contó esto a nadie y tampoco le sucedió esto con otra persona. Que él le daba plata cuando le ponía el pene acá, le decía “tomá hijita, gracias”. Cuando tenía 9 años empezó a darle plata. Que cuando ella tenía 8 años su padre no le hizo nada porque él estaba preso en ese tiempo. Que siempre cuando estaba en casa, viviendo con ella, éste le hizo algo, pero cuando estuvo preso no le hizo nada. Cuando su mamá se fue a Chile a terminar un curso ella tenía 7 años, y su padre le puso su boca en la vagina.

Como surge de esta parcializada declaración de la víctima, destacando sus aristas más importantes, puedo aseverar -teniendo en cuenta, como ya dije, el psicodiagnóstico- que la niña está absolutamente alejada de cualquier atisbo de complot, no se encuentra impregnada de fantasía ni sus dichos son un invento, como se sugiere en la impugnación.

El abuso sexual en los niños constituye un problema sumamente grave y difícil, pues ocurre a puertas cerradas y tiende a permanecer así, y los responsables de ello somos los adultos. Mucho se habló y se continúa hablando de esta temática tan compleja, porque los niños son víctimas solitarias y silenciosas de estos execrables actos, que se ejecutan -muchos de ellos- dentro de un ambiente que involucra a familiares, por parte de sujetos adultos, y peor aún por el propio padre como ocurrió en este caso.

El acusado, aprovechándose del vínculo biológico, de la preeminencia que ello le otorgaba, y de la total vulnerabilidad del sujeto pasivo, ejecuta el uso sexual de su hija, sometiéndola a un estímulo carnal inapropiado por su edad y por su nivel de desarrollo psicológico, intelectual y físico.

La narración de la niña, descartada toda posible fabulación o fantasía, es creíble. El relato se encuentra impregnado de contundencia cronológica y geográfica, enmarcando los parámetros en que se desarrollaron los hechos, y pudiendo observarse la evolución y progresividad que tuvo el accionar ilícito del imputado en perjuicio de su hija. Empezó con caricias, tocamientos, contacto bucal del victimario con la vagina de la menor, rozamientos con el pene, penetración bucal y eyaculación, haciéndole inclusive probar ese líquido “lechoso y transparente que tenía un gusto asqueroso”. Y posteriormente, como punto

culminante de ese avance constante, cuando la niña tenía 9 y 10 años ejecuta la penetración anal determinada por la perito ginecóloga, y que tan gráficamente describiera M. al expresar que cuando el imputado le puso el pene en el agujerito de atrás “le hizo doler mucho”.

Cabe agregar que, amén de la vulnerabilidad de la nena, la posibilidad de la concreción de estos actos se potenció con la amenaza del victimario de que si ella le contaba algo a la madre “le iba a romper la cabeza”.

Es indudable, entonces, que no hay forma de contrarrestar los efectos del irrebatible relato de la niña. Nótese, en sintonía con la coherencia de sus manifestaciones, que también aclaró que cuando tenía ocho años de edad este tipo de hechos no se produjeron, pues su padre no se encontraba conviviendo con ellos porque estaba preso.

Estas disquisiciones realizadas por la víctima no ofrecen quiebre alguno y, muy por el contrario, son congruentes y terminantes. Y es por ello que la crítica de la defensa, aunque meritoria en cuanto a su esfuerzo, no puede enervar las consecuencias de esta declaración.

También es oportuno traer a colación la declaración de la Sra. M. N. I. G. (madre de M.), dando a conocer cómo su hija le comunica lo que le estaba ocurriendo, y que luego motivara el inicio de la investigación. La testigo expresa que un día, mientras caminaba con su hija rumbo a su domicilio, iban hablando de la tía M., y la niña le reprochaba que la tía era mala porque no le pagaba a su papá una plata que le debía, y la testigo le respondió que la tía era buena porque le había pagado un abogado en una causa por homicidio. La niña se asustó, le dijo que no sabía eso, y agregó “a ver si me mata a mí para que no te cuente a vos”, porque cuando ella –en referencia a la madre- se iba a estudiar o a hacer cosas, su papá le pasaba la lengua por ahí, señalándose la parte pudenda y que largaba algo asqueroso, mientras le decía “ahí viene la lechita”. Señala que en un primer momento pensó que su hija estaba exagerando, y que la retó por ello.

Recuerda también que en una oportunidad la habían citado la psicóloga y la directora de la escuela, porque querían hacerle una terapia a su hija con motivo de que ésta se había clavado un punzón en la mano, y ello no era normal. Su marido concurrió y se puso a gritar que él había estado preso, no entendiendo la dicente por qué se molestaba tanto.

Esta testigo menciona que cuando su marido estaba detenido, ella mandó a su hija a danzas y la vio feliz. Que su padre y su hermano dijeron que M. “era una hija de puta” porque inventaba estas historias. Luego relata un hecho de violencia familiar que ocasionó la separación de la pareja cuando la niña tenía ocho meses, y posteriormente retomaron la convivencia. Que su marido la golpeaba. Que tuvieron otro hijo, que el imputado estuvo preso en la U6 en el año 2008 por drogas, que su hija algunas veces concurrió golpeada a la escuela porque su

padre le pegaba, invocando como razón que se había portado mal. Que es un tipo muy nervioso.

La testigo G. agrega que cuando hizo la denuncia pensó que su hija había sido abusada pero no violada, o que el responsable había sido otra persona. Que al momento de decidir, ante este panorama, se inclinó por la seguridad de su hija, aunque al principio no le creía. Que luego de hablar con psicólogos y médicos, se dio cuenta de que no había terceras personas. Que ella estudió en el año 2008 y 2009, y que antes prácticamente no salía de su casa porque no estudiaba ni trabajaba -sólo lo hacía por un trámite, demorando una o dos horas, y en esos casos dejaba a su hija con su padre, no con vecinos-.

En las partes más sobresalientes de esta explicación es fácil encontrar coincidencias con la declaración de M., siendo inadmisibles en consecuencia las objeciones planteadas por la defensa para impugnar el relato de la niña.

En primer lugar, porque pese a la corta edad, su versión de los hechos -como ya dijera- es creíble, y si existen algunas diferencias discutibles, de modo alguno empañan su contenido pues ni siquiera un adulto puede precisar matemáticamente la historia de su vida, como pretende la defensa. En esencia, el relato de M. es inconmovible, y refleja en forma real y objetiva el sometimiento sexual al que fue sometida por su padre.

Además de ello, cuando la niña se refiere a las etapas temporales fijadas por los años, en cuanto a la realización de los actos de abuso sexual de que fuera objeto, surge sin esfuerzo alguno esa estrecha vinculación con las manifestaciones de la testigo.

Otro detalle de relevancia, también vertido por la madre de la víctima, es que en el año 2008 el acusado no le hizo nada porque se encontraba detenido en la Unidad 6 del Servicio Penitenciario Federal, involucrado en problemas con drogas. También dice, confirmando la versión de la pequeña, que había empezado a estudiar de noche entre el año 2008 y el año 2009, extendiendo los estudios al año 2010, mientras que antes -si bien estaba en la casa en forma permanente- salía a menudo a hacer trámites que le demandaban una o dos horas, pero que dejaba a la nena con el padre y jamás con algún vecino u otro tercero.

Es por todo ello, entonces, que se revitaliza el relato de la niña, sin que existan flancos que permitan sostener lo contrario, más allá del infructuoso -aunque loable- esfuerzo de la defensa dirigido a tal fin.

Este cuadro probatorio se fortalece, además, con otras declaraciones testificales.

En primer lugar, la declaración de M. G. (amiga de la madre de la víctima), quien escuchara de boca de la niña lo que le había sucedido: que el papá le había puesto el pito abajo y por otras partes, haciéndole doler, que le hizo chupar el pito y que éste largaba un líquido blanco, que fueron varias las veces que sucedieron estos actos, y que su papá -luego de hacer esas cosas- le daba plata. Esta testigo

también observó que la niña tenía peleas con otros chicos, que también mentía, y que estaba agresiva.

Otro testimonio relevante, y también coherente con lo que vengo señalando hasta aquí, es el de A. F.. Narra que en el transcurso del año 2010 la niña concurrió a la escuela con un gorro, ya que la habían rapado porque -a su entender- le habían encontrado piojos en su cabellera. La docente dice que ese año también la niña tuvo problemas con sus compañeros, se aislaba y se dormía en clase. Que decía que era feliz y lloraba. Luego a partir de octubre de 2010 se produce un cambio favorable en la niña, dando como motivo de ello que sus padres se habían separado.

Por su parte, la psicóloga escolar G. S. relató haberse reunido con los padres de M. debido a la situación que la niña vivía en la escuela, pero ellos no permitieron que se la tratara. Dijo que le sorprendió la actitud intimidante exteriorizada por el padre, sintiéndose prácticamente amenazada por éste, quien le manifestó que de no hacerse lugar a lo que pretendía sacaría a su hija de la escuela. Esta profesional también confirma el episodio del punzón, ya mencionado al reseñar la declaración de la madre de la víctima.

Es dable señalar que esta descripción del comportamiento de la niña en la escuela, constituye otro de los síntomas indicativos de los abusos a los que fuera reiteradamente sometida esta víctima.

A su turno, M. A. -directora de la escuela- ratificó que en el transcurso del año 2009 M. asistió con claros signos de haber sido golpeada, y que en otra oportunidad también lo hizo rapada, cubriéndose la cabeza con un gorrito. Precisó que durante el año 2008 no notó que la niña hubiera evidenciado una conducta que llamara la atención.

Nótese que este último detalle coincide con lo aseverado por la víctima, quien explicó que durante el año 2008 su vida no se vio alterada pues su padre había estado privado de su libertad en la Unidad 6.

En suma, por las razones que he desarrollado hasta aquí no tengo dudas sobre la credibilidad de la declaración de la niña M., y como consecuencia de ello concluyo en el rechazo de esta segunda objeción planteada por la defensa.

Por último, debo evaluar si la pena impuesta al acusado resulta irracional y desproporcionada, y si corresponde entonces que la misma sea reducida al mínimo legal (tercer agravio).

Sobre ello, estimo que el maltrato especificado por la Lic. F. en el psicodiagnóstico de la niña víctima, no es más que una sumatoria de hechos que afectaron la etapa de la niñez de la víctima, y que comprende específicamente -como una de las formas de expresarse- al abuso sexual propiamente dicho.

En efecto, el abuso sexual es una forma de maltrato, y tal vez uno de los más terribles sea el acto por el cual una persona adulta libera su carga sexual en contra de un niño, quien no está preparado para ello, y provoca una impronta

seguramente imborrable para el resto de su vida. Se trata de un hecho violento que conmueve, para siempre, el espíritu del niño.

Ese daño producido por el accionar del imputado fue el merituado por los jueces de mérito, y de modo alguno sufre un menoscabo ante las palabras de la madre de la víctima, quien aseverara que la niña después de todo lo vivido “era feliz”.

Tampoco se incurrió en la prohibición de doble valoración de circunstancias agravantes, pues surge claramente que la jueza Servent -al analizar las pautas fijadas en los arts. 40 y 41 del Código Penal para la ponderación de la pena- tuvo en cuenta el entorno del que se aprovechara el encartado para llevar a cabo su designio.

Sobre este particular, hago mía la siguiente reflexión, en el entendimiento de que responde satisfactoriamente la crítica intentada: “Respecto de la prohibición de la doble valoración, cuadra destacar que no debe confundirse duplicar la misma circunstancia ponderada ya por el legislador, con la consideración de la modalidad comisiva en el caso concreto. En esa dirección, el recurrente rechaza que se pondere la ‘forma abusiva de comisión... valiéndose de la indefensión de la menor’, tal circunstancia no lesiona la prohibición de doble valoración pues si bien la figura prevista por el legislador contempla el ataque a menores de 13 años de edad, dentro de la escala penal prevista legalmente, es razonable valorar paralelamente la escasa edad de la víctima... que evidencia la excesiva vulnerabilidad de la niña y su nula madurez física y psíquica para una vida sexual normal. Si bien el legislador ha considerado dentro de la estructura del tipo penal la duración o circunstancias de realización del abuso de una menor, en el caso bajo examen, la escasa edad de la nena constituye un dato que no puede dejar de merituarse pues trasluce la magnitud del injusto cometido y la mayor peligrosidad del autor, frente a una víctima extremadamente indefensa y desamparada” (Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, *in re* “Mazzieri, Omar p.s.a. abuso sexual agravado – Recurso de Casación”, Expte. “M” Nro. 37/2006, sentencia de fecha 10/11/08, voto de la Ministra Aída Tarditti).

En el caso de autos, ha sido fehacientemente corroborada la conducta desplegada por el acusado A. A. G. en perjuicio de la niña M. P. G. (hija biológica), demostrándose la existencia de actos sexuales que objetivamente tienen una desproporción con el propio tipo básico (DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la Integridad Sexual*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, pág. 46). La conducta del imputado, asimismo, provocó en la víctima una humillación que se extendió durante varios años. Y por ende, considero que la pena impuesta al acusado es adecuada al contenido del injusto que se le reprocha.

De acuerdo a todo lo que he merituado, y tal como lo adelantara, no cabe más que confirmar la sentencia de mérito en todos sus términos.

Para finalizar, el acusado deberá cargar con las costas del proceso (art. 241 CPP), estimando adecuada la suma de pesos quinientos ($500) en concepto de

regulación de honorarios profesionales a favor de la defensa pública, de acuerdo a los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200) y al art. 59 y concs. de la ley V-90 (antes ley 4920).

Así voto.

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. En su crítica a los fundamentos del fallo de condena la Defensa cuestiona, básicamente, el valor conviccional atribuido a la pericia médica a partir de la cual se tiene por acreditada una circunstancia agravante de la conducta de abuso sexual que se atribuye al acusado, cual es, el acceso carnal por vía anal. Indica que tal conclusión debe descartarse por defectos sustanciales en la realización de la diligencia pericial y, además, porque se denegó indebidamente una nueva experticia pedida por su parte, con el fundamento de no “revictimizar” a la niña. Asimismo cuestiona la credibilidad plena que el fallo impugnado confiere a los dichos de la víctima.

En punto al primer agravio, vinculado a la pericia ginecológica practicada a la niña, voy a detenerme en un punto que considero de particular relevancia para la solución del caso. Advierto que desde el inicio de las actuaciones el acusado, a través de su defensa técnica, plantea la nulidad del referido dictamen médico por violación a las normas procesales que regulan su realización (art. 201 y ccdtes CPP), argumentando –en lo que interesa destacar- que la profesional interviniente practica un interrogatorio a la víctima que excede los límites de la tarea pericial encomendada, circunstancia que afecta la validez de sus conclusiones.

Así, si bien el órgano judicial en la etapa preparatoria rechaza el planteo de nulidad de la pericia –por entender que no se vulneraron garantías constitucionales-, admite el pedido de realización de una nueva experticia a cargo de otro profesional de la salud, examen que es dejado sin efecto, en virtud de un cuadro de estrés padecido por la niña cuando se iba a practicar el segundo examen médico. La defensa al comienzo del debate reedita dicho planteo de nulidad, por idénticos argumentos, y el Tribunal de juicio interpreta que es un acto perfectamente saneable ya que, estando la perito presente, el cuestionado informe y sus dichos en la audiencia podrán ser valorados según sus fundamentos.

2. Para decidir la cuestión debo, inicialmente, decir que el criterio asumido en un primer momento por la jueza de garantías fue en mi opinión el adecuado, pues sin llegar a declarar la nulidad de la pericia –*última ratio*- dispuso salvar el defecto a través de la realización de una nueva a cargo de otro profesional médico. La Magistrada, ponderando el vicio denunciado por la Defensa, ordenó la medida para “asegurar los alcances de lo que ha volcado la Dra. M. en el informe, que no se haya extralimitado”, según los propios fundamentos que dan soporte a la decisión judicial.

Es que, siguiendo la óptica que guiara a la Magistrada, entiendo no es la falta de citas bibliográficas en el dictamen o la ausencia de suficiente fundamentación

lo que torna sustancialmente defectuosa la intervención (defectos que sí hubieran podido, en principio, ser superados en el debate, como señalan los Jueces del mérito), sino la extralimitación funcional de la perito, a partir de interrogar sobre los hechos objeto del proceso a la persona sospechada de ser víctima, exceso potencialmente apto para afectar la objetividad e imparcialidad de sus conclusiones.

3. La nueva pericia que se ordena, además de guardar cierta analogía con el mecanismo del saneamiento, fue solicitada en tiempo y forma por la Defensa técnica del acusado y el órgano judicial interviniente –jueza de garantías- consideró pertinente la medida, lo cual significa que la estimó vinculada al objeto del proceso o *thema decidendi* (se imputaba al acusado haber accedido carnalmente por vía anal a la niña y la prueba se dirigía a contraprobar la inexistencia de signos de penetración anal).

Además, la referida diligencia probatoria tenía el carácter de necesaria para los intereses defensivos de quien la propuso y era relevante, pues su resultado tenía potencialidad de incidir en la solución jurídica del caso, siendo posible realizarla por tratarse de evidencia reproducible.

Ha quedado claro, conforme la reseña efectuada más arriba, que el rechazo de la diligencia de prueba pedida por la Defensa no se basó en su falta de pertinencia o utilidad, sino en la inconveniencia de practicarla por el riesgo de revictimización que implicaba una nueva revisación médica. Sin entrar a analizar qué debe entenderse por “revictimización”, es claro, en mi opinión, que las consecuencias de aquella decisión no pueden cargarse al imputado, quien se vio impedido de refutar científicamente las constataciones o hallazgos que refiere la perito en la cuestionada experticia.

Ello ha debilitado a mi juicio, de modo irreversible, el valor de prueba de cargo de dicho elemento probatorio. Lo contrario implicaría convalidar un trato desigual entre las partes, ya que se privaría al acusado de una legítima posibilidad de contraprobar uno de los extremos de la acusación, máxime tratándose de prueba científica que sistemáticamente se la considera como de enorme complejidad pericial.

4. Profundizando el análisis anterior advierto que, tanto del informe escrito como de su declaración en el debate, la perito interrogó a la niña sobre los hechos denunciados, indicando que lo hizo dentro del marco de la anamnesis necesaria para responder adecuadamente a los puntos de pericia que le fueron formulados. Agrega que tal proceder se halla avalado por los protocolos de actuación que regulan esa actividad, tanto en el ámbito nacional como en el provincial.

Sin embargo, una cosa es la regulación del abordaje y tratamiento de una víctima de abuso sexual con el fin de preservar su vida y su salud física y psíquica, prevenir contagios y brindarle contención emocional y otra, distinta, la de realizar un estudio pericial dentro del marco del proceso penal para determinar la existencia o no de delito.

Es sabido que el perito debe cumplir su cometido con estricto resguardo de las formalidades previstas en los arts. 195 y sgts. del CPP, y si bien cuenta, en términos generales, con libertad para escoger los métodos o procedimientos científicos a través de los cuales llevará a cabo su labor, es evidente que en el caso la respuesta a los puntos periciales no autorizaba a interrogar a la niña acerca de supuestos –por entonces- hechos victimizantes, pues era justamente esa condición (la de víctima) la que procuraba acreditar con objetividad e imparcialidad la Fiscalía, y la pericia era uno de los medios para lograrlo.

Por otro lado, no fue una pericia de parte (perito contralor o consultor técnico), por lo que el deber de imparcialidad resultaba indiscutible. Ello es así pues, además de convencer por sus argumentos, las conclusiones de un dictamen pericial deben presumirse libres de todo interés procesal.

Ténganse en cuenta las serias limitaciones que pesan sobre las partes, en el caso el Ministerio Público Fiscal, al momento de proponer los puntos de pericia (art. 198 CPP), mecanismo para el cual se prevé un estricto contradictorio. Tales restricciones no tendrían razón de ser si acaso el perito estuviera autorizado a hacer caso omiso a esas reglas procesales, mediante indagaciones ajenas a los específicos puntos solicitados y sin resguardo del principio de contradicción.

Así lo explica la doctrina, al referir a los puntos de pericia como límites de la labor pericial, indicando que “de este modo, quedarán delimitados y precisados el campo de la indagación pericial y el contenido del futuro dictamen. En el ejercicio de esta atribución se hará necesario evitar extralimitaciones y restringir los interrogantes propuestos al perito sólo a aquellos puntos que sean propios de su ciencia, arte o técnica” (CAFFERATA NORES, José, *La prueba en el proceso penal*, Lexis Nexis, sexta edición, Buenos Aires, pág. 81).

En igual inteligencia, se sostiene que “el límite de la labor está dada por los puntos periciales sin que el experto pueda incurrir en consideraciones jurídicas propias del juez. Para ello es menester que se fije de antemano y con claridad el objeto de pericia” (CHAIA, Rubén, *La prueba en el proceso penal,* 1era. Edición, Hammurabi, Buenos Aires, año 2010).

Cierto es que el perito, en el examen médico, no está impedido de realizar la anamnesis o interrogatorio para determinar la probable etiología de sus constataciones, pero ello sólo en cuanto fuere indispensable para cumplir su cometido, en el caso constatar o descartar la presencia en zona genital y anal de lesiones, su localización, características y posible data de las mismas. En tal sentido no puedo dejar de advertir que es la propia perito en el debate quien dice que las preguntas sobre posibles accidentes, cirugías, estudios diagnósticos anteriores, episodios de constipación u otras circunstancias que pudieran vincularse a los aspectos médicos que debía contestar, se las formuló a la madre de la niña, quien se hallaba presente en el momento del examen.

En modo alguno, pues, la encomienda autorizaba preguntas tales como “¿qué te pasó en la cola?”. Es que, justamente, en los casos de presunto ASI es crucial tratar de preservar incontaminado el relato del niño. La propia perito es quien advierte, ante los jueces del debate, el riesgo que conlleva para la obtención de la verdad la reiteración de interrogatorios, una de las causas más comunes de los cambios en la versión original brindada por el niño.

Es sabido, además, que una mala técnica de indagación -cuando el interrogador, por ejemplo, induce las respuestas o trasmite gestos o emociones- puede contaminar el relato de palabras o ideaciones adultas, afectando así todo su valor diagnóstico pericial. Es por ello que el interrogatorio a un niño sobre hechos presuntamente abusivos, con fines probatorios, es una actividad altamente formalizada en el proceso penal, y debe ser llevada a cabo por expertos especialmente autorizados, con estricta observancia del principio de contradicción y con presencia del juez. Sólo así se podrán valorar los distintos indicadores de credibilidad del relato, y su consecuente valor clínico, pericial y probatorio.

5. Pero, además de la contaminación que puede sufrir el relato del niño, las indagaciones impropias hechas en ese marco conllevan el peligro de influir en la postura neutral del perito, inclinándolo, aún inconscientemente, a confirmar la versión recibida. El riesgo de sesgar la valoración de los hallazgos observados, a partir de una irregular intervención, es muy grande en este tipo de procesos, pues la medicina no es una ciencia exacta, la morfología humana es múltiple y diversa, y el diagnóstico diferencial respecto de la etiología de ciertas improntas en la zona genital o anal de una persona (que pueden ser congénitas, provocadas o idiopáticas) es uno de los temas de mayor complejidad en la medicina forense.

Lleva razón la Defensa en el punto, en cuanto sostiene que las dificultades diagnósticas para determinar con certeza la existencia de acceso carnal por vía anal sólo autoriza a encuadrar los hallazgos en un grado de clasificación III (según la categorización de Muram-Adams), esto es, como abuso probable.

Además, sin pretensión de reemplazar las conclusiones médicas vertidas en el informe, luego explicadas en el debate, advierto que no se ha constatado en la niña el signo de “dilatación anal refleja”, como lo indica la bibliografía forense, tampoco se ha hecho un diagnóstico diferencial entre el desgarro informado (lesión específica) y una fisura anal, pues si bien ambas indican un traumatismo en el canal del ano, esta última no sólo puede deberse a una penetración peneana o introducción de otros objetos, sino también reconocer otro origen, como p.ej. el paso de heces grandes y duras, una diarrea prolongada, el estreñimiento crónico, signos extremadamente frecuentes en los niños. Por otra parte se habla de desgarro y, al mismo tiempo, de dilatación anal, lesiones ambas que según la medicina legal no suelen presentarse en forma conjunta. En este punto no puedo sino recordar que la niña no refiere ningún episodio particularmente violento, como lo es una penetración anal capaz de provocar un desgarro anal -que ocasiona sangrado y un dolor agudo que puede llegar a durar varios días-. Tampoco la

madre alude a semejante cuadro y se trata de una sintomatología muy difícil de ocultar.

6. El sesgo de parcialidad de la opinión forense se puede inferir, además, en algunas de las afirmaciones que realiza la profesional en la audiencia de juicio. En forma reiterada da por sentado el origen delictivo de sus constataciones, las interpreta jurídicamente, y persiste en la postura de que es su deber investigar acerca de las condiciones de tiempo y modo en que habrían ocurrido los presuntos hechos delictivos.

Así, por ejemplo, sostiene en el debate: “nuestra anamnesis se hace con muchos objetivos, por ejemplo saber si el abuso es reciente o es antiguo, si me dice que la última vez que fue penetrada hace menos de 72 horas yo tengo que buscar semen en vagina, o si es menos de un día sé que tengo que buscar en ano, si dice que hace mucho, son estudios que ya no pedimos porque no vamos a tener resultados positivos”. Según entiendo, se aborda el examen desde la óptica del investigador, decidiendo en definitiva cuáles han de ser los tópicos periciales, función propia de las partes en el proceso (de la acusadora, en el caso), pues –insisto- se trata de un abordaje pericial requerido por la Fiscalía, es decir, cuando ya el proceso penal se hallaba en curso.

La profesional, además, asimila su función a la de una batalla contra el abuso sexual, al indicar que “...los médicos somos operadores calificados para interrogar, de hecho somos denunciantes obligados por la ley provincial y por la nacional en abuso sexual y en violencia familiar, la Organización Mundial de la Salud insiste en que el comando de la prevención y de la lucha contra la violencia y el abuso sexual tiene que ser hecha por los ministerios de salud, porque resultamos menos amenazantes a la población, porque tenemos los recursos de poder revisar a la persona sin que se sienta mal y porque de hecho estamos entrenados en interrogar y en ver...”.

7. Se trata de una opinión médica que ha tenido una influencia decisiva en la fijación de los hechos, ya que sin su utilización no existiría soporte –como se verá- para afirmar la existencia del acceso carnal por vía anal. Sin embargo, las irregularidades observadas en su realización indican un quiebre de la imparcialidad, que afecta la posición del acusado en el proceso, defecto que, aún sin llegar a ser invalidante, diluye la fuerza convictiva de sus conclusiones. Ello, sumado a la omisión del nuevo examen médico pedido por la Defensa, configuran un cuadro de situación que exige, según entiendo, descartar el valor probatorio del cuestionado estudio pericial.

8. Cierto es que no planteó la Defensa el control de las conclusiones a partir de las fotografías tomadas en la primera revisación (la extracción de fotos posibilita, justamente, contar con una segunda opinión sin un nuevo examen corporal, aunque más limitada en el caso, por no ser fotografías con aumento, como sí lo es la visualización con colposcopio). Sin embargo, es preciso recordar

que la prueba de la concurrencia de todos los elementos del tipo delictivo corresponde a quien en el proceso asume la condición de parte acusadora y, por tanto, ninguna actividad probatoria puede exigirse al imputado.

9. Entrando al segundo aspecto de la impugnación, vinculado al testimonio de la niña, advierto que los Jueces en la sentencia de condena han otorgado plena credibilidad a ese relato, luego de ponderarlo con una minuciosidad destacable, a través del análisis de distintos parámetros de fiabilidad.

Con las salvedades que expresaré más abajo, debo en primer término señalar mi coincidencia con los Magistrados del juicio, en punto a otorgar fiabilidad a la versión de la niña. No se advierte una narración globalmente estructurada, cuestión que sí permitiría poner en crisis su sinceridad, y ha sido correctamente descartada por los Jueces toda sospecha de que haya sido implantada por adultos, cuando menos en sus aspectos sustanciales. Eso en cuanto a su congruencia interna o credibilidad intrínseca.

Sin embargo, es sabido que también debe analizarse su coherencia externa, esto es, la conexión sustancial con otros testimonios a través de su correlación, mecanismo indispensable en la valoración de todo relato en el proceso pero que adquiere relevancia sustancial cuando se trata del testimonio único, como el caso que nos ocupa.

Un paréntesis. No puede dejar de tenerse en cuenta que la “credibilidad” de un relato no es una propiedad que se presente de un modo absoluto, del tipo “todo o nada”, sino que admite grados o matices. Ello, además, se vincula al hecho de que en este tipo de procesos la víctima debe narrar lo ocurrido en distintas ocasiones y ámbitos y que, a partir de esas interacciones discursivas con adultos, la descripción se va contaminando a partir de los interrogatorios, más o menos sugestivos, a los que se ve sometida. La certidumbre se va desvaneciendo a medida que avanzan las indagaciones, por la alta sugestionabilidad que, natural y particularmente, tienen los pequeños. Y más en el caso de autos, en que una de las características de personalidad de la niña es, justamente, la fuerte necesidad de ser aprobada.

En este punto debo ser muy clara, pues, según entiendo, se trata de disquisiciones que no por sutiles dejan de ser relevantes para la decisión del caso. Es que la gravedad de los hechos denunciados, así como la alta sensibilidad social que despiertan, en modo alguno permiten flexibilizar o morigerar las exigencias que, en materia probatoria, justifican el dictado de una sentencia de condena.

Sé que no se puede pretender rescatar el relato “puro” del niño, pero sí es necesario extremar las precauciones para tratar de reconstruir, lo más aproximadamente posible, la primera y más espontánea versión, rescatando en el caso los dichos de la niña a su madre en el momento del develamiento, y a la amiga de la madre instantes después.

Así, es preciso analizar el testimonio de su madre, no sólo aquel dado en el debate sino, también, el que brinda en la denuncia de fs. 01-02 del legajo de prueba. Si bien la *notitia criminis* se plasma en un documento que no fue oralizado en el debate, al haber sido admitido como prueba su ponderación es perfectamente posible en tanto sus términos no resulten contrapuestos a los dichos en la audiencia de juicio y, fundamentalmente, no se los invoque en perjuicio del imputado.

En primer lugar, encuentro fuertes visos de verosimilitud en lo manifestado por la madre de la menor, tanto en la denuncia como en el acto del juicio oral. La testigo se muestra, en mi opinión, altamente fiable cuando describe el modo en que irrumpe la referencia que le hace su hija acerca de las conductas intrusivas asumidas por el acusado. Tengo especialmente en cuenta que dice no haberle creído en un primer momento, haberse molestado al comprobar que se lo había contado a su amiga y, luego, reaccionar denunciando los hechos no por decisión propia sino por sugerencia de G.. Estas notas tipificantes del momento crucial en que la niña rompe el silencio sobre aquello que la victimizaba, me persuaden fuertemente sobre la sinceridad de sus manifestaciones.

Ahora bien, dentro del análisis de la coherencia externa del relato de la niña, advierto una incongruencia que no cabe soslayar. De la denuncia surge que interrogada expresamente por su madre para que le diga si el acusado la había accedido carnalmente, preguntándole “si le había metido eso”, la niña responde que no. Así lo manifiesta G., de modo reiterado, en la denuncia radicada unas horas después del develamiento.

Como bien puede advertirse no se trata de una omisión o falta de detalle en la descripción (cuestión que resultaría lógica en un primer develamiento), sino de la acción concreta de negar esa circunstancia por parte de M.. Además, tampoco puedo inferir que la negativa se debiera a no animarse a contar, pues la reseña que le hace a la madre de la conducta prohibida del acusado no sólo es detallada sino que implica conductas de suma gravedad intrusiva.

Cierto es que, momentos después de ese primer relato, la niña le dice a la amiga de su madre que su papá –entre otras acciones prohibidas- le había puesto el pito “ahí abajo”. Si acaso se interpretara que M. quiere referirse ante G. a una “penetración”, la incongruencia con su versión anterior surge evidente, duda que sólo podría superarse a partir de la aplicación de un principio probatorio básico, como es el *in dubio pro reo*.

Pero además, advierto que en su relato en cámara Gesell la menor dice que su papá le “ponía su pene en el agujerito de atrás o de adelante”. Ya no habla de “ahí abajo”, sino que utiliza términos más específicos, aunque dudosamente espontáneos. Hablar la niña de “agujerito de atrás o de adelante” muestra una disyuntiva o situación alternativa que no fue aclarada, como tampoco lo fue el real conocimiento de M. sobre su anatomía. Es sabido que las niñas (a excepción de

aquellas muy informadas en educación sexual) suelen tener la noción de que sus zonas anal y genital se relacionan con la función excretora del organismo, más no con la presencia de distintos “agujeritos”, concepto más propio de personas adultas.

En este aspecto, si bien coincido con el fallo en que es bueno que los adultos ayuden a los niños a encontrar palabras que permitan describir situaciones realmente vividas, considero que es preciso andar con mucha cautela en ese aspecto en el marco de un proceso penal. Tales términos, que aparecen como “puestos” por los mayores, pueden dar lugar a una falsa construcción de sentido en lugar de despejar la ambigüedad o la indeterminación propia de los vocablos que utiliza el niño o la niña. Máxime cuando se trata de cuestiones relacionadas a un tema tan sensible como el de la sexualidad, por la fuerte carga emocional, de condicionamientos y de prejuicios que involucra su tratamiento.

Lo anterior se vincula con la circunstancia de que si bien, tanto en el ámbito interno como en el internacional, la jurisprudencia acepta la posibilidad de probar un hecho a partir del único testimonio de la víctima, ello es así respecto de aquellas cuestiones que surjan de sus dichos de manera categórica y pertinaz, es decir, por fuera de toda duda razonable. En tal aspecto, no cabe relajar las exigencias probatorias en este tipo de procesos, ni mutar el requisito de certeza por el de mera probabilidad, bajo el argumento de la corta edad del menor, o de la gravedad de los hechos, por ejemplo, pues una postura así no sólo vulnera el derecho de defensa del imputado sino, también, el propio interés superior del niño, que sólo se satisface con un mayor contenido de “verdad”, obtenido a partir del más irrestricto respeto a las reglas del debido proceso.

Por ello, no advirtiendo razones para pensar que la niña haya faltado a la verdad en el momento del develamiento -se trata de una persona muy detallista y meticulosa, y la descripción que le hace entonces a su madre es rica en detalles muy verosímiles-, así como que no resultan categóricos y concluyentes sus dichos en ese aspecto en cámara Gesell, sumado a todo lo dicho más arriba respecto a la nula relevancia probatoria que cabe atribuir a la pericial ginecológica, debo concluir en que no existe soporte objetivo suficiente como para tener por demostrado el acceso carnal por vía anal que contiene la hipótesis acusatoria.

10. Más allá de la salvedad expuesta, entiendo que el relato de la niña M. P. G. puede calificarse de fiable pues, como bien señalan los Jueces, presenta numerosas características que la doctrina específica y los estudios sobre psicología del testimonio denominan “indicadores de credibilidad”. Entre ellos se ha mencionado la estructura lógica de la narración, la correcta ubicación de lugar y tiempo en el relato, ya que aún sin mayores precisiones –no se le requirieron-, discrimina perfectamente que durante el año 2008 el imputado estuvo preso (circunstancia no controvertida), por lo cual en esa época no sufrió ningún acto abusivo.

La Defensa señala en su crítica que el relato aparece en ocasiones como altamente estructurado, particularmente por la reiteración que hace la niña, por tres veces, de la misma frase: “Cuando tenía seis, siete años, él me ponía su boca en la vagina y me chupaba, cuando tenía nueve y creo que diez años el me ponía su pene acá en el agujerito, de atrás o de adelante”.

Sin embargo, el contexto total de la declaración permite inferir que las frases que reitera de manera casi textual, con términos calcados, son, justamente, aquellas mediante las cuales la víctima intenta representar con palabras situaciones de un gran contenido mortificante para ella. Así, tratándose de un ámbito altamente formalizado –tribunales-, de una niña de diez años que ha sido preparada para asumir esa situación, es lógico que la descripción de las acciones de intercambio sexual se haga con un lenguaje ya pensado o memorizado. Pero eso es lógico y natural y, en mi opinión, no autoriza a poner en crisis el relato en su totalidad.

Por otra parte, si bien quedó en la indeterminación total la cantidad siquiera aproximada de hechos, debo tener por cierto que fueron más de uno. Así puede inferirse tanto de lo que le manifiesta a la testigo G., como del propio devenir de las acciones intrusivas y su distinta intensidad, según se desprende del propio relato de la menor.

Asimismo, la versión muestra distintos aspectos que suelen observarse con frecuencia en este tipo de delitos, como la alusión a cierto tipo de recompensa, en el caso, dinero, específicamente referido por M. de manera espontánea. También puede tenerse por válidamente acreditada una situación de temor y de amenazas para que no contara a nadie las interacciones sexuales a que era sometida. En este punto, si bien coincido con la Defensa en cuanto señala que en el interrogatorio en cámara Gesell se sugiere la respuesta (luego de preguntar varias veces la entrevistadora, con resultado negativo, sobre si el acusado “le decía algo” en tales ocasiones, termina interrogando “¿te decía que contaras o te decía que no contaras?”), la situación amenazante padecida puede inferirse sin esfuerzo si se tiene en cuenta que instantes antes del develamiento M. dice “mirá si me mata a mí”, frase que irrumpe en la conversación cuando la madre le dice que el acusado había matado a una persona, lo cual permite inferir una clara alusión al temor infundido a la niña por el agresor para que no revelara aquello que ocultaba.

Relevante importancia tienen los testimonios de la psicóloga forense, Lic. P. F., quien afirma que el relato de M. resultó creíble y demostrativo de haber vivido situaciones de abuso sexual. Además, los testimonios de las docentes de la escuela, así como de la psicóloga del sistema educativo, resultan concordantes en punto a la adopción de la niña de comportamientos típicos de los niños abusados, física y psicológicamente, testimonios que han sido minuciosa y correctamente valorados en el fallo de condena.

Por todo lo dicho, con la salvedad de la incongruencia y falta de sustento probatorio que encuentro respecto de la agravante de acceso carnal, considero que en modo alguno puede desestimarse la fuerza conviccional que surge del resto de aspectos analizados en el testimonio de la niña M. P. G..

Entiendo que no han quedado dudas acerca de una efectiva intromisión de índole sexual por parte del acusado en perjuicio de la niña, reiterada en varias ocasiones, consistentes en manipular su miembro sexual sobre el cuerpo de la menor, en el contacto de la boca del imputado con la zona genital de la niña, así como en la acción de someterla a través de la introducción del pene en su cavidad bucal. Por otra parte la niña, evidentemente, ha podido visualizar el momento de eyaculación (o expulsión de semen) del acusado, al describir que “salía como algo blanco, transparente, asqueroso”; esta última apreciación permite inferir, además, que ha percibido por el olfato o por el gusto esa sustancia.

11. Considero que las acciones sexuales intrusivas del acusado en perjuicio de la niña encuadran en la figura de abuso sexual gravemente ultrajante, previsto en el art. 119, segundo párrafo, del Código Penal. En el punto tengo particularmente en cuenta que el sometimiento mediante la práctica de la denominada *felatio in ore*, configura una modalidad abusiva que aumenta sustancialmente el contenido denigrante de la conducta y lo agrava jurídicamente.

Concurre, asimismo, la circunstancia calificante del parentesco entre el autor y la víctima, prevista en el inc. b, cuarto párrafo, del art. 119 del Código Penal, vínculo biológico que no ha sido cuestionado –tanto en su existencia como en el conocimiento que del mismo tenía el acusado-.

Sin perjuicio de entender que los actos intrusivos de índole sexual no llegaron en su progresión hasta el acceso carnal, no corresponde absolver al acusado por tales hechos, sino sólo descartar esa agravante del tipo básico, modificando el encuadramiento legal, tal como se explicitara más arriba. Lo anterior determina la anulación de la pena impuesta, correspondiendo disponer el reenvío para la realización de una nueva cesura de pena. Así lo voto.

12. Adhiero, finalmente, a la imposición de costas y a la regulación de honorarios propuesta por el colega que lidera el acuerdo.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia condenatoria porque estima que los elementos cargosos en los que se basa no reúnen la veracidad o credibilidad necesaria como base para una certeza destructora del estado de inocencia. Específicamente, ataca tanto la pericia ginecológica llevada a cabo por la licenciada M. como las declaraciones de la víctima, puntos que pasaremos a tratar.

2. En cuanto a la pericia ginecológica, la defensa da a entender que la Dra. M. actuó con preconceptos antes de emitir su dictámen, puesto que le preguntó a la víctima si le había pasado algo en la “cola”, lo cual, a su criterio, viola la

incontaminación propia de todo perito, ya que de alguna manera el relato influyó en la tarea pericial.

En este punto cabe destacar que, independientemente de la discusión doctrinal sobre la extensión del interrogatorio propio de la anamnesis, se debe tener algún indicio independiente del interrogatorio que apoye la supuesta parcialidad y, en este camino, no encontramos ninguno que lo corrobore. En efecto, la perito es clara en cuanto a los rastros hallados, en la calificación médica, en la explicación al tribunal sobre el proceso de comprobación y en los fundamentos científicos en los que se apoya y, de la explicación que da acerca de esos extremos, en nada se intuye o infiere que haya influido sobre tales tareas el relato de la niña. Para comprobar esto, basta con preguntarse qué otro tipo de explicación le hubiese podido dar a las lesiones encontradas que no fuera la alta probabilidad de penetración anal, salvo que se argumente razonablemente que el relato de la niña pueda cambiar las objetividades materiales encontradas por la perito, lo que en el caso nos parece casi imposible. Con todo esto quiero decir claramente que existen objetividades demostradas sobre las cuales la perito no puede intercalar subjetividades irracionales, por lo que la cuestión de la contaminación o incontaminación en este marco no puede analizarse.

Sentado ello, cabe entrar a la interpretación médica que de tales objetividades realiza la perito, en la que termina sosteniendo la alta probabilidad de penetración anal. Detalla que estamos en presencia de un esfínter anal hipotónico, con dilatación venosa en hora 12 y desgarro cicatrizado en hora 6, de cuya ponderación conjunta se puede extraer un indicador concluyente de abuso sexual con penetración carnal, subsumiendo las lesiones en la clasificación internacional de Muram y Adams, categoría III que, según éstos autores, vienen a sostener índices específicos de abuso sexual infantil del tenor señalado. Explica que una dilatación anal no necesariamente significa penetración, pues la dilatación puede deberse a la existencia de materia fecal en el recto o por cuestiones neurológicas o cirugías anales, amén de otros extremos que no se comprobaron en la pericia. Detalla, además, que la dilatación venosa encontrada implica -siempre que no haya hemorroides, tal como en este caso- una lesión importante porque interesó no solo la mucosa, sino el mismo músculo. En fin, la conjunción de todas las objetividades reseñadas y relacionadas por la perito como para sostener la alta probabilidad de penetración anal no nos plantea dudas, puesto que se basó en la comprobación de hechos ciertos, graves y concordantes, tal como se analizó y por todo ello estamos en condiciones para declarar con certeza la existencia de la materialidad del tipo penal en crisis.

3. En cuanto a los cuestionamientos que la defensa efectúa de las declaraciones de la víctima, los mismos pivotean, esencialmente, alrededor del discurso rígidamente estructurado que, según su óptica, proyectan ellas, tomadas bajo la modalidad conocida como Cámara Gesell.

Así se cuestiona, especialmente, que tratándose de una personalidad minuciosa, detallista y hasta con rasgos obsesivos, ello debería reflejarse en su testimonio respecto de los hechos, dando más detalles en orden a tiempo, modo y lugar, amén de utilizar palabras como “pene” y “vagina”, términos que no son propios de la edad. Agrega la defensa que, en verdad, estamos ante un caso de maltrato físico y psíquico de la niña por parte de ambos progenitores y que, en definitiva, se nos presenta un discurso prefabricado por adultos para perjudicar al acusado.

Respecto de tales críticas, cabe rechazarlas de plano por varias razones. En primer lugar, su testimonio es concordante, en lo esencial, con los testimonios de su madre, de la amiga de su madre -Sra. G.-, y de las profesionales que abordaron su caso. Así, si bien en un primer momento no le dijo a su madre sobre la penetración anal, devela que su padre le hacía pasar la lengua por el pene y, mientras le decía “ahí viene la lechita”, largaba algo asqueroso, líquido que se trata obviamente de semen. Va de suyo que no puede exigirse todos los detalles en una primera declaración, pues con el tiempo la niña va perdiendo el pudor para contar, lo que se comprueba con el testimonio de la citada M. L. G. a quien sí, en el mismo tiempo que relatara a su madre, le dice que su padre el puso el “pito en la cola y atrás”, que le decía que le “chupe el pito” y que él le largaba un líquido blanco en la boca, que lo hacía varias veces y que después de todas esas acciones le daba un billete, terminando su relato con un llanto, agregando que el acusado no le pegaba a su nena y que tenía problemas con los tóxicos. La credibilidad de este testimonio es razonable, puesto que no se advierte animadversión o interés alguno para perjudicar al imputado.

A ello cabe agregar los testimonios de su maestra y directora de Escuela, Sras. F. y A., quienes deponen claramente sobre la conducta de la niña en la escuela, extremo importante porque una de las pautas complementarias para evaluar el abuso sexual infantil es precisamente el rendimiento escolar, en el que se expresa no solamente la histeria en las niñas, sino el retraimiento, angustia, disminución de la autoestima y ansiedad, todos elementos traídos al debate no sólo por las citadas docentes, sino también por la licenciada F. en el psicodiagnóstico.

Esta última profesional, no solamente nos trae la versión que la niña da de los hechos, más clara aún que en la Cámara Gesell -lo que se explica porque se trata de un testimonio prestado a solas, frente a una persona que se ganó su confianza y no frente a varias, con todo el ritual tribunalicio- sino que también nos relata los signos inequívocos de abuso sexual presentes en la niña. Así, sostiene que el relato de abuso sexual es inestructurado, adecuadamente organizado y acorde con su edad, poco fluido, dando detalles superficiales y específicos de la ofensa, algunos de los cuales son relatados sin comprensión de los mismos, corrigiéndose espontáneamente, afirmando que su relato se sostiene en el tiempo y es constante en los aspecto estructurales, estableciendo que no se observan

alianzas con terceros o de influencia de adultos para realizar una acusación falsa, resultando un relato creíble, no observándose fabulación o mitomanía patológica. Agrega la profesional en el debate que la estructuración es, precisamente, un indicador de credibilidad y que la niña tiene dificultades para relatar con fluidez, pero ello no sólo respecto del hecho, sino que también se observaba su lentitud en los dibujos y pinturas, afirmando que el relato hay que interpretarlo en conjunto con el resto del psicodiagnóstico, repitiendo que la niña sostuvo su relato en todos los ámbitos en la que le tocó hablar, tanto en su testimonio como en el psicodiagnóstico.

En fin, creemos que con lo relatado por la niña, su madre, la amiga de su madre, las docentes y lo traído por la psicóloga forense, tenemos hechos ciertos y probados que nos dan una plataforma indiciaria bastante como para inferir la existencia de los abusos sexuales y la persona autora de ellos, no presentándose otras hipótesis razonables en su beneficio asentada en los mismos indicios, por lo que la prueba indiciaria reúne así todos los requisitos exigidos por doctrina y jurisprudencia como para sostener con certeza la autoría del condenado.

4. Respecto del monto punitivo impuesto, la defensa considera que el mismo es desproporcionado con el grado de culpabilidad de G., ya que los agravantes de los daños causados para su vida futura, que los jueces traen a colación, no se evidencian en la niña, si nos atenemos al testimonio de su propia madre al sostener que actualmente su hija es “feliz”. También cuestiona la doble valoración que implica tener como agravante el parentesco, puesto que precisamente se agrava la cuestión por este extremo, lo que ya está contemplado en el mínimo del tipo penal. Cuestiona, por último, la situación de maltrato hacia la niña como agravante, ya que la misma psicóloga forense en ningún momento asignó las consecuencias -baja autoestima y sensación de desprotección- al abuso sexual, sino al maltrato general que le endilgaban ambos progenitores.

En el camino de decisión, debemos partir de un mínimo de ocho años y un máximo de dieciocho, pues éste es el tope impuesto por el fiscal y sobre el cual no puede la jurisdicción avanzar. La mensuración dentro de esos montos se debe hacer conforme a la gravedad del injusto a reprochar, la cual viene determinada por la naturaleza de la acción y la extensión del daño, palabras legales utilizadas en el artículo 41 del Código Penal que hacen referencia al grado de afectación del bien jurídico.

En este caso debemos tener en cuenta la modalidad del delito continuado y el concurso real, es decir la reiteración de los hechos, cuestión ya de por sí suficiente como para aumentar el grado de injusto y alejarnos del mínimo de ocho años. Asimismo, aumenta la afectación del injusto, el grado de indefensión o desprotección del bien jurídico, en este caso sin responsabilidad alguna de la víctima, tal como lo demuestra el grado de vulnerabilidad que ella poseía al momento de los hechos, extremos comprobados por la psicóloga forense que nos

da cuenta acerca del maltrato físico y psíquico y de la desvaloración que es objeto, indicando con claridad la figura negativa de ambos padres y el sentimiento de desprotección que la hace sentir como que estorba en la vida de los demás.

Establecida así la magnitud del injusto -que nos aleja considerablemente del mínimo- debemos efectuar al autor el reproche por su comisión, lo cual se construye conforme la culpabilidad por el acto en la que hay que estimar los motivos y el ámbito de autodeterminación. Respecto de los primeros, no aparece en el caso un motivo que venga a actuar como agravante, ya que el motivo aberrante se encuentra dentro de las características de estos delitos. Sí deberá actuar como atenuante el ámbito de autodeterminación disminuido del condenado, lo que nos lleva a alejarnos del máximo de dieciocho años, pues se trata de un sujeto con una historia vital poblada de abandono y prisonización, con todos los efectos negativos de ambos tópicos, a lo que hay que unir el consumo de tóxicos como deshinibitorio de las conductas. Respecto del correctivo de la vulnerabilidad cabe efectuar, en parte, las mismas consideraciones, porque no estamos ante un sujeto altamente vulnerable, tal como lo demuestra su oficio e ingresos medios, amén de la capacidad de sustento propio.

En fin, con tales parámetros, entendemos que la pena impuesta es justa, ya que se ubica por debajo del término medio.

5. Como consecuencia de todo lo que hemos dicho, adherimos a la imposición de costas al inculpado (art. 241 CPP) y a la regulación de honorarios sugerida por el colega que vota en primer término.

Así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes, con la disidencia parcial de la jueza Rodríguez, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado A. A. G. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia Nro. 1219/11 OJ Tw dictada en fecha 08/06/11;

2) Confirmar la sentencia Nro. 1219/11 OJ Tw dictada en fecha 08/06/11;

3) Imponer las costas al acusado (art. 241 CPP), regulando los honorarios de los profesionales de la Defensa Pública intervinientes en autos en la suma de pesos quinientos ($500), por la labor desarrollada en la presente instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200), y en el art. 59 y concs. de la ley V-90 (antes ley 4920); y

4) Protocolícese y notifíquese.

Omar Florencio Minatta **Roberto Rubén Portela**

Registrada con el Nro. 15/2011 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. La jueza Mónica Rodríguez no suscribe la presente, en virtud de su ausencia posterior al acuerdo (art. 331 último párrafo CPP). Conste.