En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil diez, se reunieron en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara en lo Penal integrada por los Dres. Leonardo Marcelo PITCOVSKY, en ejercicio de la Presidencia, la Jueza Silvia Susana MARTOS y el Juez de Cámara Subrogante de la ciudad de Trelew, Dr. Roberto Rubén PORTELA, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **"V. P. P. S/ denuncia abuso sexual simple – Puerto Madryn- S/ IMPUGNACIÓN" Expte. Nº 26/2009 C.P.P.M. (Carpeta 673 OFIJU PM),** seguidos contra: **S. D. P.,** argentino, hijo de M. D. y de N. C. S., nacido en San Rafael, Mendoza, el día 27 de abril de 1976, casado, instruido, con domicilio en Barrio P., manzana ***, lote *** de esta ciudad de Puerto Madryn, con D.N.I. ***, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensora Pública, Dra. M. A. L. contra la Sentencia N° 62/09 de fecha 24 de agosto de 2009 dictada por la Sra. Jueza Penal Dra. Flavia Trincheri, por la que se condenara al nombrado a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN EN SUSPENSO, como autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual simple agravado por el vínculo (Art. 45, 55, 119, cuarto párrafo inc. b y último párrafo del C.P.).

Intervino por la Acusación la Sra. Fiscal General, Dra. Marcela PÉREZ, por la defensa técnica del imputado, la Sra. Defensora Pública Penal Dra. María Angélica LEYVA, la Sra. Asesoría de Familia e Incapaces Dra. Alejandra MALVICHINI y el imputado S. D. P.

Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Leonardo M-PIOTCOVSKY, Dra. Silvia Susana MARTOS y el Dr. Roberto Rubén PORTELA.

Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley 5478).

El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo:

Fue traída a consideración de esta alzada, en virtud de la impugnación interpuesta por la Defensora Pública Dra. María Angélica Leyba, la sentencia N° 62/09OFIJUPM de fecha 24 de agosto de 2009 suscripta por la Dra. F. F. T., en la que se condenara a S. D. P. como autor material y responsable del delito de Abuso Sexual simple agravado por el vínculo (art. 45, 119 4° párrafo inciso b y último párrafo del Código Penal), a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN EN SUSPENSO por el hecho acontecido en esta ciudad de Puerto Madryn, entre los meses de julio y septiembre de 2007, en perjuicio de la menor I. A. P.

La plataforma fáctica plasmada por la acusación fue la siguiente: *"entre los meses de julio y septiembre de 2007 S. D. P., en reiteradas ocasiones, realizó tocamientos en la cola y vagina de su hija I. A. P. de seis años de edad, que el mismo realizaba bajo el pretexto de un juego de cosquillas, cuando la niña se quedaba a dormir en su domicilio sito en el Barrio P., Mza. ***, lote *** de esta ciudad".*

En la sentencia la Juez tuvo por acreditado que por lo menos en una ocasión el imputado P. realizó dichas acciones en los periodos establecidos.

Efectuada la audiencia prescripta por el art. 385 del C.P.P. la defensa ratificó los agravios esgrimidos en su libelo impugnatorio y amplió los mismos, haciendo lo propio la parte acusadora, conforme lo había efectuado en su conteste glosado a fs. 168/169.

La Dra. María Angélica Leyba denunció arbitrariedad en la valoración de la prueba para condenar pues entendió que si bien la

Magistrada se refirió a las expresiones de los testigos de la acusación y la defensa, al tratar la materialidad del hecho no describió cuál fue la conducta ilícita de su defendido para vincularlo al tipo penal escogido, y que no obstante esta omisión, la Juez Penal relacionó la prueba de cargo aportada por la acusación para tenerlas por acreditadas, llegando a una sentencia condenatoria.

Indicó que la Juez en la sentencia analizó en forma genérica las expresiones de las Lic. Orfila y Salazar sin establecer a qué circunstancias de hecho se refieren, sustituyendo con las mismas el testimonio de la víctima, omitiendo también la valoración respecto de la ausencia de declaración de esta última en cámara Gesell.

Señaló que siendo las profesionales de mención testigos de referencia resultan sus declaraciones escasas y endebles para fundar una sentencia de condena. Citó jurisprudencia.

Indicó que la figura escogida prevé el dolo directo como elemento subjetivo del tipo, el cual no puede presumirse y tampoco se encuentra acreditado en la causa.

Por último marcó que el fallo contiene evidentes falencias de motivación que señalan el escaso valor de convicción de la Juez. Aludió que el mismo se sostiene en simples presunciones y apreciaciones que nada tienen que ver con el hecho especificado en la acusación y que la prueba resulta escasa, no vislumbrándose el análisis del proceso lógico mental seguido para el encuadramiento de los hechos en la norma jurídica. Cita doctrina al respecto.

Finalizando solicitó se revoque la sentencia impugnada y se absuelva a su defendido. Hace reserva del caso Federal.

Por otra parte, la Sra. Fiscal Dra. Marcela Pérez entendió que el fallo debe confirmarse pues se encuentra ajustado a derecho. Señaló que la sentencia describe de forma correcta la conducta enrostrada y que la misma resulta acorde a la prueba arrimada al debate.

En relación a ello citó los cambios de comportamiento en la niña, la vergüenza de la misma respecto de los tocamientos en lugares inadecuados, el secreto, el develamiento, las secuelas físicas de la víctima, revelando ello –dijo- el dolo del autor.

Justificó la falta de declaración de la niña en cámara Gesell aludiendo que si bien la misma se efectúo no fue ofrecida porque ésta no quiso hablar, que el S.A.V. lo había informado y que tampoco la defensa designó perito para dicha diligencia.

Por último peticionó se rechace la impugnación interpuesta y se confirme la sentencia en crisis.

La Dra. Alejandra Malvichini, adhirió a las expresiones de la fiscal y dijo entender que no obstante no poder contarse con la declaración de la niña en cámara Gesell, la demás prueba de cargo resulta suficiente para sustentar la sentencia de condena.

El imputado P. negó haber tocado a su hija con las intenciones que se le imputan, dijo que siempre fueron juegos de cosquillas y que el dormía en una habitación sin puertas con la niña encontrándose sus padres en la casa en todo momento. Relató lo sucedido después de la denuncia y su deseo y el de la menor de retomar el vínculo, mencionó que en estos momentos sólo la puede ver a escondidas.

Sentados los agravios, luego de analizado el pronunciamiento condenatorio de la magistrada, he de adelantar que encuentro acertado los planteos -en lo esencial- de la recurrente, pues la prueba conforme se ha valorado resulta insuficiente par acreditar la materialidad del hecho, no vislumbrándose que el fallo haya destruido la presunción de inocencia de la que goza el imputado, debiéndose por ello, aplicar el beneficio de la duda a favor del mismo. Paso a fundamentar mi voto.

En primer término y conforme han sido planteados los agravios esgrimidos me he de referir a la ausencia de declaración de la menor en cámara Gesell.

He dicho en autos: "D. R. G. V. S/ Denuncia abuso Sexual S/ Impugnación." Expte. N° 19/2009CPPM, que no obstante la falta de este tipo de declaraciones en menores de corta edad– cuatro años en ese caso- y cuando ha sido debidamente argumentado la imposibilidad de su presencia, el testimonio de quien recibiera directamente la información del delito y los informes psicológicos demostrativos de las secuelas de los hechos, son prueba bastante y suficiente para tenerlo por comprobado con el grado de certeza que la etapa exige. No obstante ello esto no ha ocurrido en el caso que se trae a análisis, por dos cuestiones: a) no ha dado razones la parte acusadora del por qué no se efectúo tal diligencia de cámara Gesell nuevamente, pues si bien resulta cierto que dicha prueba no fue ofrecida – conforme aludiera la fiscal en la audiencia de impugnación

porque la niña no habló-, debió tener presente esa parte que la misma se realizó en fecha 06 de noviembre de 2007, existiendo la posibilidad de la acusación de intentar, previa asistencia de la víctima, en otra oportunidad dicho acto, ya que si bien se trataba de una niña de seis años al momento del hecho con el tiempo trascurrido a lo largo de la duración del proceso alcanzó los ocho años, y máxime que conforme lo refirió la Lic. Orfila en su informe de enero de 2008: *"La niña I. A. P., de 6 años y seis meses de edad, se trata de una niña muy comunicativa, con un buen desarrollo verbal y social.."* y ; b) tampoco se encuentra agregado a la presente carpeta ni ha sido incorporado al legajo de prueba informe alguno del Servicio de Asistencia a la Víctima que pueda dar cuenta de que la declaración de la menor resultaba inconveniente.

Asimismo, se aprecia que la juez ha hecho una fugaz referencia al tema, de alguna manera justificando la omisión de la acusadora, sin atender verdaderamente que dicho motivo era uno de los principales agravios de la defensa en la audiencia de debate, encontrándose los mismos plasmados en los alegatos de esa parte en la sentencia.

En relación a lo antes dicho dentro de un proceso penal, y cuando las víctima del delito son niños, se debe armonizar el interés superior de los mismos – Convención Internacional de los Derechos de Niño-, con las garantías del imputado de poder controlar la prueba que se incorpora. Por ello entiendo, se puede prescindir de la declaración del menor en cámara Gesell, cuando se cuenten con informes de los servicios de asistencia a la víctima, que previo abordaje de la situación emocional de las misma, así lo aconsejen, pues se debe tener en cuenta que en eso se basa la protección constitucional de los mismos: por un lado la no realización de actos que posibiliten su revictimización, por el otro, el derecho del niño a ser oído, es decir, de poder expresar ante el tribunal y por los medios indicados en la ley procesal su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan–art. 12 de la Convención de Derechos del Niño-. De otra manera,

excluyendo esta prueba sin justificación e imposibilitando el control de la defensa de la misma se violenta los principios de inmediación y defensa, pilares del proceso penal.

Se advierte que la Juez Penal Dra. Trincheri se ha limitado al tratar la materialidad del hecho enunciando sólo los elementos que ha tenido por probados, sin ponderar, es decir, explicar cómo a través de una elaboración de un proceso lógico arriba a una determinada conclusión fáctica.

En ese sentido la magistrada en la sentencia ha dicho: *"Encuentro acreditado el hecho ocurrido,.... cabe analizar la denuncia efectuada por la madre de la menor y su testimonio en juicio, los dichos de la Licenciada Salazar y Orfila, que mencionan los cambios de conducta de la niña, y éstas dos últimas, la clara alusión a la evidencia del ASI en I.*" Como se evidencia, la magistrada no ha dado razones respecto de cuáles han sido en concreto los dichos que la han llevado al convencimiento de tener el hecho por sucedido.

Es preciso dejar sentando

que si bien esta Cámara Penal debe hacer un análisis amplio del recurso en la medida de los agravios, que permite la revisión integral de los actos del debate – la posibilidad de escuchar

el audio de la audiencia-, ello no significa que la alzada deba remitirse a los mismos a fin de completar la sentencia en los aspectos que el juez de grado no lo hizo, pues esto sería

utilizar la impugnación del inculpado o en su contra.

Tampoco juzgo acertada la valoración de la magistrada respecto de la encopresis que sufriría la niña I., pues sólo se remite a un ejemplo dado por la Licenciada Salazar del cual no se comprende cuál resulta ser la vinculación con este caso.

Al referirse a las manifestaciones que la niña exteriorizaba, mencionó el testimonio de la Lic. Orfila quien le practicara el psicodiagnóstico, señalando las secuelas sufridas por la misma y siempre indicando "las fuertes cosquillas" que le haría el padre a la menor I., sin analizar el por qué la hipótesis alegada por la defensora respecto que podrían existir otras causas –comienzo de la escolaridad primaria, separación de los abuelos maternos, nuevas parejas de sus padres, etc- no podrían haber provocado en la niña la atención dispersa, la falta de capacidad de aprendizaje y de vinculación con otros niños, a que aludiera la psicóloga mencionada, no resultan válidos y por tanto no deben tenerse en cuenta.

Respecto de las diferentes hipótesis que se plantean ha dicho Luigi Ferrajoli en Derecho y Razón Ed. Trotta pág. 151/152 *"...el juez tiene la tarea de dirimir: precisamente, la carga de la prueba en apoyo de la acusación resulta integrada por la carga de la contraprueba o refutación de las hipótesis de competencia; el derecho de defensa o refutación está a su vez integrado por el poder de planteamiento de contra hipótesis compatibles con el conjunto de datos disponibles y capaces de suministrar explicaciones alternativas; y la motivación del juez resulta ser una justificación*

adecuada de la condena sólo sí, además de apoyar la hipótesis acusatoria con una pluralidad de confirmaciones no contradichas con ninguna contraprueba, también está en condiciones de desmentir con adecuada contraprueba todas las contrahipótesis planteadas y planteables. ... si la acusación tiene la carga de descubrir hipótesis y pruebas y la defensa tiene el derecho de contradecir con contrahipótesis y contrapruebas, el juez, cuyos hábitos profesionales son la imparcialidad y la duda, tiene la tarea de ensayar todas las hipótesis, aceptando la acusatoria sólo si está probada y no aceptándola, conforme el criterio pragmático del favor rei, no sólo si resulta desmentida sino también si no son desmentidas todas las hipótesis en competencia con ella"

Por otro lado, se ha de recalcar que los informes de los profesionales no deben ser considerados absolutos y concluyentes sino que los mismos deben estar acompañados de la valoración que el Juez sentenciante hace en relación a ellos y a los demás elementos existentes en la causa pues de otra manera serían éstos–los psicólogos, médicos, etc.- los jueces.

Estos elementos tal como han sido presentados ponen en duda la realidad que exhibió la juez mediante los escasos argumentos condenatorios expuestos en la sentencia, como que las cosquillas que le hacía el padre a la niña sólo sean –como el imputado lo ha dicho- porque le gustaba la risa de su hija no

notando que a ella le molestaran, y no tocamientos en las partes pudendas de la niña con connotación sexual. Asimismo, que los cambios conductuales de I.–como antes se ha analizado- puedan haberse producido debido a otras circunstancias. Expresar que le hizo cosquillas al tiempo de la imputación del hecho, no alcanza para describir ello como conducta lasciva, comprendida en algunos de los incisos del art. 119 del C.P.

La materialidad del hecho que se le endilga a P. no demuestra por sí su carácter impúdico, razón por la cual debió probarse el ánimo del autor por cualquier otro medio para poder fundar una condena en el marco del art 119 del CP.

Respecto de lo anterior ha dicho Julio B.J. Maier Derecho Procesal Penal I. Fundamentos. Ed. Editores del Puerto S.R.L. pág.505: "...el aforismo in dubio pro reo representa una garantía constitucional derivada del principio de inocencia (CN, 18) cuyo ámbito propio de actuación es la sentencia(o una decisión definitiva equiparable), pues exige que el tribunal alcance la certeza sobre todos los extremos de la imputación delictiva para condenar y aplicar una pena, exigencia que se refiere meramente a los hechos y que no soluciona el problema de

interpretación jurídica, ni prohíbe ningún método de interpretación de la ley penal, mientras se lleve a cabo contra legem."

Verificado entonces el vicio de la motivación en la valoración de la prueba, la que además resulta insuficiente para predicar certeza más allá de toda duda razonable, se impone la aplicación del principio de in dubio pro reo y la consecuente absolución del imputado P. (art. 28 del CPP y art. 44 de la Constitución del Chubut de los hechos que se le han atribuido en la sentencia impugnada. ASI VOTO.

Las costas deben ser soportadas por el Estado, de conformidad a lo establecido en el art. 242 del CPP. Por otra parte corresponde regular los honorarios de la Defensa pública por su labor en el proceso en la suma de Pesos Dos Mil ($2000), de acuerdo a lo establecido por los art. 5, 7 y cctes. De la Ley XIII N° 4, antes Decreto Ley 2200 y art. 59 de la Ley V N° 90, antes Ley 4920.

La Juez Silvia Susana MARTOS dijo:

I.- Siguiendo las mandas procesales, se celebró la audiencia oral y pública legislada en el art. 385 del CPP, debatiéndose en tal instancia los argumentos del recurso interpuesto por la Defensa técnica contra el fallo de condena dictado en fecha 24 de agosto de 2009 por la Señora Juez Penal Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI bajo el Nº 62/2009 OFIJU. La Defensora Pública Dra. María Angélica LEYBA solicitó al Tribunal que conformo, la absolución de S. P. por el delito de Abuso sexual simple agravado por el vínculo (art. 119, cuarto párrafo, inciso b y último párrafo del C.P.)

II.- Realizada la deliberación, los jueces arribamos a un acuerdo por unanimidad. Doy los fundamentos de mi voto.

En el ámbito del recurso del condenado, regulado con amplitud en el código vigente – art. 374 C.P.P. – al punto que el legislador le ha llamado "impugnación ordinaria", el tribunal debe entender sin las limitaciones que son propias de los remedios extraordinarios, como el recurso de casación al que se ha referido la Corte Suprema en "Casal" para exigir el máximo esfuerzo de revisión.

Los agravios de la defensa y el responde de la acusación han sido suficientemente detallado en el voto que me precede por lo que comenzaré de seguido con la fundamentación de mi voto.

II.- En relación con el agravio referido a la ausencia de declaración de la menor víctima, diré que tratándose del delito de abuso sexual infantil, se presentan situaciones de derechos en supuesto conflicto: el derecho de defensa del imputado y el derecho del niño víctima del delito – Convención de Derechos del Niño en su art. 3.1 (art. 75 inc. 22 CN). En ese sentido se ha de propender a la armonización de los mismos para evitar que el ejercicio de uno de ellos destruya o desnaturalice el ejercicio del otro derecho.

Al respecto Luis M. García, señala que: "...el Estado puede tener buenas razones para proteger al niño y no someterlo a un interrogatorio judicial, pero en ese caso, es la acusación la que debe cargar con el déficit de prueba y no el imputado...."(Aut cit "El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños", comentario al fallo de la Corte

Europea de Derechos Humanos, dictado el 20 de diciembre de 2001, en el caso "P.S. vs. Alemania", LL. 2002-F, 15- Sup. Penal 2002),

Con referencia al planteo de la defensa y la importancia de contar con la declaración de la menor víctima, en la audiencia de la impugnación se trajo a colación que no se había ofrecido por parte de la fiscalía la incorporación de la Cámara Gesell realizada, pues la niña en esa ocasión no articuló palabra agregando la Asesora de Familia que no se realizó una segunda Cámara Gesell para no revictimizarla.

Puntualizo aquí la liviandad con que se dieron estas explicaciones, por la importancia del tema. Al respecto ha dicho el autor antes citado, en referencia a la misma sentencia que: ".... no satisface con alegaciones abstractas, la preponderancia del interés superior del niño, por sobre el interés de los derechos de la defensa, sino que, en concreto, tienen que sopesarse argumentos pertinentes y suficientes para restringir el control de ese testimonio. En efecto, ni siguiera en la Convención sobre Derechos del Niño puede predicarse que su Inter.{es deba prevalecer siempre a ultranza sobre otros..... Correspondía al Estado demostrar que la limitación a los derechos de defensa era necesaria para la protección de la niña...."

Con esto quiero decir que la mera invocación al temor de un daño a su salud sicofísica no es suficiente como justificación para desistir de la realización de escuchar a la víctima

Por otra parte, si bien se puede desistir de ofrecer un testimonio en Cámara Gesell por motivos justificados, en el caso de autos se advierte que de haberse acompañado el registro del audio y video de dicho acto, las partes y el juez habrían podido observar tan siquiera la actitud de la menor al no poder verbalizar respuestas a las preguntas que se le efectuaban, pudiendo dar las profesionales que la asistían las opiniones relacionadas de los posibles motivos psicológicos de tal impedimento.

Tampoco se dieron razones fundadas del motivo por los que no se efectuó una segunda Cámara Gesell, o su intento, pues desde dicho acto pasaron dos años hasta que se realizó el debate donde y en ese período la menor contó con asistencia victimológica que a lo mejor, hubiera facilitado la verbalización de lo ocurrido. Tal omisión debió apoyarse en informes de profesionales, que dieran cuenta de la inconveniencia de intentar una segunda.

Ello tiene suma importancia pues la sustitución de un testigo directo por uno indirecto, como resultan ser las psicólogas Orfila y Salazar cobra toda su dimensión cuando existe una causa legítima que justifique la inasistencia de la menor.

Concluyo entonces que si bien se puede prescindir de la declaración de la menor víctima en determinadas situaciones justificadas, se debe contar con informes de los servicios de asistencia a la víctima que así lo aconsejen. No digo que la causa haya carecido de informes sicológicos, pero indudablemente faltó acreditar suficientemente las razones que frustraron la posibilidad de contar con el testimonio de la niña, déficit que a mi entender debilita la prueba, pues no permite al tribunal sentenciante del debido confronte entre los dichos del testigo directo con el testigo de referencia y con la versión del imputado,.

III.- Ello tiene directa relación con el otro planteo de la defensa en cuanto criticó el fallo aludiendo que la magistrada condenó solamente

con las expresiones de las Lic. Salazar, psicóloga tratante de la niña y Lic. Orfila sicóloga que realizara el sicodiagnóstico, las que tachó de segunda mano.

Con referencia a los testimonios de oídas o de segunda mano ya he fijado mi postura en la causa N° 19/2009CPPM citando lo afirmado en igual sentido por el Dr. PFLEGER, Ministro del Superior Tribunal de Justicia en el Expte. Nº 23.575; F° 231; Año 2006, también con referencia a un abuso sexual, en el que la menor se vio en la imposibilidad de prestar declaración testimonial, tanto en la instrucción como en tribunal de mérito. El Magistrado trajo a colación el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, que da una atinada definición del testigo de oídas y del valor que corresponde asignarle, en causa "Godenzi H. R" c. Reg. 217 del 06/05/2003, la Sala III dijo que *"... No se advierte la existencia de norma legal alguna que restrinja la declaración de personas que depongan sobre sucesos que conocieran a través de referencias de terceras personas. Es dable concebir casos en los que las declaraciones de los denominados testigos indirectos o de oídas pueden definir la suerte de un proceso, permitiendo que a través de ellas, el Juez reconstruya con precisión los sucesos que constituyen el objeto procesal. Piénsese a modo de ejemplo, el caso de quien inmediatamente después de haber presenciado un suceso delictual refiere su vivencia – como suele ocurrir – a sus allegados, más luego ante el órgano jurisdiccional expone una versión diferente sobre los mismos hechos. En tal supuesto, la declaración concordante de quienes escucharon la primera versión permitirá evaluar la verosimilitud del testimonio en cuestión...."* (*JPBA 123:31, pág. 13*) .

Ofrecidos los testimonios de las dos profesionales, se advierte que las partes han tenido oportunidad de interrogar a las testigos de referencia, tanto a la sicóloga que entrevistó a la menor víctima del presunto abuso y elaboró el sicodiagnóstico, como también a la sicóloga tratante. Asimismo la Defensa tuvo oportunidad de controlar dicha prueba, por lo que ha de rechazarse el planteo invalidante respecto de la apreciación de estos testimonios.

IV.- En relación al planteo efectuado en punto al contenido de carácter sexual de la conducta atribuida al imputado S. D. P. -"cosquillas inadecuadas"- hacia su hija menor de seis años, parto de la declaración brindada por el imputado cuando afirma que efectivamente él le efectuaba "cosquillas" a su hija en el cuerpo para hacerla reír, sin advertir jamás que a la nena le molestara tal conducta de su parte. Afirmó que ello no tenía ninguna intención de abuso sexual, lo que no haría, dijo, ni con ella ni con nadie.

Luego del análisis de los elementos probatorios ponderados por la jueza, entiendo que éstos no alcanzan para arribar a un pronunciamiento de condena. Como he señalado, el propio imputado en su declaración se adjudicó la conducta de hacerle cosquillas en algunas oportunidades a su hija, tal como la niña se lo mencionara a su madre y a su terapeuta, mas esa conducta así sin más, sin explicitar por parte del juez por qué esos tocamientos resultaron ser un accionar libidinoso e inverecundo del padre hacia su hija, resulta insuficiente para tener por acreditado con certeza el abuso sexual enrostrado. En el caso sub examine la magistrada no justifica en qué habrían consistido esos actos de contenido sexual. Alude a que la niña se colocaba de determinada manera al relatar lo que le hacía su padre, más no precisó cómo, ni dónde la tocaba, más luego de citar doctrina alusiva a este tipo abusos sexuales, expresa: *"Advierto que todo lo reseñado encaja con lo relatado como vivido por I., sumado a que los profesionales intervinientes (por Salazar y Orfila) dan cuenta que los síntomas que tenía no eran producto de la separación de sus padre o abuelos, o que poseía un coeficiente intelectual inferior a su edad y a la*

escolaridad que recibía, que tuviera una disfunción física que la lleva a no controlar sus esfínteres. La niña, a pesar de su corta edad, sintió y percibió que esas "cosquillas" eran inadecuadas, de allí, los síntomas consecuentes." Afirmar la realización de "cosquillas inadecuadas" sin explicitar en qué consintieron no es suficiente para tener por acreditado el tipo objetivo analizado. Por otra parte la Jueza si bien detalla los síntomas psicofísicos que presentaba la niña lo hace sólo refiriéndose al testimonio de la Lic Orfila mas no justifica por qué descarta las causales aludidas por la defensa

Las consideraciones expuestas me llevan a concluir que la prueba producida y ponderada no conforma un cuadro convictivo que arrime certeza acerca de la materialidad de los hechos que se imputan ni de la autoría de los mismos, correspondiendo, en virtud de las expresas mandas contenidas en el art. 28 del C.P.P. y 44, VI, de la Constitución del Chubut, absolver al acusado del delito por el que fuera condenado. Así lo voto.

Asimismo y conforme lo impuesto por los Arts. 242 y 247 del C.P.P. propongo que el Estado deba correr con las costas, regulando además los Honorarios Profesionales de la Defensa Publica por su labor en esta etapa en la suma de Dos mil pesos ($ 2000.-). **El Juez Roberto Rubén PORTELA dijo:**

Introduciéndome al tema convocante en virtud de la impugnación efectuada por la Defensa Pública contra la sentencia que

condenara a S. D. P. a la pena de tres años, en orden al delito de Abuso Sexual simple agravado por el vínculo (art. 45, 55, 119, 4to. párrafo inc. b y último párrafo del C.P.), he de obviar la transcripción de la plataforma fáctica y de la enunciación de los agravios sostenidos, ya que las mismas ya fueron ampliamente desarrolladas por los que me precedieran en el voto y así, con el objeto de evitar repeticiones me remito a los mismos.

Entiendo que el punto central a evaluar, resulta ser la no realización de la declaración de la víctima en Cámara Gesell, conforme lo prescribe el art. 193 del Código Procesal. Al respecto, de la sentencia impugnada no emergen los motivos por los cuales ésta actividad procesal no se llevó a cabo y por lo contrario, la decisión jurisdiccional, se apoya en la denuncia formulada por la progenitora de la menor víctima, Sra. P. P. V., quién luego brindó testimonio en audiencia de debate. También se contemplaron los aportes realizados por los profesionales en Psicología, Lic. K. S., quien fuera tratante de la menor I. A. P., quien al tiempo de denunciarse el hecho, contaba con seis años de edad. Agregado al legajo de prueba correspondiente) y de la evaluación psicológica que le efectuara la Lic. María Inés Orfila, perteneciente al ETI.

Es indudable que ésta prueba conformada constituye lo que en doctrina se llama “prueba referencial”, ya que relatan dichos que habrían sido oralizados por la propia víctima, pero que de ningún modo pudieron ser controlados por la Defensa. Es decir, no son testigos directos de los hechos sino “de oídas”, razón por la que no pueden concedérseles carácter de dirimentes. Por otro lado, no advierto que la sentencia en crisis

invoque otros elementos de prueba independiente, como para poder así viabilizar un pronunciamiento condenatorio (extractos tomados de la causa nro. 8458 "Bautista Cabana Gabriel" – CNCP – Sala II – 09/05/08).

Ante esta situación no resulta difícil concluir que el imputado no contó con la posibilidad procesal de controlar esta prueba, respecto a los dichos que probablemente vertiera la pequeña que aparece como víctima, significando esta imposibilidad un desmedro a los intereses del imputado, importando esto sin más una clara conculcación a la garantía del derecho de defensa en juicio y del debido proceso que le asiste.

Quedó claro que la decisión del sentenciante, se produjo valorando tres elementos que ya fueran referenciados, tales como los dichos de las madre de la menor y las profesionales intervinientes, convirtiéndose dichos elementos en pilares de la condena, sin que el imputado haya tenido la posibilidad de controlar las manifestaciones que se le adjudican a la menor. Estos son los motivos por los que concedo razón a la impugnación sostenida por la Defensa Pública, toda vez que éstos defectos en la prueba colectada, de modo alguno pueden apontocarse como prueba suficiente para acreditar la conducta atribuida a su representado.

Que, conforme lo precedentemente apuntado, entiendo que el cuadro cargoso reunido por el sentenciante no permite en el suscripto, arribar a la certeza que debe imperar para el

dictado una sentencia condenatoria, por lo que, ante el déficit probatorio expuesto, determina un estado de duda respecto de la conducta achacada por parte de la Fiscalía al encartado S. D. P., razón por la que, por imperativo legal del art. 28 del código ritual, en consonancia con lo previsto en el art. 44 de la Constitución Provincial, deviene inevitable la absolución del nombrado, haciendo lugar de este modo a la impugnación interpuesta por la Defensa.

Respecto de los honorarios y costas entiendo adecuado los fijados en el voto del Juez preopinante.

Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose el siguiente:

FALLO:

I) **DECLARAR** procedente la impugnación deducida por la Defensa del imputado S. D. P. contra la Sentencia N° 62/09 de fecha 24 de agosto de 2009.

II) **ABSOLVER** a S. D. P. del delito de Abuso Sexual simple agravado por el vínculo en carácter de autor (Art. 45, 119 4° párrafo inciso b y último párrafo del Código

Penal), por el hecho ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn entre los meses de julio y septiembre de 2007, en perjuicio de la menor I. A. P., sin costas, las que se declaran a cargo del Estado.

III) REGULAR los Honorarios profesionales de la Defensora Pública por su actuación en esta etapa en la suma de Pesos Dos Mil ($ 2.000.-) de acuerdo a lo establecido por los art. 5, 7 y cctes. De la Ley XIII N° 4, antes Decreto Ley 2200 y art. 59 de la Ley V N° 90, antes Ley 4920.

IV) REGISTRESE, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (Art. 331 del C.P.P.).

La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior del Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY (Art. 331 *in fine* del CPP.)

Silvia Susana MARTOS Juez de Cámara

Roberto Rubén PORTELA Juez de Cámara

Ante mí:

Andrea Mabel BOREA
Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº 12 DEL AÑO 2010. CONSTE.-

Andrea Mabel BOREA

Secretaría de Cámara