Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

---------- En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los veintisiete días del mes de Noviembre del año dos mil doce, se reunieron en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Rafael LUCCHELLI, Leonardo Marcelo PITCOVSKY y como Juez Subrogante Guillermo Alberto MÜLLER, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **"J., R. C. S/ DENUNCIA S/ IMPUGNACIÓN" Expte. Nº 11/2012 C.P.P.M., Carpeta Nº 3500 OFIJU,** seguidos contra: **E. E. A.,** argentino, nacido el día 6 de Noviembre de 1982, en la localidad de Ingeniero Jacobacci, provincia de Río Negro, hijo de G. y de N. R. San Martín, instruido, soltero, ayudante de albañil, D.N.I. Nº XX.XXX.XXX, domiciliado en el B. S. M., Manzana XXX, lote 20 de esta ciudad de Puerto Madryn, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa del nombrado contra la Sentencia registrada bajo el Nº 66/2012 OFIJUPM de fecha 27/08/12, mediante la cual el Tribunal de Juicio integrado por los Sres. Jueces Penales Dres. Patricia REYES, R. Adrián BARRIOS y Gustavo D. CASTRO, lo condenara como autor material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE EN LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO (Arts. 45, 55 *a contrario sensu* y 119, primer y cuarto párrafo, inc. f del C. Penal) a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C. Penal) por los hechos ocurridos en esta ciudad de Puerto Madryn, entre el año 2008 y el día 21 de Marzo de 2011.---------- Intervino por la Acusación la Sra. Fiscal General, Dra. María Angélica CÁRCANO, por

la Querella la Asesoría Civil de Familia e Incapaces representada por la Abogada Adjunta Dra. Carolina VAN DOMSELAAR, por la Defensa técnica del encartado, la Defensora Pública Dra. María Angélica LEYBA.---------- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY, Dr. Rafael LUCCHELLI y Dr. Guillermo Alberto MÜLLER.---------- 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 XV Nº 9, antes Nº 5478).----------

---------- **El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo**:----------

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) deducida por la Señora Defensora Dra. María Angélica LEYBA, junto a su pupilo E. E. A., contra la sentencia dictada en su contra por el Tribunal de Juicio el día 27 de Agosto de 2012 y que condenara al nombrado como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia preexistente en la modalidad de delito continuado (Arts. 45, 55 *a contrario sensu* y 119, primer y cuarto párrafo, inc. f del C. Penal) a la pena de Cuatro años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C. Penal) por los hechos ocurridos en esta ciudad de Puerto Madryn, entre el año 2008 y el día 21 de Marzo de 2011.---------- La presentante interpuso recurso contra el fallo condenatorio solicitando se absuelva a su pupilo en tanto ha sido condenado por un delito por el que no fue intimado previamente afectando el principio de congruencia y vulnerando con ello el derecho de defensa en juicio (art. 18 de la C.N. y 45 de la C. Prov.).----------

------ En relación a ello sostuvo que el tipo penal por el que fue acusado su pupilo tiene

una entidad distinta de que resultara condenado en tanto comprende un elemento objetivo y subjetivo diferente y no obstante la apelación del Tribunal a las normas de los arts. 322 y 332 del rito procesal, éstas mismas prevén la necesidad de advertir a la Defensa sobre el cambio de calificación legal.---------- ---------- También sorprendió a esa Defensa el resolutorio de la calificación legal en la modalidad de delito continuado, asumiendo a su criterio, la función que le es propia al acusador público, quien nada dijo al respecto.---------- ---------- Criticó también la impugnante el haberse apropiado el Ministerio Fiscal del elemento probatorio que esa parte había aportado, valorándola en contra de los intereses de su defendido, afectando así el derecho de defensa en juicio, el estado de inocencia y el principio acusatorio. Este agravio es en relación a la postulación de la Lic. R. en carácter de contralor de parte en la realización del psicodiagnóstico de la menor víctima, cuya conclusión fue luego solicitada por la Fiscal. Que ante la negativa de esa Defensora, fue intimada por la Jueza actuante, quien ordenó la entrega a la contraparte, la que ofreció dicho informe como prueba documental y la declaración de la profesional como prueba de cargo.---------- ---------- Adujo también inconsistencia durante todo el proceso de una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos en contradicción de lo dispuesto por el art. 291 del CPP, planteo este que ya fuera efectuado en juicio y que no hiciera lugar el Tribunal.---------- ---------- En otro punto dijo sentirse agraviada por el rechazo del Tribunal a las objeciones planteadas en la declaración en Cámara Gesell de la menor víctima, oportunidad en la que también cuestionó la falta de objetividad e imparcialidad de la profesional que la entrevistó, Lic. S.. Este perjuicio se sustentó en el conocimiento

previo de la entrevistadora a la niña y de los hechos sobre los que iba a declarar, por haber mantenido contacto en nueve oportunidades, como integrante del SAVD, lo que contaminó dicha prueba.---------- Con respecto a la materialidad y la autoría de su defendido en la declaración de la niña, agravió a esa Defensa la pobre y contradictoria fundamentación de los Jueces, en tanto de la sola escucha de los testigos surge que ninguno de ellos afirma el conocimiento de los hechos y que, de las expresiones de la madre de la niña se pueden inferir circunstancias fácticas relacionadas con el tipo penal endilgado.----------
---------- Por último se refirió a los fundamentos sostenidos por el A Quo para imponer la pena, valorando prueba que fue incorporada al proceso de forma extemporánea, esto es, la declaración e informe adunado de la Lic. M.ol S., tachando de nula la sanción aplicada ante la ausencia de fundamentación.---------- En forma subsidiaria y si no tuviera acogida el planteo nulificante, indicó que fueron consideradas agravantes cuestiones que tienen relación directa con el tipo penal y por ende se tuvieron en consideración como constitutivos del delito, incurriendo así en una doble valoración, primero el trauma sufrido por la niña y el hecho de que la niña creía que el imputado era su padre y por otra lado tampoco se sustenta de que modo A. quiso afectar el bien jurídico de la víctima, no encontrando esa Defensa argumento alguno que permita superar la barrera del mínimo legal de pena.----------
---------- Hizo reserva del caso federal (art. 14 de la Ley Nº 48).----------
------- La Dra. CÁRCANO, Fiscal General contestó el emplazamiento efectuado por la Magistrada actuante sosteniendo que debe rechazarse la vía impugnativa intentada por la contraparte por entender que la sentencia impugnada en modo alguno adolece de las falencias indicadas por la Defensa, en tanto no se aprecia de manera alguna la mentada incongruencia entre los hechos imputado en el proceso, con los que fuera condenado

finalmente A., agregando la Sra. Fiscal que el Tribunal no sólo puede cambiar la calificación legal sino que además está autorizada a aplicar penas más graves o medidas de seguridad y en el caso la sentencia esta avalada por el art. 332, 2º párrafo del CPP y jurisprudencia de la CIDH. Repasó pasajes de la pieza procesal e indicó que A. pudo resistir la

imputación.---------- -------- Con respecto al planteo de la imposibilidad de aplicación del delito continuado, adujo que ello ha quedado insito en la misma descripción del hecho y está probado que la menor fue abusada desde el año 2008 hasta la misma

revelación del evento, lo que queda claro en su declaración.---------- --------- En tercer lugar alegó que la incorporación de la prueba pericial de la Lic. R. fue ya resuelta por un Tribunal en aplicación del principio de buena fe, igualdad de armas, publicidad y adquisición de la prueba, que no se trató de un mero informe sino de una pericia, tal como lo hiciera saber la propia Defensa mediante oficio nº 24/11.---------- ---------- Contestó que surge con meridiana claridad que la Defensa conocía los hechos por los que fuera acusado el imputado y que la variación de la calificación jurídica no le ha vulnerado garantía constitucional alguna, en tanto no se ha variado la plataforma fáctica del mismo, quedando bien alcanzada por el tipo escogido por el Tribunal. En consecuencia, agregó, se acreditaron aquellas conductas que han afectado la integridad y libertad sexual de M., motivo por el que debe rechazarse el planteo interpuesto, subrayando que la declaración de la menor fue efectuada en legal forma, bajo la atenta mirada de la Defensa, no existiendo allí tampoco perjuicio posible. Citó al efecto pasajes de los votantes. Destacó

finalmente que han sido valorados exhaustivamente las agravantes y atenuantes que existieron a la luz del art. 40 y 41 del CP, fundamentando los Magistrados en su decisión la gravedad de los hechos, el daño ocasionado y la calidad personal del encartado.---------- -------- Efectuada la audiencia prescripta por el art. 385 del C.P.P. las partes desarrollaron in extenso la fundamentación de sus peticiones.---------- Paso a emitir mi voto.----------

---------- Desde el primer momento del proceso la atribución de la responsabilidad de E. A. giró en torno a las mismas conductas. Para ser más preciso reproduciré el evento que se le endilga al inicio de la sentencia y por el que fuera intimado al comienzo del debate, al igual que en la audiencia preliminar: *"el día 21 de marzo del año 2011 aproximadamente a las 23 horas, E. E. A. abusó sexualmente de la pequeña M. J., de 8 años de edad, quien resulta ser la hija de la Sra. R. J., denunciante en autos y pareja del imputado; que dicho abuso consistió en esa oportunidad en tocamiento sobre las zonas pudendas de la niña, habiéndose realizado el hecho en el cuarto donde dormía todo el grupo familiar, en el domicilio familiar sito en calle G. al XXXX, lote 9 de la Manzana 1233. Este hecho no es sino, uno sólo, de muchos abusos sufridos por la víctima a lo largo del tiempo, pues así y de los informes que fueron adunados al legajo se pudo determinar en forma fehaciente que el encartado accedió carnalmente a la menor víctima, como así también se ha acreditado que los vejámenes a los que era sometido la niña tuvieron continuidad por lo menos durante los tres años anterior a la fecha de la denuncia. Que dichos actos tuvieron distintas formas de realización, todos ultrajantes de la libertad sexual de la niña, realizados por distintos tipos de contacto de connotación sexual."* ---------- -------- Existiendo en el caso la imposibilidad probatoria de aseverar el abuso sexual con

acceso carnal, los Jueces del juicio introdujeron una calificación legal más leve que la seleccionada por la Fiscal, empero, en relación a hechos y circunstancias que otrora ya se encontraban contenidos en la imputación a

A.. Analizo el asunto. En el sentido señalado ha dicho nuestro Máximo

Tribunal Provincial: *"La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez contra Guatemala" resulta una herramienta útil para comprender la significación del instituto en lo que a nuestra materia concierne y marca un sendero que, por imperativo de nuestra filiación constitucional y los tratados a los que el Estado ha adherido debe observarse. Al respecto, se definió que: ".....Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la "acusación" en el debido proceso penal vis-Ó-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamada "principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia" implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación. Por constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que*

aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observan en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) de la

*Convención....”’*Del voto de Juez Pfleger en autos “Solsona Stoianoff, Patricia Margot s/ Abuso sexual” Expte. 21.309-72-2008.---------- ---------- Que a fin de evaluar el punto puesto en crisis, hube de escuchar detenidamente los audios del debate, como también de la audiencia preliminar. Luego de ello, advierto que no le asiste razón a la Defensa en su preocupada petición, pues no detecto que exista violación alguna al principio de congruencia, tal como fuera ensayado por ésta; ello, en tanto se le dieron a conocer al imputado los hechos por los que iba a ser juzgado en todo tiempo procesal atinente a su debida y efectiva defensa y hasta el final del juicio. En consecuencia, habiendo tomado conocimiento real de los acontecimientos que configuraban su accionar ilícito a través de una relación, clara, precisa y circunstanciada de los hechos endilgados, los que han podido ser confrontados y contradichos a lo largo del juicio por la recurrente y su pupilo, es que propongo que estos agravios deben ser rechazados, debiéndose confirmar la sentencia en este espacio.---------- ---------- Prosiguiendo con el examen, trataré el tema que alude al delito continuado. En ese aspecto, tengo para mí que si bien la titular de la vindicta pública, no ha hecho mención expresa al *nomen iuris*, se trata de una cuestión que ha sido materia de debate y por la que ha sido interpelado el incuso, más esa omisión fue suplida correctamente por el Tribunal de Juicio. En efecto, la calificación legal del suceso traído a juicio, forma parte de una cuestión que atañe al Tribunal por imperativo del principio *iura novit curia*, en la medida de las circunstancias fácticas debatidas, a fin de que con ello no se produzca una situación de indefensión y que ello no importe una decisión en su contra imposible de controlar durante el debate. Precisamente, la data de los acontecimientos y la prueba aportada ha otorgado crédito al Tribunal de mérito para que pueda considerar la

modalidad de los eventos como continuada, más no como concurso material, cuestión que sí hubiera agravado su situación procesal por la suma de los máximos en la sanción que prevé la legislación penal. Tal como lo consideraran correctamente los Jueces, existió en los sucesivos hechos una conducta continuada de abuso sexual extendida por tres años, reiterando la ejecución de manera típicamente similar, cuestión que aumentara considerablemente la afectación del bien jurídico protegido por la norma y con ello el contenido del injusto. En esta inteligencia, es que considero que corresponde no hacer lugar a la petición de la

Defensa.----------

-------- Ha criticado también la Señora Defensora la declaración de la niña bajo la modalidad de la Cámara Gesell, por considerar que la misma ha sido entrevistada por la misma profesional que a la postre efectúa el interrogatorio en la Sala de mención. Es necesario realizar aquí un breve paréntesis, para señalar que *"Respecto a esta particular situación, y tal como lo deslizara la Defensa en su alegato oral, deberá repasarse, en atención al juicioso criterio por parte de los operadores del sistema, que no sea la misma profesional quien primero escucha a la víctima para presentar luego el psicodiagnóstico, y a posteriori, con noticia de lo que ya le dijo sobre el hecho, acompañarla en su declaración ante las partes y juez interviniente.*

Sin dudas, que al margen de eliminar cualquier duda sobre la idoneidad de la profesional, es a los efectos de preservar la total objetividad que debe perseguir estas audiencias, con la trascendental relevancia que tienen en el futuro del proceso, en su forma integral." Voto del suscripto en autos "CALVO, Mario

R. p.s.a. Abuso Sexual S/ Impugnación" Expte. Nº 08/12 CPPM. ----------
Vale decir, en pos de la pureza procesal y el despojo de todo elemento que pudiera enturbiar las aguas, que es aconsejable lo dicho y hoy reiterado, extremo que, subrayo, sería menester que hagan suyo los órganos acusadores en
todo proceso judicial.----------
--------- Sin perjuicio de ello, advierto en el caso traído a examen que si bien es la misma profesional, la Lic. K. S., quien lleva a cabo ambas tareas, al momento de presentar el informe psicodiagnóstico debe responder a los puntos de pericia que oportunamente le fueron requeridos, tales como: 1) determinar si existen signos de ASI en la menor 2) determinar si se advierten secuelas psicológicas de ASI en la menor 3) si la misma se encuentra en condiciones de declarar bajo la modalidad de Cámara Gesell, para lo cual la Licenciada se basó en determinadas pruebas administradas y batería de test, que la determinaron en sus conclusiones periciales. El desarrollo de las entrevistas para la realización de estas técnicas específicas fueron acompañadas por la perito de parte de la Defensa, Lic. A. R., quien ofreció sus conclusiones por separado, dando cuenta
de la objetividad de tales eventos.----------
------- Dejó sentado al respecto el primer votante Dr. BARRIOS: *"Sin embargo creo que ninguna de esas dos circunstancias alcanzan para cuestionar la declaración de la niña, y su posterior utilización de esta prueba."* Y la Jueza REYES dijo en referencia a ello *"No existen signos de mendacidad, así como tampoco incoherencias o contradicciones en el relato de la niña que permitan invalidar el mismo. La verosimilitud de sus dichos se encuentra plenamente reafirmado por lo testimoniado por su madre R. J., quien al llegar a la casa escuchó llorar y por ello se entrevistó con su hija y así le contó lo sucedido, por lo que decide llevarla a la salita del barrio y luego hacer la denuncia, también por los psicólogos V. A. y M. L., que prestan servicios en la Sala del barrio y que ayudan a la mamá y la niña y le dan intervención a la justicia, y lo testimoniado por*

las Licenciadas S. y R. respecto a lo vivenciado por la niña en estos años, más lo declarado por el médico pediatra, Dr. R., que certifica las lesiones de la niña, y brindó su testimonio en el

debate."----------

------- Si bien tengo dicho que se debe ser extremadamente cauto en el análisis que se realiza de los informes psicológicos de los menores víctimas en delitos sexuales cometidos *intra* familia, máxime cuando estos instrumentos de prueba resultan ser un soporte importante a las manifestaciones producidas por los niños víctimas, en el caso, de la evaluación y conclusiones dadas por los Magistrados sobre el tópico, adunado al control que he realizado de los audios respectivos, de la pericia escrita suscripta por la citada profesional, el informe de la Lic. R., de la declaración de la niña y de su madre, entiendo que la experticia practicada en el caso por la Lic. S., fue evaluada y analizada correctamente y confrontada con el restante plexo probatorio, con el debido control de las partes. En ese sentido advierto de las conclusiones de la perito, que la menor sostiene un relato de un proceso de victimización sexual, a partir de la comprensión y descripción detallada de comportamientos sexuales no esperables a su edad; la real existencia en el relato de varios incidentes de abuso en el tiempo; presencia de trastornos funcionales del sueño y la alimentación, consecuencias traumáticas afectivas para su psiquismo, entre otras, indicadores éstos notables y propios del

ASI, por lo que considero adecuada la postura adoptada por el Tribunal de juicio.---

---------- Tal como lo dijera en causa "LÓPEZ, Ángel Esteban p.s.a. Abuso Sexual" Carpeta Nº 0642/07 OFIJUPM entre otras de igual contenido, sin olvidar que la

profesional de la psicología es una auxiliar del sistema judicial, que como tal, viene en asistencia de los jueces previo a tomar éstos una determinación sobre un caso en concreto; o que en su caso refuerza una posición, que con otras pruebas directas y concretas despejen el camino hacia la convicción plena, el informe pericial suscripto por la Lic. S., ha cumplido con rigor técnico científico requerido para evaluar circunstancias propias que rodean hechos como el

denunciado en el presente.---------- En cuanto a la crítica defensista acerca de la apropiación de la prueba propia de esa parte, es decir, del informe de la Lic. R., habiendo sido una cuestión evaluada en el transcurso del proceso, que ameritó una incidencia de apelación y QUE FUE luego introducido al debate y tratada *in extenso* por Tribunal A Quo, cuestión que comparto conforme sus argumentos en plenitud, obrando en el legajo la documentación que así lo sostiene, no merece el asunto a mi juicio mayor análisis que el ya efectuado por los sentenciantes. Se trata en definitiva de una prueba de nota de las partes y del propio Tribunal, la que conforme a las reglas de la sana crítica racional ha sido debidamente ponderada en el presente. Así lo voto.---------- Corresponde ahora el turno a la cuestionada materialidad y autoría del evento. La secuencia de los sucesos fue claramente expuesta por la menor J. en su declaración, colocando en cabeza de quien por ese entonces consideraba su padre, E. A., la autoría de los mismos.---------- El Juez BARRIOS, primer votante respecto de la materialidad y autoría, analizó extensamente las manifestaciones de la niña en Cámara Gesell, destacando acerca de las maniobras de abuso sexual a las que fuera sometida, que las mismas se encontraban suficientemente acreditadas y que el autor era el traído a juicio en carácter de imputado. Se basó para ello en el informe pericial de la Lic. S., la declaración de la señora R. J., madre de la menor, el hermano de ésta y tío de la niña, de nombre P. J., de lo señalado por la perito de parte, Lic. R., los Lic. A. y L. del Centro de Salud, los profesionales médicos que la revisaron,

Dr. D. R. y Dra. S. M. M., desestimando ante esta vasta cantidad de prueba en su contra, la versión dada por el imputado. A las mismas conclusiones arribaron los Jueces REYES y CASTRO, quienes evaluaron el plexo probatorio y votaron en consecuencia, haciéndolo en forma fundada y motivada, tornando vacuos los argumentos defensistas que sostuvieran orfandad probatoria.----------

-------- La pena impuesta. Fue también cuestionada por la Defensa en forma subsidiaria, instando en primer lugar a la nulidad de la sanción aplicada en atención a la ausencia de fundamentación en relación con el tipo penal enrostrado. Repasando los argumentos vertidos por los Jueces del Tribunal, advierto que en parte le asiste razón a la recurrente, en cuanto a la doble valoración que se efectúa respecto a que la menor lo observara a A. como un padre. El inciso f) del cuarto párrafo del artículo 119 del C. Penal prevé como una mayor sanción para el condenado, que éste aprovechara para cometer el delito la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años de edad, equiparándola en pena al inciso b) del citado párrafo y artículo. En el caso en análisis, A. precisamente actuaba como padrastro – atento la relación que lo mantenía en el lugar con la madre de la menor – y esa era en consecuencia la visión que tenía la niña respecto de él, por lo que agregarle un plus a la habitual posición que había asumido desde antes, sobrevalora en su perjuicio una situación que ya se encontraba contemplada en el tipo penal. Distinto hubiera sido, como hipótesis a considerar, que la situación del autor hubiera sido otra – hermanastro – y acaso, en pos de una sobreprotección como "padre" hubiera practicado los hechos tales como los reprochados en la presente. En lo demás, no encuentro defectos en la fundamentación dada de cara a los elementos individualizadores estatuidos en el Código sustantivo, ni observo expresiones estériles o abstractas que no

dejen asentado el alcance con que los mismos son valorados, lo que resultaría incompatible con un ejercicio razonable de parte de los Magistrados a la luz de nuestra normativa. Han enumerado extensa y claramente los parámetros que han tenido en cuenta en base a lo establecido en los artículos 40 y 41 del C. Penal, fijando de manera lógica y legal los criterios que definieron su posición, analizando en la sentencia las pertinentes atenuantes y agravantes conforme se desarrollara la audiencia de cesura de pena. En lo demás, como particularidad relevante, debo destacar, tal como lo hicieran los sentenciantes, el daño causado a la víctima, aspecto que no puede dejar de valorarse, en tanto surge evidente del relato de las profesionales intervinientes, Lic. S. – se refirió a las secuelas padecidas por la niña aconsejando terapia – la Lic. S. – quien entrevistó a la misma en el marco de una medida de protección iniciada en el ámbito del Juzgado de Familia y corroboró su estado, la evidencia clara de la extensión del daño y peligro causados, que puede perdurar en el tiempo, afectando particularmente el bien jurídico lesionado y la integridad sexual de la menor que conlleva a consecuencias impredecibles en el futuro, hoy imposible de aventurar. Apuntó el Juez BARRIOS *"Concluyendo en que en el caso de M., ha habido una dificultad muy grande que le impide expresarse gráfica y lúdicamente, que se culpabiliza ella y no en el verdadero autor del hecho, diagnosticando que va a necesitar la preparación psicológica y el acompañamiento de la familia, porque las variaciones traumáticas, pueden tener consecuencias psicológicas. La opinión de las especialistas dar una idea del inmenso daño causado a raíz del hecho que debe considerarse como un mayor contenido de injusto reprochable."*.En iguales términos se expidieron los otros dos votantes.----------

-------- Conforme vengo de expresar, propongo también a mis colegas asumir competencia positiva en este punto e imponer una nueva sanción, en tanto las cuestiones relacionadas al resto de los tópicos fue ampliamente discutida en la audiencia de cesura llevada al efecto. En ese sentido entiendo justo y razonable, conforme las consideraciones

desarrolladas antes y principalmente por el propio Tribunal de juicio, las que hago propias, se le imponga al inculpado A. la pena de Cuatro años de prisión, accesorias legales y costas del proceso. Así lo

voto.----------

------- Juzgo acertado regular los honorarios profesionales de la Defensa en la suma de Ocho (8) Jus, por la labor desarrollada, con cargo a su defendido y

conforme lo prevé la ley que regula el asunto.---------- -----

---------- **El Juez Rafael LUCCHELLI dijo**:----------

---- **1.-**Comenzare mi sufragio, omitiendo exponer los antecedentes que motivan el recurso, en atención a la prolija enunciación realizada en el primer voto, a cuyos términos me remitiré.---------- **2.-**En cuanto a la solución del caso adelantaré que, conforme al acuerdo alcanzado, considero ajustado a derecho confirmar la sentencia recurrida, en todas sus partes por los fundamentos que a continuación expondré.---------- **3.-** El recurso se funda en los siguientes agravios: Afectación del principio de congruencia; rechazo al planteo sobre la apropiación de elemento probatorio de la Defensa y su posterior valoración; inconsistencia durante todo el proceso de la relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos en la acusación; cambio de la calificación legal por parte de los Magistrados; objeta la declaración testimonial de la menor en Cámara Gesell por falta de objetividad e imparcialidad de la profesional que realizó la entrevista; falta de fundamentación de los Jueces en sostener la autoría y materialidad en la declaración de la víctima como así también critica la falta de fundamentación en la determinación de la

pena.----------

-------- **4.-** Llevada a cabo la audiencia prevista por el art. 385 del Código Procesal Penal, la Dra. María Angélica LEYBA, por la Defensa técnica, mantiene y amplía los fundamentos del recurso contra el fallo condenatorio.---------- **5.-** Pasaré a analizar los agravios deducidos por la Defensa. En primer lugar la Defensa se agravia de una supuesta afectación al principio de congruencia. En ese sentido, la Dra. LEYBA señala que su pupilo fue acusado sólo por el delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por ser conviviente y el hecho que se modificara la calificación a abuso sexual simple, le ha impedido ejercer una

defensa eficaz.----------

---------- Entiendo que el presente agravio no puede tener acogida favorable. En primer término, si nos atenemos a la intimación hecha por la titular de la acción pública en su acusación, fácilmente se podrá observar que la misma comienza relatando un abuso sexual simple calificado.---------- Así, la Fiscal comienza su acusación señalando que: *"el día 21 de marzo del año 2011 aproximadamente a las 23 horas, E. E. A. abusó sexualmente de la pequeña M. J., de 8 años de edad, quien resulta ser hija de la Sra. R. J., denunciante en autos y pareja del imputado; que dicho abuso consistió en esa oportunidad, en tocamientos sobre las zonas pudendas de la niña, habiéndose realizado el hecho en el cuarto donde dormía todo el grupo familiar, en el domicilio familiar sito en la calle G. N° XXXX, lote XX, Mzna. XXXX. Este hecho no es sino, uno sólo, de muchos abusos sufridos por la víctima a lo largo del tiempo…"*---------- Si bien es cierto que el Ministerio Público Fiscal llevó al debate, como hipótesis jurídica, una calificación mayor a la escogida por los Magistrados del juicio, no lo es menos que al no haber probado con el grado de certeza necesario el acceso carnal, con la descripción de los hechos realizada por la Fiscalía, se encuentra el Tribunal habilitado para condenar por

la figura menos grave.---------- La Defensa no puede en modo alguno aducir sorpresa o indefensión, ya que en la intimación formulada por la Dra. CÁRCANO – se encuentra convenientemente descriptos – una multiplicidad de abusos sexuales por los que finalmente A. resultara condenado.----------

- Con relación a que los Magistrados han optado por calificar los hechos que sufriera la víctima en la modalidad de delito continuado, debo decir en primer término que dicha calificación beneficia al condenado toda vez que si se hubiera considerado cada hecho en forma individual se los tendría que haber concursado realmente, lo que aparejaría una escala penal superior. El principio de *iura novit curia* autoriza a los Jueces a cambiar la calificación legal escogida, máxime si la misma beneficia al imputado como en el presente. Existe un factor final y un factor normativo común, que hace que todos los actos se puedan relacionar por lo que resulta adecuado entender la modalidad establecida por los Juzgadores.---------- ---------- Tampoco tendrá éxito, la crítica efectuada por la Defensa en cuanto a que la titular de la acción pública, nunca llegó a precisar cuando ocurrieron los hechos. Ello es así, dado que la naturaleza del delito investigado y la corta edad de la víctima hace que la precisión requerida sea imposible de satisfacer. Entiendo que el relato de los hechos efectuada por la Fiscalía cubre las exigencias de las que debe nutrirse toda intimación a fin de no afectar el derecho de defensa. Por ello, entiendo que el presente agravio deberá ser rechazado.----------

--- Se agravia la Defensa que el Ministerio Público Fiscal ha ofrecido como prueba, tanto el testimonio como el informe realizado por la Lic. R., quien fue contratada por la Defensa Pública para controlar el psicodiagnóstico que realizó de la menor víctima la Lic. K. S..---------- Al respecto, señala la Magistrada

REYES que: *"... Analizada la prueba que intenta invalidar la defensa, esto es la intervención de la Licenciada en Psicología A. Beatriz R., no surge violación a ninguna garantía constitucional, que amerite la declaración de nulidad del informe, ni del testimonio brindado en debate de dicha profesional, por cuanto, surge no solo de los dichos de la Fiscal, sino de la propia Defensora y luego corroborados por la Lic. R., que fue propuesta como perito de parte, según Oficio 24/11 de la Defensa Pública, notificando al MPF que la misma "intervendrá en carácter de Perito de Parte del Ministerio de la Defensa" y rubricada por la Dra. Leyba; así las cosas no existe duda alguna que dicha profesional fue propuesta a fin de que intervenga como perito de parte y así lo hizo, según lo establece el Ritual en el art. 198 sig. y cdtes. Sumado a ello he de decir que este planteo ya fue resuelto por la Juez natural de la Carpeta y revisada por dos Jueces ante una impugnación de la Defensa, rechazando los planteos defensistas. Esto a mi juicio, da más sustento a la postura de este Tribunal, pues la Defensa Técnica de A. ejerció siempre sin cortapisa alguna el derecho de defensa en toda su plenitud, propuso perito de parte, controló la producción del informe psicodiagnóstico, obtuvo su dictamen pericial y pudo ejercer el contraexamen en el debate al confrontar a la Lic. R. como consta en las actas y audios de debate. Siguiendo este camino, en modo alguno se puede invalidar como peticiona la Defensa la labor profesional de la Licenciada, que depuso en el debate y dio su dictamen fundado, de manera detallada sobre las distintas entrevistas y test que utilizaron en la pericia psicodiagnóstica, brindando sus conclusiones en forma clara y precisa.."*--------
---------- En la misma senda que su colega, el Magistrado BARRIOS señaló en su voto que: *"... Tengo para mi que tras la notificación 681/11 del 29 de marzo de 2011, por la cual la Fiscalía notificaba del mentado psicodiagnóstico a realizar a la niña, la Defensa, mediante oficio 24/11 del día 31 de marzo del mismo año, ofreció a la*

licenciada A. R. como perito de parte de ese Ministerio Público de la Defensa. Es claro entonces que la designación de la Defensa, lo fue en inequívoco carácter detallado, y en ejercicio de la facultad del art. 198, segundo párrafo del Cod.Proc.Pen.Chubut, ,por lo cual "... cualquiera de las partes podrá proponer otra para que dictamine conjuntamente con él..." Por lo tanto, la experticia no estaría si no obrara agregado en el informe, las conclusiones de todos los profesionales que intervinieron en la labor, vale decir en el caso, el de ambas psicólogas. Esto es así, puesto que para cualquiera de las partes, el informe de una sola de ellas resultaría incompleto, ya que la decisión que tras las posibles conclusiones pudiere arribar, podrían variar el temperamento tanto de acusación como de la estrategia de la Defensa. Por lo tanto, independientemente de la posible falta de coincidencia en las conclusiones que cualquier perito de la parte pueda llegar a tener con las arribadas por la del perito oficial, la presentación conjunta del informe, de la que habla la ley, entiendo se refiere a la realización del correspondiente informe que puede o no coincidir, pero que sin lugar a dudas debe de estar a disposición del caso. La igualdad de armas, es una garantía del justiciable, que se refiere a la garantía de tener las mismas herramientas que aquellas con las que cuenta el Estado que lo investiga y acusa, por lo que no sería correcto considerar que la negativa u ocultamiento de prueba de cargo del imputado, afecta en esta garantía al Ministerio Público Fiscal. Sin embargo, con criterio objetivo y legalista, en una diligencia que le fuera notificada a la Defensa, e incluso controlada por un experto de parte, no puede negarse la calidad del experto ofrecido, como así tampoco, negar sus conclusiones una vez que fuera admitido a participar en el acto, máxime ante el reclamo efectuado por ante instancia judicial..."----------

-------- Entiendo que, para poder resolver este agravio, se tiene que tener en cuenta el principio de adquisición procesal que establece que: los actos desarrollados en el proceso favorecen y perjudican a ambas partes, pues una vez incorporados al proceso pertenecen a este y no a la parte que los presenta.---------- Vale decir que, una vez que la Lic. R. fue propuesta y aceptada como perito de parte y realizó su dictamen pericial, esta prueba fue incorporada al proceso, no pudiendo aducir la Defensa que como ella la había solicitado no puede el Ministerio Público Fiscal utilizarlo en su perjuicio. Así, este agravio no puede tener acogida favorable.----------

------- También la defensa objeta la declaración en Cámara Gesell de la menor, ya que a su entender – dada la numerosa cantidad de entrevistas previas que mantuvo con la niña – le faltó objetividad e imparcialidad a la psicóloga interviniente.----------

------- En primer lugar debo señalar que entiendo que las deposiciones realizados en Cámara Gesell, son el mecanismo adecuado para honrar la Convención de los Derechos del Niño que, vale la pena recordar, por imperio del Art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, goza de jerarquía constitucional.----------

-------- He dicho que a través del mecanismo antes indicado, se respeta las disposiciones de la Convención antes aludida, ya que conforme lo explica la doctrina especializada en el asunto *"....en cuanto a la protección específica de los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño(art. 75 inc. 22 CN) establece en su art. 3.1 que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño…" "Cada vez que en el ámbito judicial se dispone alguna medida respecto de las víctimas infantiles que las haga sufrir o que pueda dificultar su rehabilitación, se viola el aludido principio*

rector, y, por lo tanto la Convención"....lo dicho incluye tanto la práctica de sentar una niña abusada en la sala de audiencias en el momento del juicio, como los restantes actos judiciales previos a la audiencia – en sede policial, juzgado de instrucción, cuerpo médico forense – en los que se interactúa en forma directa con la criatura sin tener en cuenta las particularidades del fenómeno"

(Carlos Alberto ROZANSKY en la obra Abuso Sexual Infantil. ¿Denunciar o Silenciar? Ed. B Argentina S.A. 2003. Pág.124/125).----------

---------- En ese sentido la doctrina señala que: *"...el único modo de OÍR a una niña abusada, respetando la normativa vigente y cumpliendo con el principio rector de la PROTECCIÓN INTEGRAL, es en el ámbito apropiado y con la intervención exclusiva y excluyente de los especialistas, que no son los jueces. Se ESCUCHA al niño en los términos de la Convención cuando las entrevistas las lleva a cabo un especialista en Cámara Gesell, y el juez o en su caso el Presidente del Tribunal (desde afuera), transmiten al experto que interactúa con el niño las inquietudes que pudieran tener." "obligar a una niña a comparecer en la sala de audiencias viola la normativa protectora de la Convención, por lo tanto es*

ilegal."(ROZANSKY, op.cit. Pág.131).----------

---------- No tendrá acogida favorable el planteo intentado por la Defensa donde sostiene que el testimonio de la Cámara Gesell, no resultaría válido porque el mismo habría sido contaminado por la cantidad de entrevistas que la Lic. S. habría tenido con la menor. Ello, debido a que lo relatado en Cámara Gesell no difiere en forma alguna con lo que se informara poco tiempo después del

develamiento. Es decir, de haber existido alguna interferencia ella no llegó a alterar de ninguna forma la evocación que se realizara en la Cámara Gesell.---------- Por otro lado, entiendo ajustado, que la entrevistadora se haya entrevistado en forma previa con la menor, a fin de lograr el rapport necesario para crear un ambiente de confianza y cooperación muta que permita que la niña se exprese de la manera más fluida y libre posible. Evitando de ese modo, su revictimización.---------- De todos modos, considero esencial para descartar el presente agravio que no han existido contradicciones ni fisuras en el relato de la niña, quien mantuvo el mismo desde el develamiento hasta su testimonio en Cámara Gesell.---------- La Dra. LEYBA se siente agraviada, ya que a su entender, carece de fundamentación suficiente sostener la autoría y materialidad del hecho, sólo con la declaración de la víctima.---------- Sin embargo, resulta claro que los Magistrados no se han nutrido solamente de dicho testimonio, sino que además, el mismo se vio reforzado por otros testimonios y las pericias que con absoluta claridad determinaron que la niña fue abusada y que el autor de dicho abuso fue el imputado A..---------- En ese sentido, el Magistrado BARRIOS, señala en su voto que: *"... he de concluir que el hecho en que la fiscalía acusara ocurriera el día 21 de Marzo del año 2011 siendo aproximadamente las 23: 00 horas, arribo a la instancia de certeza, instancia de conocimiento absolutamente necesaria para fundar una condena. Las manifestaciones de la denunciante y de las personas que a posteriori declararan como testigos, vinieron a referir lo que ella manifestó en primera instancia, y dan la pauta para ser considerada esa fecha como un hito en la cronología histórica de los acontecimientos, que podemos titularlo como el del develamiento de los sucesos. Vale la pena recordar que R. C. J. había dicho que el día del hecho, fue con su hermano*

a comprar cigarrillos, tardaron, al volver la puerta estaba trabada, su nena M. lloraba en la cama, su pareja tardó para abrirle la puerta, y luego la abrió, a lo que le preguntó que es lo que pasaba y que su pareja dijo nada. Confirmó P. Ezequiel J. que estuvo con la denunciante esa noche. También, y a modo transitivo, lo dijeron las licenciadas Z. y R., como A. y LL.. Todos los mismo: salida a comprar, regreso, puerta trabada, demora en abrirla, llanto de la menor, abuso,

develación…"----------

-------- No es posible pretender, en un delito de alcoba, que haya testigos presenciales del hecho. Los Juzgadores han llegado a la certeza que los habilita a una sentencia de condena, luego de ponderar acabadamente la declaración testimonial de la menor en Cámara Gesell, la validación de dicho relato que hicieran las profesionales intervinientes y los demás testigos que cimientan el indicio de oportunidad para delinquir que tuvo el condenado. Por ello, entiendo que se ha fundado debidamente la materialidad del hecho y la autoría en cabeza de

A.. Así lo voto.----------

Con relación al último agravio, consistente en la fundamentación de la imposición de la pena, entiendo que el planteo nulificante ensayado por la apelante no puede tener acogida favorable.---------- En primer lugar debemos recordar que la nulidad es una sanción procesal y que por imperativo Constitucional (Arts. 44, V, cláusula I C. Ch. y 31 CPP) debe ser interpretada en forma restrictiva.---------- Todos los Jueces se han basado en las pautas establecidas en los artículos 40 y 41 para determinar la pena, teniendo en cuenta los agravantes y atenuantes que la ley autoriza, no existiendo vicios

lógicos que permitan articular la nulidad solicitada.---------- Sin embargo, entiendo que cuando la Jueza REYES señala que:

"...Puesta a mensurar la pena, en el proceso de individualización de la misma, por este injusto, considero agravante el aprovechamiento de las marcadas características de vulnerabilidad de la víctima, una niña que lo consideraba su padre, sumado a las características de las acciones cometidas por el imputado, pues M. era una niña sin posibilidades de oponerse frente a la conducta de un hombre mayor tanto en edad como físicamente, y como un hombre de autoridad dentro de la estructura familiar...", cae en una valoración que ya se encuentra en la escala penal por la cual fuera condenado.---------- Así las cosas, comparto el criterio sustentado por el distinguido colega que me precede y juzgo acertado readecuar la pena impuesta a la de Cuatro años, accesorias legales y costas (Arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.). Así lo voto.---------- Estimo justo regular los honorarios profesionales de la Defensa

Pública en Ocho (8) Jus, por la labor desarrollada, con cargo a su defendido.-------

---------- **El Juez Guillermo Alberto MÜLLER** dijo:---------- En honor a la brevedad me remito a la reseña de los antecedentes del caso efectuada por mis pares preopinantes y en primer término me he de expedir en relación a la aludida afectación del principio de congruencia en que habría incurrido el Tribunal de Juicio al condenar al encartado por un delito distinto al que fuera objeto de la Acusación Fiscal.---------- 1.- Para abordar esta cuestión es necesario traer un fallo de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez vs. Guatemala", sentencia del 20-06-2005 como interpretación de la C.A.D.H. en el que ha dicho que el

Acusador fija el objeto litigioso y constituye una unidad indivisible entre el hecho y el derecho, la que debe preservarse durante todo el proceso puesto que es garantía fundamental del imputado y es límite de cualquier actuación oficiosa del órgano jurisdiccional. Allí también se señaló que la calificación jurídica de los hechos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas para llevar a cabo la nueva calificación. También entiendo pertinente recordar que el objeto litigioso no impide su conformación progresiva en las distintas etapas del proceso sin que pueda hablarse de distintos objetos, sino de una unidad que se va perfeccionando y que se define al momento de valorar la prueba en el juicio público; así de las constancias obrantes en esta Carpeta surge que los hechos que se le hicieron conocer a E. E. A., comprendidos en la Acusación Fiscal fueron los siguientes: *"el día 21 de marzo de 2011 aproximadamente a las 23 horas, E. E. A. abusó sexualmente de la pequeña M. J., de 8 años de edad, quien resulta ser hija de la Sra. R. J., denunciante en autos y pareja del imputado; que dicho abuso consistió en esa oportunidad, en tocamientos sobre zonas pudendas de la niña, habiéndose realizado el hecho en el cuarto donde dormía todo el grupo familiar, en el domicilio familiar sito en calle G. al N° XXXX, lote XX, Mza. XXXX. Este hecho no es sino uno solo, de muchos abusos sufridos por la víctima a lo largo del tiempo, pues así y de los informes que fueran adunados al legajo se pudo determinar en forma fehaciente que el encartado accedió carnalmente a la menor víctima, como así también se ha acreditado que los vejámenes a los que era sometida la niña tuvieron continuidad por lo menos durante los tres años anteriores a la fecha de la denuncia. Que dichos actos tuvieron distintas formas de*

realización, todos ultrajantes de la libertad sexual de la niña, realizados por distintos tipos de contacto de connotación sexual", conductas calificadas como constitutivas del delito de Abuso Sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente (arts. 119 3er párrafo inc, f) del C.P.), y escuchadas las conclusiones de los registros de audiencia mantuvo el hecho descripto en la pieza acusatoria sin alteraciones.---------- --------- Los Magistrados al fallar por unanimidad consideran fundadamente que solo ha quedado acreditado un abuso sexual simple puesto que las pruebas aportadas no han permitido establecer con certeza acceso carnal, teniendo por cierto que las conductas ilícitas se retrotraen a tres años del hecho develador y por ello la modalidad de delito continuado, sin incurrir en una modificación de la imputación ni exceder lo debatido en juicio.---------- Ahora bien el Sra. Defensora al introducir la cuestión ha dejado en claro que no era un extremo desconocido, se extrae palmariamente de las conclusiones del órgano acusador a lo largo de todo el proceso e incidencias promovidas por la parte en cuanto a la falta de precisión de la acusación en relación a las circunstancias fácticas de realización de las conductas endilgadas, reclamo que de por si evidencia el conocimiento de una imputación múltiple, las que fueron rechazadas acertadamente al concluir la etapa preliminar y al inicio del juicio por el Tribunal, y la estrategia propiamente dicha en cuanto la no acreditación de la materialidad de hechos que constituyan situaciones de abuso sexual infantil con acceso carnal. En esa dirección elaboró su teoría del caso por lo que lejos está la posibilidad de verse sorprendido frente a la decisión del Tribunal.---------- Para que se conmueva la garantía de defensa en juicio es necesario que se haya producido una mutación esencial entre el hecho intimado, base fáctica de la acusación, con el hecho juzgado, produciéndose un menoscabo en la facultad de resistirla. Semejante afectación sólo se da cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la posibilidad de presentar

pruebas en su interés o si la diversidad comprometió la estrategia defensiva, y en el caso pudo ofrecer pruebas, interrogar a todos los testigos y peritos, controló en definitiva la prueba de cargo por lo que no advierto mínimamente la aludida vulneración al derecho de defensa.---------- Volviendo entonces a los conceptos iniciales brindados para introducirnos en la cuestión y comprender acabadamente el principio de congruencia, derivado de la inviolabilidad de la defensa en juicio consagrado en el

Art. 18 de la C.N. resultan ilustrativas las palabras de Maier *"todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato, con trascendencia de ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el principio estudiado"* (Maier, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino, T I, pág. 336, Ed. Hammurabi). De lo expuesto se desprende en el caso, que el imputado y su defensor pudieron resistir en todas las etapas la imputación ejerciendo plenamente el derecho de defensa.----------

---------- Por último y en cuanto a la consideración de la Defensa que existen diferencias sustanciales entre el abuso sexual simple y el abuso sexual con acceso carnal, que incluso el ánimo del autor es distinto, solo cabe señalar que este último posee una estructura similar a la del primero, en ambos supuestos debe darse un sometimiento ultrajante, pero en el caso del tercer apartado del art. 119 del sustantivo la modalidad de la agresión debe ser cualitativamente mas grave que el común de las circunstancias que quedan abarcadas por la figura básica, en definitiva puede decirse que se trata de una circunstancia agravante del abuso sexual simple, y en tal carácter se exige al sujeto activo el conocimiento y voluntad de realización de todos los elementos del tipo objetivo, por lo que tampoco puede prosperar este argumento como sustento del planteo

de afectación del principio de congruencia, y destaco la apropiada consideración del Dr. Gustavo D. CASTRO, con cita a Maier, al referir que *"En el caso resulta posible la variación de la calificación jurídica,... se trata de un caso en el que el hecho punible básico, está comprendido tanto en el tipo agravado como en el privilegiado, por lo que la acusación por cualquiera de estos últimos permitirá concluir, en la sentencia, imputando por el hecho punible básico"* (autor y ob. cit. pág. 568 y ss.); por todo ello voto por la negativa.----------

--------- 2.- También se agravia la Defensa por cuanto extrae de los votos de los tres Jueces del Tribunal que no arribaron a la certeza necesaria respecto a la comisión de los hechos y no obstante ello condenaron. En dicho lineamiento cuestiona la incorporación de un elemento probatorio diligenciado por la defensa en la etapa preparatoria pero que ingresó al proceso como prueba del Ministerio Público Fiscal, puntualmente se trata del informe producido por la lic. A. R. y la correspondiente declaración testimonial en juicio. Por otra parte formula una fuerte crítica al procedimiento para obtener la declaración de la menor –Cámara Gesell – defecto que adquiere relevancia por ser la niña la única testigo directa de los hechos atribuidos a su asistido.---------- a.- En relación al primer cuestionamiento se observa que ya ha sido tratada en todas las instancias del proceso, por el Juez Penal del caso quien rechazara el planteo decisión que fue revisada por dos Jueces confirmándola y abordada por el Tribunal de juicio en la sentencia, que con abundante y correcta fundamentación rechazan la posible exclusión de esta prueba por el vicio que denuncia la Defensa.----------

---------- De lo actuado se extrae que el Fiscal en la etapa preparatoria dispuso realizar un psicodiagnóstico a la menor víctima proponiendo a la Lic. K. S. como perito fijando los temas de la peritación y comunicó a la Defensa la orden de practicar la pericia, quien

propuso a la Lic. R. como perito de parte, elaborando su informe, en un todo de acuerdo a los arts. 197 y 198 del

C.P.P..----------

-------- Pretende la Defensa asignar el rol de mero consultor técnico pero no es cierto, es clara la intervención como perito de parte y por ende la obligación de presentar conclusiones, como lo aclaró la citada profesional en la audiencia de juicio y como bien lo destaca el Sr. Juez, R. Adrián BARRIOS al decir la experticia no estaría completa si no obrara agregado el informe por las conclusiones de todos los profesionales que intervinieron en la labor, vale decir en el caso, el de ambas psicólogas.----------

---------- En definitiva la Defensa propuso perito de parte, controló la producción del psicodagnóstico que se realizó en forma conjunta y ejerció el contra-examen en la audiencia de juicio por lo que no se advierte una violación a la garantía de defensa en juicio ni del debido proceso.----------

---------- Enseña Jauchen: *"... todo elemento de convicción que se incorpore al proceso debe respetar las normas constitucionales y procesales para su obtención y producción. De ahí la derivación de lo que se denomina regla de exclusión probatoria según la cual debe ser excluido para su valoración cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción"* ("Tratado de Derecho Procesal Penal", tomo II, pág. 721, Ed. Rubinzal-Culzoni), lo que no se advierte en el caso, quedando en evidencia la disconformidad de la Sra. Defensora con el dictamen de su perito, cuestión que hace al valor que corresponde asignar a la prueba.----------

---------- b.- Como ya mencionara la

Defensa cuestiona vicios que observa en el irregular procedimiento seguido para obtener el testimonio de la menor, advierte una falta total de objetividad en la entrevistadora, pues ha influido en la declaración en procura de obtener determinadas respuestas por resultar la profesional tratante que efectuó el psicodiagnóstico, y que queda en evidencia con el extenso interrogatorio, la reiteración de las preguntas y lo sugestivos que resultaban éstas.---------- La crítica que en tal sentido desarrolla la recurrente fue contestada en el fallo, y en la materia siempre se debe analizar si la entrevista ha sido llevada correctamente, si no han mediado preguntas sugestivas, sutiles aprobaciones o desaprobaciones, si la técnica responde al recuerdo libre, y no preguntas cerradas de naturaleza inductora; ahora bien, sí considero un déficit investigativo que el interrogatorio de la menor en Cámara Gesell lo realice la misma profesional tratante puesto que puede verse afectada la objetividad y ello si bien no determina la nulidad del acto, sí debe considerarse o tenerse en cuenta a modo de alerta al valorar la información, aunque en el caso los jueces han ponderado prudentemente la versión cotejándola con la totalidad del material probatorio otorgándole credibilidad a sus manifestaciones, es decir que es producto de una valoración

integral y adecuada.----------

------- Los Jueces rescatan del relato de la niña, manifestaciones espontáneas y aplican criterios de credibilidad del testimonio como los detalles que brinda respecto a como se daban los hechos, o bien la descripción de acciones puntuales, la referencia a una complicación inesperada cuando alude a que en la última situación de abuso son sorprendidos por la madre y su tío, la asociación que realiza afirmando que su papá se debió ir de la casa porque hacía cosas que no tenía que

hacer.----------

-------- En definitiva no resultan atendibles las críticas del recurrente en lo que se refiere a la materialidad, autoría y responsabilidad penal en el ilícito atribuido al acusado y en

ese aspecto el Tribunal de juicio ha ponderado correctamente los elementos probatorios de cargo colectados en la causa, y también respecto al alcance y significación jurídica penal que atribuyen a tales conductas, conforme las consideraciones ya efectuadas al tratar el primer agravio.---------- 3.- Corresponde ingresar al tratamiento del último agravio introducido por la Defensa vinculado a la pena impuesta en el fallo condenatorio.

La impugnante entiende, de manera subsidiaria a su planteo principal, que resulta insuficiente la fundamentación dada al decisorio recurrido respecto de la sanción aplicada la que considera absolutamente desmedida.----------

Critica que el Tribunal haya considerado el testimonio de la Lic. M.ol S., llevada por la Fiscalía a la audiencia de cesura de pena cuando se opuso a la medida sin tener posibilidades reales de control de la prueba y que incurrieron en una doble valoración porque han tenido en cuenta elementos objetivos y subjetivos constitutivos del delito enrostrado, además la modalidad delictiva escogida – delito continuado – puesto que agrava la pena.---------- Si bien no fue expresa la recurrente en la audiencia del art. 385 del CPP respecto a la pretensión en torno a este planteo subsidiario, se extrae que durante el desarrollo de la etapa de cesura bregó por la aplicación del mínimo legal de la pena y en suspenso.----------

---------- En relación a la primer crítica no resulta ajustada, pues la prueba fue propuesta en la instancia habilitante incluso la Defensa hizo lo propio, y pudo ejercer el contra-examen, no invocando causal alguna para tachar a la testigo; por otra parte de los votos de los Jueces se extrae que no han considerado prácticamente los dichos de la Lic. S., no encontrando sustento alguno este planteo, no se percibe mínimamente agravio

alguno.---------- Continuando, puede decirse que ante la falta de una mayor y más detallada argumentación de la sentencia en este punto, es un defecto que puede subsanarse válidamente en esta instancia, a partir de la crítica introducida por la Defensa que abre la competencia de este Tribunal en la cuestión. Ahora bien ello no implica sustituir el criterio de los Jueces del mérito por el propio criterio valorativo de los Jueces que deciden el recurso, sino analizar si los argumentos ponderados en la sentencia resultan suficientes.----------
--------- Entiendo pertinente señalar que en el proceso de determinación de la pena deben analizarse diversas pautas conforme las reglas establecidas en los arts. 40 y 41 del C.P., que en definitiva estructuran un sistema caracterizado por la comunicación de circunstancias relevantes para establecerla, pero que no es taxativa y tampoco determinan si operan como agravantes o atenuantes, o como se debe ingresar a la escala penal y ello abre un amplio marco sujeto en definitiva a la discrecionalidad judicial. Ahora bien *"...la propia existencia del art. 41 solo cobra sentido en tanto la decisión que individualiza la pena no sea "discrecional", en el sentido de sujeta solo al criterio del Tribunal, sino que haya de realizarse siguiendo ciertas reglas que implican un deber de fundamentación explícito que permita el control crítico-racional del proceso de decisión..."* (cfme. Patricia
Ziffer "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y
Jurisprudencial" Baigún-Zaffaroni, T. 2, págs. 58/59. edit. Hammurabi).----------
--------- De la sentencia se extrae que ciertamente el voto del Sr. Juez, Dr. Gustavo CASTRO, es deficitario en cuanto a la fundamentación brindada en torno a la dosis de pena, y se verifica que no ha atendido en profundidad la prueba aportada en la etapa de cesura considerando solo la extensión del daño causado y la falta de antecedentes penales del encartado, ahora bien los Dres. BARRIOS y REYES han sido puntillosos en todas las pautas mensurativas, aunque advierto que valoran negativamente circunstancias que

hacen a la tipicidad de la conducta que se le reprocha, implicando una afectación al principio *ne bis in idem* y por ello entiendo que debe readecuarse el monto de pena impuesto con la disminución que propone quien lidera los sufragios.----------

---------- Puntualmente el caso se define por la aplicación de la agravante contenida en el inc. f) del art. 119 del C.P., es decir la situación de convivencia preexistente con la víctima, y la misma era como padrastro de la menor y desde luego la consideración como padre por la niña, por lo tanto ponderar nuevamente esta circunstancia como agravante importa una doble valoración, como así también cuando hace referencia el Dr. BARRIOS a los motivos que lo llevaron a delinquir "saciar sus apetencias sexuales" que hace desde luego a la faz subjetiva del ilícito que se le enrostra a A..----------

---------- Encuentro acertada la regulación de honorarios efectuada en los votos precedentes.----------

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

---------- **FALLO**:----------

---------- **I) RECHAZAR parcialmente** la impugnación ordinaria deducida por la defensa de E. E. A., a cargo de la Defensora Pública Penal Dra. María Angélica LEYBA, con costas (Arts. 385 y cc. del C.P.P.).---------- **II) CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia dictada a fs. 64/113, registrada bajo el Nº 66/2012 en cuanto a los hechos acaecidos entre el año 2008 y el 21 de marzo de 2011, en orden al delito de **ABUSO SEXUAL SIMPLE agravado**

por la situación de convivencia preexistente en la modalidad de delito continuado (Art 119, primer y cuarto párrafo, inc. f) del C. Penal), imponiéndole a E. E. A. la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C. Penal).----------

-------- **III) REGULAR** los Honorarios profesionales de la Defensora Pública en la suma de Ocho (8) Jus con cargo a su defendido (Art. 59 de la Ley V Nº 90, antes Nº 4920).---------- ---------- **IV) REGÍSTRESE**, 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 Señor Juez Dr. Guillermo Alberto MÜLLER (art. 331 in fine del C.P.P.).-

Leonardo Marcelo PITCOVSKY
Juez de Cámara

Rafael LUCCHELLI
Presidente

Ante mí:

S. M. EIZMENDI
Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº 11 CPPM DEL AÑO 2012. CONSTE.-

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

S. M. EIZMENDI
Secretaría de Cámara