Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los once días del mes de Junio del año dos mil veintiuno, se reunieron en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Leonardo Marcelo PITCOVSKY, Rafael LUCCHELLI y F. Fabiana TRINCHERI, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **“VF- M., D. E. S/ Dcia. Abuso sexual r/ Victima su hija menor M.M.B.M S/IMPUGNACIÓN” Carpeta Judicial Nro. 8106 OFIJU – Expte. Nro. 06 /2021 CPPM**, seguidos contra: **M. G. M., DNI N° X.**, argentino, hijo de C. y de M. B. H., nacido en Cholila, provincia del Chubut, el 26 de agosto de 1975, divorciado, instruido domiciliado en calle Santa Cruz N° X. de esta ciudad. Ello, en virtud de la impugnación ordinaria deducida conjuntamente con su Defensor Particular Dr. J. A. R., contra la Sentencia Nro. 277/2021 OFIJU, de fecha 22 de febrero del 2021, suscripta por la Dra. Marcela Alejandra PEREZ. En esa, M. G. M. fue condenado como autor material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL VÍNCULO (Art. 119 último párrafo, en relación al párrafo primero y cuarto inc. b) y 45 del Código Penal), a la pena de TRES (3) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS, por los hechos ocurridos en esta ciudad de Puerto Madryn, el día 08 de junio de 2018, en perjuicio de B.M.M.M.

Intervino por la acusación la Sra. Fiscal General Dra. María Eugenia VOTTERO ALBERDI, por la defensa técnica del imputado el Sr. Defensor Particular Dr. J. A. R., y en representación de la Asesoría Civil la Dra. María F. FERREYRA.

Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Rafael LUCCHELLI, Dra. F. Fabiana TRINCHERI, Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY.

Los agravios traídos por la Defensa en su escrito –fs. 74/81- son los siguientes:

En primer término, plantea la nulidad de la sentencia por violación al derecho de defensa, esgrime que las juezas que intervinieron en la investigación y en el juicio negaron el pedido efectuado por el imputado de que se realizara la declaración testimonial de la niña en cámara Gesell, llegando al Debate sin la misma.

Explica que se le imputa al Sr. M. un supuesto hecho ocurrido en junio del año 2018, en el que se dice que éste aprovechó encontrarse al cuidado de su hija para "tocar la vagina". Por ello, la madre hace la denuncia, se abre una investigación y se realizan dos informes: psicodiagnóstico premiliar y psicodiagnóstico, llegando con esos al debate oral y a una condena de tres (3) años y seis (6) meses de prisión.

Aduce que el día 04 de febrero del 2021 (cuatro días antes del comienzo del Debate) la acusadora le comunica que se realizaría una entrevista a la menor para observar si estaba en condiciones de realizarse la cámara Gesell, así se nombró para dicho acto como perito de Parte –art. 198 del CPP- a la Lic. C. C. F..

Señala que en la entrevista aludida intervino la Lic. R. por el Ministerio Público Fiscal, quien había actuado en el informe de septiembre de 2018. Allí ésta concluyó que la niña B. de seis años de edad no estaba en condiciones de realizar la cámara Gesell, mientras que la Lic. de esa Parte consideró que se encontraba en condiciones de declarar porque podía comprender y responder todas las preguntas que se le realicen con un vocabulario acorde a su edad, citando en el escrito en forma textual dichas conclusiones.

Destaca que el dictamen de C. F. no fue admitido por el Tribunal y solo se circunscribió a si la menor se encontraba en condiciones o no de declarar en cámara Gesell. De allí denuncia la violación del derecho de defensa por parte de la Juez de grado quien negó la posibilidad de realizar dicho acto, entendiendo que con esa

prueba se pondría fin a las especulaciones respecto del delito enrostrado al imputado. Dice que allí se dio una ruptura de la igualdad de armas, que es la base piramidal del proceso penal acusatorio del Chubut y de la Constitución Nacional.

Indica que este argumento débil, de que B. con seis años de edad no está en condiciones de declarar bajo la modalidad de cámara Gesell, invalida la sentencia –arts. 161 y 164 del CPP- dictada, pues esa Defensa ha solicitado incansablemente la realización de la cámara Gesell cuya negativa afecta indiscutiblemente el debido proceso legal y la defensa en juicio en perjuicio del imputado hoy condenado.

Como otro agravio trae la negativa de poder opinar de la perito de Parte. Advierte que, al momento de prestar declaración en el debate, la psicóloga –C. F.- explicó su opinión sobre B., sus características madurativas y cognitivas, argumentando fundadamente que por su edad y maduración, la menor está en condiciones de realizar la declaración en cámara Gesell.

Señala que en el informe que acompañó como prueba, sobre la entrevista a la menor 04/02/21 conforme art. 383 del CPP-, la Licenciada observó que la nena ha querido ver al padre durante este tiempo, que sabía porque se encontraba en ese lugar, que, bajo los intentos, preguntas, y dibujos guiados por R., la menor no verbaliza nada que haga referencia a abuso sexual, esgrimiendo que no hay relato actual ni anterior de alguna situación de ASI.

Sin embargo, dice que la Juez no permitió que la psicóloga de la Defensa se manifestara respecto a los indicadores o no de posible abuso sexual pero tampoco tomó como válida la declaración de la misma en relación a que la menor está en condiciones de realizar la cámara Gesell, sino que la rechazó y continuó con la versión del MPF.

Critica que en la sentencia la Juez no hace referencia respecto de porqué rechazó la realización de la Cámara Gesell, como tampoco indica fundamente porqué rechaza los argumentos de la perito de parte y porqué hace suyos los de la perito oficial.

Arguye que la negativa a que la testigo de la Defensa –C. F.- deponga sobre una entrevista que presenció -04/02/21- rompe el proceso penal diseñado en Chubut y la igualdad de armas establecidas para el mismo. No se le permitió a esa que se explaye en el juicio respecto a lo que presenció, siendo que fue ofrecida en tiempo y en forma el día 3/02/21 a las 8:25 hs.; negándose la posibilidad de defenderse y argumentar científicamente a esa Parte.

Luego la Defensa se refiere a los informes y las declaraciones de las psicólogas del MPF y sus deposiciones en Juicio. Sobre el psicodiagnóstico realizado por la Lic. P. en el mes de agosto 2018 –psicodiagnóstico preliminar- destaca la recomendación de ésta en cuanto que la nena siguiera un tratamiento para luego evaluar la posibilidad de realizar la cámara Gesell. Agrega que se desconoce si se realizó dicho tratamiento pues no fue aportado como prueba al expediente.

Posteriormente alude al psicodiagnóstico realizado por la Lic. R., quien en cuatro entrevistas concluyó que la menor tenía indicios de ASI. Advierte que al realizarse las entrevistas con R. la menor estaba siendo tratada por la Lic. S. G. –testigo de la Defensa-, sin embargo, la Juez del debate le restó importancia a este testimonio.

Alega que en el informe de R. en los puntos 7 y 9 ésta alude a que la niña no está en condiciones de prestar testimonio en cámara Gesell por su escasa edad, considerando importante la continuidad de asistencia psicológica por tiempo prolongado. Por lo que esa Defensa dice no entender que se siga negando a su realización, ello considerando que una psicóloga especialista en tratamientos con

niños vio a la nena, que ahora tiene seis años, y dictaminó que tiene la madurez y facultades cognitivas para afrontar una entrevista en cámara Gessel.

Concluye que la Juez del debate debió hacer lugar al acto y tomarle la entrevista cuidada a la niña, a fin de lograr el fin último del proceso penal, llegar a la verdad real de lo ocurrido.

A continuación, se refiere a los testimonios traídos por la Defensa: Dra. A. R. B., Lic. S. G., Sra. V. C., D. C., los que se basaron en el conocimiento tenido durante los hechos imputados y fueron desechados, con evidente parcialidad por la Jueza al valorarlos. Sobre esto último entiende que existió duda razonable pues hubo contradicciones evidentes entre los testigos de cargo y descargo. Dice que de lo que no existió dudas es que todos consideraron a la menor como una persona extrovertida, feliz y con dificultades para responder órdenes de los mayores.

Enfatiza que ante la duda debe absolverse al imputado. Expresa que conforme las definiciones médicas en el alegato de clausura en relación a las causas de la enuresis e encopresis, de las cuales la Juez utilizó una única causa de las patologías descriptas, y el MPF no analizó otras opciones, considerando lo que manifestó la Dra. B. – pediatra- respecto a que son muy comunes en las nenas pequeñas las patologías señaladas.

Por último, se refiere esa Parte a la pena impuesta a la cual califica injusta, contraria al debido proceso legal y a la racionabilidad que debe imperar en la imposición de penas privativas de la libertad. Ello, sin mencionar las consecuencias en su vida diaria de cumplir prisión efectiva por un delito que el imputado no cometió.

Señala que confirmar la pena sin la cámara Gesell y con informes psicodiagnóstico del año 2018 genera la violación al debido proceso, a la igualdad

ante la ley y a la defensa en juicio, que rompería cualquier razonabilidad en la aplicación de pena a futuro.

Ofrece en su escrito como acápite VIII, copia del informe de la perito de Parte Lic. C. F. que no fue admitido en el Debate –conforme lo dispuesto en el art. 383 del CPP-, solicitando nuevamente la realización de la Cámara Gesell en atención al derecho de defensa que en esta etapa posee.

Hace reserva del caso Federal –Art. 14 de la Ley 48-.

En su libelo la Fiscalía contesta el emplazamiento –fs. 86/88-. En cuanto al pedido de nulidad de la sentencia por violación al derecho de defensa al negar la realización de la cámara Gesell expresa que las dos Juezas que intervinieron dictaron resoluciones debidamente fundadas, motivadas y ajustadas a derecho.

En cuanto a que la Defensa aludió a una argumentación débil para justificar que la niña no declare, dijo soslaya en su conjunto no solo la Declaración de Derechos del Niño y adolescentes sino también las reglas de Brasilia, especialmente la 11. Argumenta que la Defensa entiende que porque tiene seis años de edad la niña puede declarar, minimizando la situación particular de la misma, en cuanto resultó un hecho traumático cuyo autor fue su padre. Que realizarla resultaría una re victimización que conlleva revivir nuevamente el hecho traumático mucho tiempo después del mismo y los daños que podría producir en la psiquis de la misma, claramente fundado en la perito que la evaluó.

En relación a la negativa de opinar de la perito de parte, esa Fiscalía no alcanza a vislumbrar qué es lo que quiere atacar la Defensa en este punto. La declaración de la perito propuesta por el nombrado tramitó por incidente dentro del debate, en relación a los puntos de pericia que se habían fijado, es decir, si la niña estaba o no en condiciones de declarar en cámara Gesell.

Señala que la Defensa pretendió que la perito de Parte declare sobre una pericia que no realizó, de cuestiones que no fueron evaluadas por la misma; que su intervención se limitó a observar a la Lic. R. cuando evaluaba a la niña en relación a la factibilidad de efectuar la cámara Gesell, por lo que debe limitarse su participación, es decir a la que efectivamente tuvo; por lo que no corresponde su incorporación en los términos del art. 383 del CPP.

Sobre la afirmación de la Defensa en cuanto a la violación de la igualdad de armas, dice que existieron dos experticias en el marco de la investigación, con sus puntos de pericia, debidamente notificadas, y esa Parte no designó perito alguno. Que el informe realizado por la Lic. C. F. no cumple con los requisitos mínimos del art. 201 y siguientes del CPP, más aún cuando la Juez PÉREZ resolvió dicha cuestión y la misma no fue objetada, ni se planteó ningún recurso en los términos del art. 136 del CPP.

Asimismo, la Fiscalía postula en su escrito que la circunstancia de no haberse hecho lugar a la declaración en cámara Gesell sólo pretende el planteo por la nulidad misma preguntándose si el defensor se agravia por una falta de motivación o fundamentación de la sentencia. Recalca que en el caso la Juez ha dado argumentos de hecho y derecho en la misma.

En cuanto a que el Defensor alega parcialidad evidente en la valoración de la Juez de los testimonios del MPF y desecha los traídos por esa Parte, dice que a todas luces esos no han sido oportunos pues no han aportado elemento alguno que contradiga o haga dudar de la plataforma fáctica presentada por la acusación. Agrega que no existe la valoración parcial alegada sino que la Juez valoró cabalmente la prueba, plasmándola en su decisorio, no existiendo contradicciones entre la prueba

de descargo y cargo, pues la primera no aporta elemento alguno, no existiendo otra teoría del caso y siendo toda la prueba coherente.

Por último, peticiona el rechazo de la impugnación interpuesta y la confirmación de la sentencia en todos sus términos.

Realizada la audiencia que prevé el art. 385 del CPP la Defensa se manifestó en similares lineamientos que los del escrito, solicitando de no hacerse lugar a lo esgrimido se modifique la pena y se imponga el mínimo legal previsto. La Parte acusadora argumentó oralmente y en el mismo sentido a su escrito de contestación presentado. Por otro lado, la representante de la Asesoría Dra. María F. FERREYRA expresó que esa Parte tiene en cuenta el interés superior del niño y que la declaración de la misma sería una re victimización.

La plataforma fáctica traída por la acusación es la siguiente: "*El día 08 de junio de 2018 la menor B.M.M.M de tres años de edad concurrió, según el régimen de visitas pactado, a la casa de su padre M. G. M. ubicada en calle Santa Cruz X. ciudad, en el horario comprendido desde las 17 a 22 horas, aprovechando esa oportunidad el imputado para tocar la vagina de su hija con los dedos. Ese mismo día, la niña regresó a la casa de su mamá, ubicada en calle Lavalle X. ciudad, y en oportunidad de estar acostadas la menor delante de su madre comenzó a hacerse cosquillas en su vagina, su mama la reto, pero ella seguía pegándose palmaditas en la misma zona, y ante las preguntas de su mama de donde había sacado eso, la nena le refirió que su papa.*"

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 Rafael LUCCHELLI dijo:

Voy a remitirme, en su integridad, a la reseña del caso que se hiciera al comienzo, en atención a la puntillosa descripción que se efectuara del mismo. -

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación deducida por el Defensor del imputado, Dr. J. A. R., contra la sentencia en que la Sra. Jueza Dra. Marcela Alejandra Pérez condena a M. G. M., a la pena de tres años y seis meses de prisión (artículos 5, 12, 29 inc. 3, 40 y 41 del Código Penal) en orden al delito de Abuso sexual simple agravado por el vínculo (artículo 119 último párrafo en relación al cuarto párrafo inciso b y 45 del Código Penal), por los hechos ocurridos en esta ciudad, el día 08 de junio de 2018, en perjuicio de B.M.M.M.-

En la audiencia a tenor del artículo 385 del C.P.P. el Dr. R. ratifica sus agravios, respondiendo a los mismos la Titular de la Acción Pública, Dra. María Eugenia Vottero, adhiriendo a ésta ultima el representante de la Asesoría de Familia, Dra. Ferreyra.

Los recurrentes, en primer término, solicitan se declare la nulidad de la sentencia, por encontrar vulnerado el derecho de defensa de M. G. M., toda vez que, durante la investigación preliminar y el propio debate, fue denegado el requerimiento– en reiteradas oportunidades- que la menor declare en Cámara Gesell. Esgrimen que, a pesar que días antes del inicio del juicio, la psicóloga propuesta por esa Parte, Lic. C. F. concluyó que la niña se encontraba en condiciones de expresarse bajo esa modalidad, tal medida no fue autorizada por la Jueza, vulnerándose el principio de igualdad de armas.

Asimismo, bajo el mismo acápite, se queja pues la Magistrada no permitió que la mencionada psicóloga se manifestara respecto a los indicadores (o su ausencia) de ASI, por lo que, una vez más, entiende quebrantado el principio de

igualdad de armas, apoyando en esa lógica una razón más para solicitar la sanción de nulidad de la pieza procesal recurrida.

Repasada la incidencia generada con relación a esta queja, y analizados los antecedentes del caso, adelanto que el presente agravio no tendrá acogida favorable. Fundamento.

Como explicaran los quejosos, surge de la presente carpeta que en fecha 04/02/2021 se dio intervención a la Lic. R., por parte de la Fiscalía, a fin que establezca si la niña –que ya contaba con seis años de edad- se encontraba en condiciones de afrontar una declaración en Cámara Gesell. La experta explicó que no recomendaba la declaración de la niña por su condición emocional, ya que se encontraba en tratamiento y habían reaparecido síntomas regresivos, habiendo reconocido lo sucedido, pero no quería hablar más de ello.

Asimismo, y a instancias de la defensa, participó de esa evaluación la Lic. C. F., quien, depuso en el debate sus conclusiones –respecto a la realización de la Cámara Gesell-, y consideró que la menor *"...sí está apta porque tiene 6 años actualmente, tiene un discurso acorde a su edad, tiene un buen lenguaje, comprende todas las preguntas que se le hacen y tiene capacidad para responder las preguntas que se le hagan. Tiene un desarrollo evolutivo acorde a su edad. Si bien puede estar un poco demorada en cuanto a las adquisiciones escolares, justamente 1º grado no lo pudo hacer por la pandemia, pero desde el punto de vista del lenguaje éste es acorde a su edad"*. Luego que las Partes le hicieran diferentes preguntas, la representante de la Fiscalía, que contó con la adhesión de la Asesoría, se opuso a la realización de la medida, mientras que la Defensa bregó por lo contrario.

Surge también del audio que la Magistrada resolvió rechazar tal petitorio, efectuando una exhaustiva evaluación de los intereses contrapuestos en discusión.

Así, sopesó, por un lado, el derecho de defensa en juicio del imputado (amparado por los arts. 8 inc. 2 f) de la Convención Americana de Derechos Humanos, 18 de la CN y 44 de la Provincial) y, por el otro, el interés superior del niño, trayendo a colación la Convención de los Derechos del Niño, principalmente en su Art. 3, lo dictaminado por la Observación Nº 14 del Comité de los Derechos del Niño -que establece como condición indubitable el interés superior del niño, en los casos en que un conflicto no pueda armonizarse-, junto a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto que en su preámbulo se hace referencia a la necesidad de proporcionar una protección especial para los niños, en atención a su madurez física y mental, y la Ley 26061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Se destaca que la Magistrada, luego de dar el cuadro normativo, escudriñó en cada una de las razones –contrapuestas- dadas por las profesionales de la salud mental, para concluir que: “…*este pedido de la Defensa de someter a la niña a una cámara Gesell cuando ella no lo desea, esto ha quedado claro, justamente violenta este interés superior del niño, que como ya mencionara son una pauta esencial con el fin de dilucidar cuando existen conflictos de este tipo. Se ha mencionado además que esta circunstancia en una persona vulnerable como necesariamente es un niño generaría una revictimización de la menor, en razón de que ya ha manifestado en la entrevista que no desea testimoniar. No se trata de un adulto al cual se lo puedo obligar a declarar y si no lo hace se deberá responde en tal sentido, sino que se trata de un niño para el cual las distintas legislaciones han previsto una protección especial”*, poniendo en relieve, además, la insuficiencia de los fundamentos dados por la Lic. C. F., toda vez que nada manifestó sobre la capacidad emocional de la niña para declarar respecto a la temática en particular: su abuso sexual.

Debo decir, en primer término, que la decisión de la Magistrada de no autorizar que la niña declare bajo la modalidad de la Cámara Gesell, resulta debidamente fundada y motivada, conforme las exigencias de los Arts. 25 del CPP y 169 de la Cons. Prov.-, así como acorde a la legislación nacional e internacional que regula la materia, e incluso de las recomendaciones de organismos internacionales, como UNICEF, que delinean en su "*Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as y adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos"* el abordaje de tal problemática. En particular, ese documento recomienda, como mejor práctica para conciliar intereses contrapuestos, como sucede en el presente caso, tener como epicentro de la decisión la preservación del menor ante una posible revictimización.

En tal sentido, la Jueza Pérez, sopesando en cada lado de la balanza ambos derechos con un indudable anclaje en normas de jerarquía constitucional, arribó a la justeza del caso al poner en valor la posibilidad de revictimizar a M. en caso de consentir la realización de la diligencia solicitada por la Defensa, ponderando, principalmente, lo explicado por la Lic. R. en cuanto a las consecuencias perniciosas de la exposición de la niña ante una cámara Gesell.

También encuentro correctamente ponderado el dictamen de la Lic. C. F., toda vez que la misma analizó sólo la capacidad de elocución de la niña, pero en nada se explayó con relación a la temática –traumática- sobre la que versaría la medida, el abuso sexual que habría sufrido a la corta edad de tres años, ni si una declaración de esa índole podría afectar su salud emocional.

Ya no es discutido que la víctima de abuso sexual infantil es un "*testigo especial*", y como tal, debe tener un trato especial por parte de los operadores del sistema, y con mayor razón, cuando nos encontramos ante una infante tan pequeña, que con tres años relató espontáneamente vivencias de contenido sexual, tanto en

su ámbito familiar (a la madre), como a quien le generaba confianza (las maestras y directora de su escuela) e incluso, luego, en el ámbito judicial, ya que mantuvo sus dichos ante las dos psicólogas que la entrevistaron en el proceso, Lic. P. y R., tal como se analizará posteriormente.

Como bien ha explicado Aída Kammelmajer de Carlucci en el epílogo de su artículo “*El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa en juicio*” (Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal N° 9, editorial “Ad hoc”, pág. 215 y ss.) “*... los conflictos planteados y sus dificultades muestran qué importante es tener una Magistratura sensible, especialmente preparada para responder a los nuevos requerimientos de los tiempos. El legislador debe dictar normas claras y eficaces, pero la interpretación y la aplicación de la ley, fundamentalmente en este tipo de materia no pueden desentenderse de las especiales circunstancias de la causa y de las consecuencias futuras de la decisión. Por eso, el equilibrio sólo puede marcarlo el juez; pero para que la decisión cumpla con el famoso recaudo de la proporcionalidad, no solo se requiere sentido común, sino razonabilidad y eficiencia, elementos afanosamente buscados por los destinatarios del sistema de justicia...*”.

Y son justamente las máximas de la experiencia y la razonabilidad que nos perfilan la imposibilidad de exigir que una niña de tan escasa edad se explaye, y de precisiones, respecto a circunstancias cuya connotación sexual desconocía, y que, aún con seis años, tampoco es esperable que las logre comprender. Incluso, aún en el caso que se le tomara declaración y no expresara nada de lo sucedido, ello no desmerecería el cuadro cargoso ya existente contra M..

Por otro lado, resulta claramente innecesaria tal medida por el número de veces, y la cantidad de personas, a quienes les manifestó el abuso sexual.

En suma, encuentro que el rechazo de la Magistrada de llevar adelante la declaración de la niña, aún en la modalidad especial, resulta ajustado a la debida protección del interés superior del niño que los Magistrados debemos preservar en todo momento.

Ahora bien, con relación a la imposibilidad de declarar la Lic. C. F. respecto a los indicadores de ASI en la menor M., tampoco asiste razón al quejoso.

Surge, con meridiana claridad, que la faena para la que fuera convocada la Lic. C. F. se limitaba exclusivamente a determinar la posibilidad – o no- que la niña declarara de manera especial en juicio, acotando la Magistrada, de manera correcta, su intervención en el proceso con tal límite.

De los antecedentes del caso analizados, no se vislumbra que la defensa haya ofrecido, en el momento procesal oportuno y a pesar de haber tenido esa posibilidad, a la mencionada psicóloga como perito de parte, pretendiéndose, en la instancia de debate, hacer ingresar el testimonio de la psicóloga de una manera no ajustada a la manda procesal, ya que resulta extemporáneo.

Por todo lo expuesto, la solicitud de declaración de nulidad que efectuada por el Defensor, ha de desecharse. (Arts. 161 y ss. -*a contrario sensu*- del CPP).

La siguiente queja se endereza a cuestionar el cuadro probatorio ponderado por la Magistrada, cimiento de la declaración de responsabilidad de M., faena que tilda de parcial –y en beneficio del acusador- habiendo restado importancia a la prueba de descargo.

Adelanto que los denodados esfuerzos de la defensa, a fin de contrarrestar la certeza positiva arribada por la sentenciante, respecto a la materialidad y autoría, en nada me conmueven, por lo que también rechazaré el mencionado agravio. Explico.

La Jueza Pérez principia el tratamiento –en conjunto- de la materialidad y autoría, por el análisis del testimonio de la denunciante, Sra. D. E. M., madre de la niña M.. Explicó la *a quo* que la testigo “*Narró que la niña venía cada vez más perturbada de las visitas con el padre observando comportamientos raros. El día 8 de junio de 2018 cuando M. tenía tres años de edad, al regreso de visitar a su padre, en ocasión de encontrarse leyéndole un cuento la menor se empezó a dar palmadas sobre la vagina. Al preguntarle porque hacía eso, le contestó que era un juego que hacía con su padre. Hubo otra escena luego cuando la estaba bañando que le dijo que el papá le metió el brazo en la cola. En razón de ello hizo la denuncia para proteger a su hija. Explicó que era una nena chiquita y no sabía cómo manejarlo, pues la niña le contaba algo y luego se entretenía haciendo otra cosa, por lo que no podía indagarla. Destacó además que presentaba infecciones urinarias y empezó a hacerse caca encima y tener pesadillas”,* y luego destacó que la llevó a una psicóloga –F. A.-, con quien continúa el tratamiento, pero con la proximidad del juicio, y ante la posibilidad de tener que preguntarle sobre el hecho, le resulta doloroso, se pone triste y le da vergüenza. Asimismo, que a pesar de tener seis años, volvió con incontinencia y pesadillas, descartando que fueran infecciones. También, que la niña habría contado lo sucedido en el ámbito escolar.

La Jueza ponderó, asimismo, las declaraciones de la Oficial T. C., quien recibió la denuncia y recordó advertir que la Sra. M. se encontraba desconcertada y confundida; la de las maestras A. F. Q., quien tomó conocimiento a través de una

residente –F. P.- que la niña le habría manifestado que el papá la había tocado “ahí abajo” –lo que se dejó constancia en un acta, también aportada como prueba documental-, y que luego, a los quince o veinte días, fue la propia niña que se le acercó, y de manera espontánea le dijo que su papa le habría tocado “la chula”, dichos que repitió ante la Directora del establecimiento, T. B., quien también depuso en debate en similares términos.

Asimismo, la Magistrada dedicó un extenso análisis a las declaraciones de las Lic. M. P. y S. R.. La primera, que llevó adelante un prepsicodiagnóstico a fin de evaluar la capacidad cognitiva y estado emocional de la menor, explicó que la niña “*Efectuó un relato específico de vivencia intrusiva de tinte sexual, que se acompañó con la presencia de indicadores emocionales, principalmente enojo, vergüenza y rechazo”.*

Con relación a la Lic. R., que efectuó la pericia psicodiagnóstica de la menor, explicó la Magistrada que la misma tuvo cuatro entrevistas y aplicó la hora de juego diagnóstica, “…*ofreciéndole la caja de juguetes, para observar si sus juegos resultan acordes a la etapa evolutiva. En todos los juegos tomó los animales y bebes y la temática era la misma: decía que hacían caca y había que limpiarlos. Lo ponderó significativo pues era el síntoma que ella presentaba (encopresis). Luego finalizando la entrevista y en forma espontánea tomó nuevamente los animales y el bebé y puso la boca de los animales en la zona vaginal del muñeco. A la pregunta sobre a que jugaba contestó "le comen la chula" que es el nombre que ella le asigna a la zona vaginal, aclarando que la niña conocía todas las partes del cuerpo. Luego también espontáneamente manifestó que "le come la chula por eso se paspó, como me hace mi papá que me come la chula por eso me paspo". A la pregunta de con que lo hacía, dijo con la boca y que sucedió muchas veces. Manifestó rechazo y temor a la figura del padre, a quien no quería ver, además le pegaba con el cinto en*

la espalda”. Refiere, a continuación la sentenciante, que la experta: “Señaló *como un indicador específico de abuso sexual el relato de abuso sexual durante el juego, lo consideró muy revelador, pues un niño a esa edad no puede inventar algo así. Valoró la conducta espontánea en su relato, e infiere que fue traumática por el tipo de juego estereotipado y repetitivo*”, que resaltó, también como indicador, el conocimiento sexual precoz en la niña, y que confunde la ternura con la sexualidad, lo que “generó un impacto psicológico al ser expuesta a situaciones de sexualidad adulta no propias de la edad”.

A continuación, la Magistrada analiza las deposiciones de los testigos ofrecidos por la defensa, a saber, médicos C. –médico forense-, B. – pediatra-, Lic. S. G. –psicóloga consultada por M.-, la Sra. V. Cual –niñera de M.-, cuyos testimonios fueron desarrollados y analizados por la sentenciante, quien concluyó, acertadamente, que no aportaban elemento alguno para modificar el cuadro cargoso probatorio analizado.

En suma, la Jueza tuvo por probado “…*a través del comportamiento y manifestaciones de la niña observado primero por su madre; los testimonios de quienes escucharon las manifestaciones espontáneas de la niña a través de su expresión infantil de su vivencia de contenido sexual y los dictámenes de ambas peritos. Todo ello me permite afirmar que B. M. ha padecido de tocamientos en su zona vaginal, a los que ella denominó "juegos" cuando se lo dijo a su madre, pero que arrojan sin duda alguna un contenido sexual. De ello resultan indicadores específicos de abuso sexual infantil, cuales son: el relato de la situación de abuso durante el juego y el conocimiento sexual precoz. Implicó una vivencia intrusiva y traumática para la menor, tal como se evidenció a través de las emociones que fueron observadas al relatarlo, la forma de sacarlo a la luz durante el juego*

diagnóstico y las secuelas expertas que aún persisten", sindicando la niña al autor de esa conducta, como su padre, M. G. M..

Así las cosas, juzgo que la sentenciante ha realizado una correcta valoración, conglobada, de los elementos de cargo y de descargo presentados por las Partes, dando razones suficientes para tener por acreditado el acometimiento sexual simple de la niña B.M.M.M., por parte de su padre, M. G. M.. Así lo voto.

Por último, critica la sanción impuesta al condenado, insistiendo similares argumentos a los anteriormente esgrimidos. En tal sentido, adelanto que ninguno de sus reproches me permite apartarme de la pena impuesta, encontrando correctamente valorados los atenuantes y agravantes conforme lo estipula el artículo 40 y 41 del Código Penal. Explico.

La Jueza Pérez, partiendo del mínimo de la escala penal correspondiente, valora como agravantes el daño sufrido por la víctima, la presencia de enuresis, encopresis, pesadillas, la necesidad de realizar un tratamiento psicológico, poniendo en resalto la confusión de la niña entre ternura y sexualidad, secuela psicológica que aún persiste en ella. Sopesado ello con la falta de antecedentes penales –atenuante-, encuentro ajustada la pena impuesta de tres años y seis meses de prisión, en base al delito abuso sexual simple agravado por el vínculo (art. 119, último párrafo, en relación al primero y cuarto, inc. b y 45 del CP). Así lo voto.

En cuanto a la regulación de honorarios profesionales del Sr. Defensor Particular, Dr. J. A. R., por su labor en esta etapa, Juzgo acertado fijarlos en cuarenta (40) JUS con cargo a su defendido (Arts. 5 y 7 de la Ley XIII N° 4, antes N° 2200, y art. 59 de la Ley V N° 90, antes N° 4920, y arts. 239, 240,
241 del CPP).

La Juez F. Fabiana TRINCHERI dijo:

Comienza haciendo uso de la palabra el Dr. J. A. R. por la Defensa del señor M. G. M., impugnando la sentencia N° 277/2021 dictada por la Juez Penal Marcela Alejandra Pérez en fecha veintidós de febrero del año dos mil veintiuno, que condenara a su pupilo a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES de prisión, accesorias legales y costas (Arts. 5, 12, 29 inciso 3, 40 y 41 del CP) en orden al delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL VINCULO en carácter de autor en perjuicio de la menor B.M.M.M, ocurrido en esta Ciudad de Puerto Madryn el día ocho de junio de dos mil dieciocho (Arts. 119 último párrafo en relación al párrafo primero y cuarto inciso “b” y 45 del CP).

Los argumentos impetrados por el señor Defensor, la base fáctica sobre los que se sustenta y la réplica de la señora Fiscal Dra. María Eugenia Vottero Alberti fueron volcados al inicio, por lo que a ellos me remito y no he de reiterarlos *in extenso*, sólo haré una breve reseña.

El Defensor centra su primer agravio en que, a pesar de sus reiteradas solicitudes, le fue negada la realización de una Cámara Gesell donde declarara la menor. Que arribaron a la audiencia de debate sin el testimonio de la niña víctima y cuatro días previos al comienzo del juicio, la Licenciada S. R., del Cuerpo Médico Forense y, la perito de parte ofrecida por la Defensa, Licenciada C. C. F., entrevistaron a la menor, insistiendo la primer profesional en que la niña no podía declarar, y contrariamente su perito dijo que sí estaba en condiciones de asistir a una Cámara Gesell y que quería vincularse con su papá.

Indica que la Licenciada R. basó su conclusión en que la madre de la nena dijo que tenía miedo de volver a un tribunal y por eso volvió a tener enuresis, según dichos de la progenitora.

Critica que la Jueza no permitió la declaración de la menor como así tampoco que su perito se manifestara acerca del Abuso sexual infantil; sólo admitió que respondiera si estaba en condiciones de declarar la niña -que ya contaba con seis años al momento del debate-.

Refiere que la ausencia de esta prueba impidió acceder a la verdad real de lo acontecido y violentó la igualdad de armas con la que debió contar su defendido, afectando así expresas garantías constitucionales que lo conducen a peticionar la nulidad de la sentencia, conforme los Art. 161 y 164 del CPP.

Continúa su embate acerca de la valoración de la prueba, en la compresión que la Juzgadora no logró la certeza positiva para condenar, al mismo tiempo que no valoró suficientemente la prueba de descargo, como ser el testimonio de médica pediatra la Dra. A. B., de la Lic. S. G. que tratara a B.M.M.M, de la señora V. Cual que fuera su niñera y del médico forense Dr. D. C..

Se agravia también de la imposición de pena, sosteniendo que no se corroboró la hipótesis del hecho enrostrado como para imponer una pena de esa envergadura. Solicita la absolución de su defendido, y de no prosperar ello, subsidiariamente se imponga el mínimo legal.

Adentrándome al análisis de la sentencia encuentro respuesta a cada uno de los agravios impetrados por el Defensor en el mérito que realiza la señora Jueza, quien en forma motivada, tiene por acreditada la materialidad del hecho y la autoría en cabeza de M. G. M.. Adelanto que coincido y doy razones.

En primer término cabe analizar si la negativa a la producción de una prueba, concretamente el testimonio de la menor víctima en Cámara Gesell, da lugar a la nulidad de la pieza jurídica tal como pretende el señor Defensor.

La *nulidad* está constituida por una irregularidad procesal, por la existencia de un acto que no cumple con las formas jurídicas impuestas por la ley. Equivoca el

camino el Dr. R. en su planteo, ya no que estamos frente a ese supuesto. El rechazo de la producción de esa prueba fue fundadamente resuelto por la Magistrada quien realizó una ponderación de intereses entre el interés superior del niño y los derechos de su pupilo sometido a proceso, para concluir en la negativa.

Tuvo en cuenta la mención del Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño y la Observación N° 14 del Comité de los Derechos del Niño que dispone, entre otras cosas, que si ante un conflicto con otras personas no es posible armonizarlos, debe tenerse al interés superior del niño como una condición indubitable; al mismo tiempo que en el orden nacional, la Ley 26061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” menciona dos principios en el Art. 5 inciso 2, uno es el principio de prioridad que es la exigibilidad de protección jurídica cuando el derecho del niño colisione con el derecho de los adultos u otras personas jurídicas y el segundo, es el principio de efectividad en cuanto el Estado debe tomar todas las medidas que correspondan para garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de sus derechos.

Hacer lugar a lo peticionado, hubiera sido violentar el interés superior del niño en atención a que habría producido la re victimización de la niña, ya que la menor había manifestado no querer testimoniar y esa negativa se vio además en la reticencia que mostró también, por ejemplo, ante determinadas preguntas o sugerencia por parte de la Licenciada R. a que realizara dibujos.

La Magistrada tuvo en cuenta además otro principio rector para interpretar y hacer respetar los demás derechos que amparan a los niños, tal *el derecho a ser oído*, previsto en el Art. 19 inciso C de la citada ley nacional y el Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño cuando fundada en los testimonios de las psicólogas que

la entrevistaron, *escuchó* la voz de B.M.M.M. quien dijo “no” a la pregunta de hablar acerca de lo ocurrido y resolvió en consecuencia.

Como vengo diciendo, de haber hecho lugar a lo solicitado cualquiera hubiera sido el resultado de esa declaración testimonial –si B.M. se expresaba en forma clara acerca de los hechos o guardaba silencio- sin perjuicio que se trate de la estrategia de la defensa, cabe preguntarse qué tan útil hubiera resultado al juicio llevar adelante una medida de prueba que implicaba una mortificación extra para la menor víctima, ello a la luz del cuadro cargoso existente y del que me referiré mas adelante.

El derecho de Defensa del señor M. estuvo representado con la presencia de la Licenciada C. F. en la entrevista que mantuvo la Lic. R. con la menor y, en base a ello sostuvo que la nena de seis años en la actualidad, estaba en condiciones cognitivas de declarar; esa era la finalidad de esta entrevista, determinar si podía manifestarse o no. Lo cierto es que la Lic. R. dio cuenta que se vería afectada emocionalmente si hablara sobre el hecho del que resultara víctima.

El Dr. R. denomina *perito de parte* a la Lic. C. F. y lo cierto es que su intervención en el proceso, no ha sido como *perito* conforme lo dispuesto por los Arts. 195, 197 y cctes del CPP. Sólo se encontraba requerida para expedirse acerca de la factibilidad de la declaración de B.M.M.M.

Advierto que en su reclamo el Defensor intenta ingresar al proceso la opinión de su profesional de confianza para que se expida sobre el Abuso sexual infantil, pero ello no se condice con la finalidad de la entrevista que mantuvieron con la niña los días previos al debate.

Del cotejo del Legajo de Prueba surge que el Dr. R. se encontraba notificado de las entrevistas que mantuvieron con la menor la Licenciada P. y luego la Licenciada R., las que tuvieron por objeto determinar si la menor estaba en condiciones de declarar, si hallaban la existencia de indicadores de Abuso sexual

infantil y aunado a ello, la última profesional realizó un psicodiagnóstico. Éstas eran las oportunidades procesales de la Defensa para designar un perito de parte, y no lo hizo pretendiendo luego tardíamente, ingresar al proceso un testimonio especial –fuera del contexto de una pericia conforme las mandas del CPP- sobre puntos de interés cruciales del que ya se habían expedido las peritos.

Así las cosas y por todo lo dicho, no advierto que se haya producido ningún acto viciado de nulidad, por lo que tal pretensión debe rechazarse. Arts. 161, 164 y cctes, contrario sensu.

En cuanto al segundo agravio relacionado con la desajustada valoración de la prueba que debió llevar a la duda acerca de la autoría del hecho respecto de su pupilo, como dijera ut supra, también ha de descartarse.

La Juzgadora en su mérito, comienza teniendo por acreditado el vínculo filial con la partida de nacimiento de B.M.M.M. y luego se ocupa del testimonio de la denunciante, la señora D. E. M. quien relató cómo tuvo conocimiento de los hechos a través de las manifestaciones y gestos físicos de su hija B.M. quien contaba con tres años de edad al momento de su develación, aquel ocho de junio de dos mil dieciocho. Destacó que le impresionaba sincera y que al relatar también episodios positivos por parte del padre, no advirtió en ella animosidad o interés en contra del imputado.

Luego reseñó y ponderó el testimonio de la señora T. B., quien se desempeñaba como Directora del Establecimiento Escolar N° 486 al que concurría B.M.M.M. Dio cuenta que a su maestra, A. Q. la nena le dijo que el padre le había pegado en *la chula*, señalándose la vulva, que la docente acompañó a la niña a la Dirección e igual manifestación hizo ante ella, labrando un acta de lo ocurrido el día veinte de setiembre de ese año dos mil dieciocho. El día cuatro de setiembre en la

Salita naranja de la escuela, B.M.M.M. le manifestó a F. P., alumna residente quien se encontraba allí que *mi papá me tocó ahí abajo,* siendo también documentado este episodio, en un acta en la Dirección.

La docente B. convocó a la señora M. y ésta le comentó que ya había denunciado lo ocurrido y existía una prohibición de acercamiento para el papá de la menor.

Seguidamente la A *quo* pondera y reseña el testimonio de la psicóloga de la Procuración, Lic. M. P. quien realiza un pre psicodiagnóstico de B.M. y da cuenta que efectuó un relato específico de vivencia intrusiva de tinte sexual que se acompañó con la presencia de indicadores emocionales, principalmente enojo, vergüenza y rechazo; que dijo estar enojada con su papá y no quería verlo.

En cuanto al psicodiagnóstico y posterior testimonio en el juicio de la psicóloga forense Lic. S. R., quien mantuvo cuatro entrevistas con la menor, dio cuenta de los test que aplicó y explicó el relato de la niña a través del juego y de cómo manifestó rechazo y temor hacia la figura del padre.

De fojas 68/vta a 69 la Magistrada pondera la experticia y de ello se vale al sentenciar. Sostiene que *"la perito transmitió su observación sobre la dinámica del juego de la niña, sus dichos y sus emociones. De su exploración resultó la referencia a su sintomatología (los muñecos se hacían caca), la escena traumática y sexualizada (le comían la chula), el relato de su vivencia traumática (mi papá me come la chula por eso me paspo), su sentimiento hacia el padre y el rol de éste en los hechos (era el muñeco zombi que la asustaba). Además observó que resultaban ser juegos repetitivos, estereotipados y violentos, siendo que debería ser algo placentero, lo que no sucedía con M. que estaba angustiada. Se explayó sobre los indicadores de abuso sexual observados, esto es, relato de abuso sexual durante el juego, conocimiento sexual precoz, presencia de síntomas agresivos regresivos*

psicosomáticos (enuresis y encopresis) lo que también constituye una secuela del hecho traumático, que generó un impacto psicológico en la niña."

Encuentro ajustada la concatenación de probanzas que efectúa la Juzgadora. Adviértase que, sin perjuicio de lo observado y transmitido por las psicólogas que tuvieron por finalidad determinar si existió abuso sexual infantil y conforme a su ciencia dar razones de sus dichos, lo cierto es que la niña relató de manera espontánea la agresión sexual sufrida a terceras personas que le han inspirado confianza (su mamá, tres docentes) además del lenguaje corporal que desplegaba y daba cuenta de lo ocurrido.

A modo de ejemplo, vale destacar que cuando se refirió a *la chula* frente a sus docentes, se señaló la vulva, cuando jugaba con los muñecos en presencia de la Lic. R., los hacía protagonizar juegos sexuales; todo ello fue meritado y la llevó a Jueza a la conclusión de responsabilidad penal para el señor M..

El Defensor se agravia que la Magistrada sólo ha tenido en cuenta esta prueba y no la ofrecida por esa parte. Lo cierto es que los profesionales de la salud, a saber, la médica pediatra Dra. B. y el médico forense Dr. C. no dieron cuenta que la niña presentara signos físicos de abuso sexual, lo que se ajusta a la calificación legal escogida comprendida en el primer párrafo del Art. 119 del CP, estos testimonios por sí solos no son prueba desincriminante.

Al deponer la señora C., que se desempeñara como niñera de la menor cuando los padres estaban juntos y luego de la separación la cuidaba cuando estaba con el señor M., testimonia que "la niña era alegre, se llevaba bien con el padre, estaba bien cuidada y jugaban mucho" y cuando venía de la casa de la madre estaba desaliñada, con la ropa sucia y paspada en la zona genital. Los primeros dichos, que impresionan

como una buena relación entre B.M. y su papá, no desvirtúan el cuadro cargoso que pesa sobre el imputado.

También se agravia que no se tomó en consideración lo dicho por la psicóloga Lic. G., que fuera consultada por su pupilo y que tuviera algunos encuentros con la niña. La entrevista clínica de un psicólogo tratante, procura obtener un diagnóstico y un tratamiento a partir de los datos obtenidos, pero no ha sido el caso de esta profesional quien de acuerdo a lo escrito por el propio defensor en su líbelo impugnativo *"consideró que había que ayudarla con hábitos para incorporar en función de la edad, maduración y hacer caso, y con el control de esfínteres ya que todavía usaba pañales, según creyó recordar".* La Juzgadora lo pondera, encuentra puntos de coincidencia con los dichos de la Lic. P. en cuanto a las dificultades de B.M. para adaptarse a las normas y, además advierte que es el único testimonio brindado en el debate que menciona que la niña usaba pañales, resultándole un testimonio aislado.

El agravio del defensor no tiene sustento para desacreditar el razonamiento concatenado de las probanzas de cargo a la que arriba la Magistrada; por lo que su embate acerca de la valoración de la prueba, no ha de prosperar.

Por último, en cuanto a la pena impuesta el señor Defensor insiste en que no se realizó la Cámara Gesell con la niña y alude a las consecuencias que debería afrontar en su vida diaria si se confirma esta pena de efectivo cumplimiento. Nada dice en cuanto a la ponderación de circunstancias atenuantes y agravantes, propias de un juicio de cesura.

Examinado el decisorio de la Magistrada, conforme la manda de los Arts. 40 y 41 consideró como circunstancia atenuante, la falta de antecedentes del imputado y como agravante, la extensión del daño causado a la víctima, conforme se acreditara

en el juicio. De acuerdo a la entidad del mismo, encuentro ajustado al caso el monto en que se apartara del mínimo legal.

Por todo lo expuesto, debe confirmarse en todo la presente sentencia. Así lo voto.

Comparto los honorarios profesionales que se han adjudicado a la Defensa particular, tal como lo ha determinado el Colega que ha opinado en primer lugar.

El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo:

Llega la presente Carpeta a la Cámara Penal para resolver la impugnación ordinaria presentada por el Dr. J. A. R., contra la sentencia dictada por Sra. Jueza, Dra. Marcela Pérez, que condenara a su defendido M. G. M., a la pena de Tres años y seis meses de prisión, en orden al delito de Abuso sexual simple, agravado por el vínculo (Arts. 45 y 119 último párrafo en relación al párrafo primero y cuarto párrafo inc. b del CP), por los hechos ocurridos en Puerto Madryn, el día 8 de junio de 2018, en perjuicio de su hija menor de edad.

Los agravios de la Defensa y el responde de la Fiscalía se han descripto al inicio de la presente sentencia, por lo que en honor a la brevedad a ellos me remito.

En el recurso presentado por escrito, ratificado oralmente, se precisa como primer punto de agravio, que la sentencia debe ser declarada nula por no haberse tomado declaración a la menor en Cámara Gesell, negándosele de esta manera a la Defensa la posibilidad de contradecir su relato, en violación a la igualdad de armas y en consecuencia al debido proceso.

Por ser cuestión procesal, paso a resolver este punto. Conforme surge de autos, ambas Partes solicitaron en su oportunidad que la menor declare en Cámara Gesell, por lo que se activaron las medidas de protocolo que la situación ameritaba atento la

edad de la niña, entre ellas, principalmente, el contar con un informe de profesional/es en la materia.

Fue así que se produjeron dos dictámenes relacionados a la posible alternativa de que la menor declare, concluyendo la Psicóloga S. R., que en las entrevistas mantenidas con la misma, le indicó lo que su padre le había hecho, pero que no estaba en condiciones -pues no quería- de verbalizarlo en una Cámara Gesell; explicando la Profesional a continuación, la diferencia que existe entre una entrevista para llevar a cabo un psicodiagnóstico, y lo contraproducente que sería para la niña declarar en Cámara Gesell. Agregó también que la menor mostraba síntomas de encopresis y enuresis que habían reaparecido, cuestión que la llevó a concluir que no era conveniente, de ninguna manera, que declare bajo dicha modalidad.

En cambio, la Lic. C. F. consideró que la menor estaba en condiciones de declarar, atento que ya tenía 6 años, que advertía comprensión y capacidad para contestar preguntas, y que percibía un desarrollo madurativo acorde a su edad.

En razón de dichas conclusiones, con la oposición de la Fiscalía y de la Asesoría de Familia para que la pequeña declare en Cámara Gesell, la Jueza Penal, Dra. Pérez, resolvió rechazar la petición del Sr. Defensor.

En aquel decisorio, la Magistrada evaluó, por un lado, los derechos que tiene la menor víctima de no verse sometida a una nueva declaración en sede tribunalicia ante su expresa petición, y, por otro lado, los derechos del imputado a poder escucharla respecto del hecho por el que venía siendo inculpado.

Fue así que la Jueza, en atención a lo que la niña indicaba -que había sido víctima de su propio padre de hechos de abuso sexual-, y al propio informe presentado por la Lic. R. antes referido, optó, a fin de velar por su protección integral, omitir su declaración.

Descartó también la Magistrada, por insuficiente, el informe de la Lic. C. F., en tanto la misma sólo se refirió a que la niña tenía un desarrollo acorde a su edad, que sabía diferenciar verdad de mentira, pero nada informó sobre la alternativa cierta y sus consecuencias, de ocurrir una declaración relacionada al trauma padecido, víctima de abuso sexual por parte de su padre.

Comparto plenamente los argumentos de la Jueza Penal al impedir que se lleve a cabo dicha Cámara Gesell, en tanto resulta primordial, atento el paraguas protector que emana del artículo 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, tomar todas las medidas que resulten conducentes a su protección integral, como norma objetiva, y, además, como ocurriera en el presente, a escucharse y tomarse en cuenta su opinión.

Este principio rector debe aplicarse en todos los casos, principalmente, cuando resulten víctimas de ilícitos de carácter sexual, pues, por un lado, deberá protegérsela durante la sustanciación del proceso para no provocar actos de revictimización, y, por otro lado, para evitar multiplicar cualquier otro efecto devastador para su futuro, más allá de la propia acción delictual a la que ya fuera sometida.

Conforme vengo de decir, debe rechazarse la nulidad de la sentencia planteada por el Sr. Defensor (Art. 161 *contrario sensu* del CPP).

Resta por determinar entonces, si ante la ausencia de la declaración de la menor en Cámara Gesell, la remanente prueba de cargo que ha tenido en cuenta la Jueza para acreditar la materialidad y vincular al inculpado en el suceso es suficiente, o, por el contrario, conforme pretensión de la Defensa, procede la absolución.

Previo al abordaje de este tema, también el Sr. Defensor objetó que no se permitiera en el debate a la Psicóloga propuesta por esa Parte, Lic. C. F., para que

declare sobre los indicadores que hubieren en la niña –o no- de un posible abuso sexual.

Como bien lo expresara la Magistrada en el debate, la nombrada fue citada para informar sobre aspectos de su labor que había desarrollado con anterioridad, las que precisamente, no estaban vinculadas a la temática del interrogatorio que pretendía incorporar el Letrado Defensor. Consumadas que fueron las respuestas respecto a su anterior labor, no cabía, como bien se resolvió, que declare sobre cuestiones no relacionadas al trabajo antes desplegado.

Sobre el tópico en examen, el Código Procesal Penal es absolutamente claro en su normativa, en tanto refiere que los peritos en el debate deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, para luego ser interrogados por las Partes. (Art. 325 del CPP). Va de suyo entonces, que su declaración deberá circunscribirse al peritaje que en oportunidad de su nombramiento y juramento realizó. Si acaso las Partes consultaran al profesional en el juicio sobre aspectos por fuera de lo dicho en su informe, pero relacionados a su materia, deberá ser en absoluto consenso de las partes, asunto que no ha ocurrido en el presente.

Respecto a la prueba que en definitiva ha considerado la Jueza para tener por acreditado el hecho y al inculpado M. como su autor material, corresponde el repaso de la sentencia de grado y las críticas que sobre ella ha traído el Profesional en su impugnación, donde infiere que la misma ha sido parcial en la valoración de la prueba de cargo traída por la Fiscalía, y que le ha restado importancia a la prueba ofrecida por esa Defensa.

En relación a dichos aspectos, el Dr. R. enumeró que su defendido ha negado enfáticamente ser el autor del hecho, que existen dudas respecto al cómo y al cuándo habría ocurrido dicho suceso denunciado, más que surgen evidentes contradicciones

entre los testigos del Ministerio Fiscal y los aportados por esa Defensa, que habilitaría, por la duda más que razonable, se declare la absolución de su representado.

Veamos.

La Sentenciante, luego de un amplio análisis de la prueba, a la que luego sucintamente me referiré, tuvo por probado, con la certeza positiva que la etapa exige, que M. G. M. fue el autor del hecho de abuso sexual en contra de su pequeña hija B.M.M.M., y que denunciara la señora D. B. M., madre de la menor.

En ese sentido, la Jueza en su argumentación evaluó, *“el comportamiento y manifestaciones de la niña observado primero por su madre; los testimonios de quienes escucharon las manifestaciones espontáneas de la niña a través de su expresión infantil de su vivencia de contenido sexual y los dictámenes de ambas peritos. …resultan indicadores específicos de abuso sexual infantil… el relato de la situación de abuso durante el juego y el conocimiento sexual precoz … tal como se evidenció a través de las emociones que fueron observadas al relatarlo, la forma de sacarlo a la luz durante el juego diagnóstico y las secuelas que aún persisten. … La niña sindicó a la su padre –M. G. M.- como el autor de los hechos intrusivos, quien permanecía con su hija en distintos horarios en razón del ejercicio de su derecho de comunicación, como lo fue el día 8 de junio de 2018.”.*

La prueba de cargo, para llegar a dicha conclusión, ha sido profusa y concluyente, más allá de la ausencia de la declaración de la menor en Cámara Gesell.

En efecto, tal como lo ha evaluado la Dra. Marcela Pérez, el testimonio prestado –denuncia mediante- por la madre de la menor, Sra. D. M., ha resultado preclaro para la acreditación del hecho, quien ha relatado en audiencia que cuando su hija regresaba de las visitas concertadas con su padre -de quien ella se encontraba

separado-, presentaba comportamientos extraños, advirtiendo que se daba palmadas en la vagina. Que ante preguntas que le realizara, su hija le comentaba que eran juegos que hacía con su papá. Que esta situación era referenciada en varias oportunidades por la menor, aún en la vía pública, cuando le decía que su papá le tocaba la "chula" –vagina-, cuestión que motivara que finalmente radicara la denuncia policial.

Estos dichos no fueron aislados, sino que, por el contrario, como lo bien lo expresara la Sentenciante, fueron corroborados por A. F. Q. y por T. B., maestra y directora respectivamente del colegio donde concurría la pequeña, quienes afirmaron haber escuchado espontáneamente de la niña que el padre le pegaba en la "chula", hechos puntuales que bien quedaron reflejados en sendas actas llevadas a cabo en la institución, tal como se ha reflejado en la documental incorporada en la causa penal.

Aporte importante ha sido el psicodiagnóstico practicado en su oportunidad por la Lic. M. P., quien refiriera en la Sala de juicio que la niña le había efectuado un relato de vivencia intrusiva de tinte sexual, con indicadores emocionales de vergüenza y enojo, demarcando, ante las consultas pertinentes que surgían de dibujos por la menor confeccionados, que estaba enojada con su padre.

Sustancial ha sido también la declaración de la Psicóloga S. R., quien llevó adelante la pericia psicodiagnóstica. Afirmó en el debate, que la menor tenía claros indicadores de haber sido abusada sexualmente –ASI-, en tanto, en las sucesivas entrevistas la niña le manifestó que su padre le "comía la chula", destacando a través de juegos con muñecos una actitud sumamente agresiva, golpeándolos en la zona anal, con conductas claramente sexualizadas, de conocimiento sexual precoz, puntualizó.

Respecto al reclamo de que los testigos aportados por la Defensa no fueron debidamente analizados por la Jueza, subrayo que ello no fue así. De la lectura de la

sentencia en cuanto al tópico, se aprecia que la Magistrada llevó a cabo un análisis de los testimonios de quien había sido niñera de la menor por seis meses (V. C.) y de la médica pediatra (Dra. A. B.), no arrojando, como se pretende, ninguna duda de que el hecho existió tal como fuera enunciado por la acusadora, en tanto de aquellos relatos nada se extrae como evidencia para traer incertidumbre a la cuestión. Tampoco el Sr. Defensor, pese al esfuerzo que denota su petición, nada aporta en tal sentido.

En síntesis, entiendo, pues surge palmario de la sentencia, que la materialidad del hecho fue probada y que el autor del mismo fue M. G. M.. Los testimonios y documental antes referenciados resultaron cardinales en el análisis y consideración de la Magistrada para arribar a tal conclusión, por lo que la impugnación en tal sentido se ha de rechazar.

Al tiempo de imponer la sanción, entiendo que en forma correcta, adelanto, la Jueza Pérez analizó la dosis punitiva en atención a los parámetros que informan los artículos 40 y 41 del CP, evaluando como agravantes, el daño sufrido por la menor a partir del intenso trauma psicológico que ha sufrido y sus consecuencias en la estructura de su personalidad; las secuelas físicas a partir de la enuresis y de la encopresis antes señaladas; y que necesariamente deberá continuar con un tratamiento psicológico en razón de la experiencia traumática vivida con su propio padre, resultando ser la ausencia de antecedentes penales la única atenuante que se advierte, por lo que entendió, asunto que comparto plenamente, que la pena justa y razonable a imponer, es la de Tres años y seis meses de prisión. Así lo voto.

En los términos enunciados, y tal como lo hemos acordado luego de la deliberación, debe rechazarse el recurso de impugnación ordinaria interpuesto y confirmarse en todos sus términos la sentencia dictada en contra de M. G. M..

Los honorarios que corresponde imponer al imputado conforme la labor profesional desarrollada por el Dr. R., deben justipreciarse en la suma de cuarenta (40) JUS. Así lo voto.

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

FALLO:

I) **RECHAZAR** la impugnación ordinaria deducida por la Defensa de M. G. M., a cargo del Sr. Defensor Particular Dr. J. A. R., con costas (Art. 385 del CPP).

II) **CONFIRMAR** la sentencia dictada a fs. 56/72vta. de fecha 22 de febrero de 2021, registrada bajo el Nro. 277/2021 OFIJU-PM, en la que se condenara a M. G. M. como autor material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL VÍNCULO (Art. 119 último párrafo, en relación al párrafo primero y cuarto inc. b) y 45 del Código Penal), a la pena de TRES (3) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS, por los hechos ocurridos en esta ciudad de Puerto Madryn, el día 08 de junio de 2018, en perjuicio de B.M.M.M.

II) **REGULAR** los honorarios profesionales del Sr. Defensor Particular Dr. J. A. R., por su labor en esta etapa, en cuarenta (40) JUS con cargo a su defendido (Arts. 5 y 7 de la Ley XIII N° 4, antes N° 2200, y art. 59 de la Ley V N° 90, antes N° 4920, y arts. 239, 240, 241 del CPP).

III) **REGISTRESE**, protocolícese, notifíquese mediante sistema informático a las Partes, ello a los fines de su publicidad.

La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior del Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY -Art. 331 último párrafo del C.P.P-.

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

Rafael LUCCHELLI — Presidente del Tribunal

F. Fabiana TRINCHERI — Juez de Cámara

Ante mí:

Andrea M. BOREA
Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº 08/21 CPPM DEL AÑO 2021. CONSTE.-

Andrea M. BOREA Secretaría de Cámara