Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los veintitrés días del mes de Julio del año dos mil veinte, los Sres. Jueces de la Excma. Cámara en lo Penal de la circunscripción Judicial de Puerto Madryn, integrantes del Tribunal, Dres. Rafael LUCCHELLI, Leonardo Marcelo PITCOVSKY y Flavia Fabiana TRINCHERI, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, proceden a dictar sentencia en estos autos caratulados: **"VF - C., K. D. (en representación de su hijo menor de edad G. X. R.) s/ Dcia. psto. abuso sexual s/ Impugnación" Nro. 05/20 CPPM - Carpeta Nro. 8037 OFIJU PM**, seguidos contra: **R. G. A.**, hijo de R. y de A. A., nacido en Buenos Aires, en fecha 12/06/1986, soltero, empleado DNI. X, con domicilio en calle R. G. N° X, Barrio D. B. de esta ciudad. Ello, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Sr. Defensor Particular Dr. C. G. D. M., contra la Sentencia Nro. 3467/19 OFIJU, de fecha 25/11/2019, suscripta por la Sra. Jueza Penal Dra. Marcela A. PEREZ. En esa, R. G. A. fue condenado a la pena de TRES (3) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISION, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, por resultar penalmente responsable de los delitos de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL VÍNCULO EN LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO EN CONCURSO REAL CON EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL, AMBOS EN CARÁCTER DE AUTOR, por los hechos ocurridos en Puerto Madryn entre el 13 de Noviembre de 2015 y 19 de Junio de 2018 (arts.5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55, 128 párrafo ultimo y 119 párrafo último en relación al inc. "f" del Código Penal), en perjuicio del menor R. X. G.-

Intervino por la acusación la Sra. Fiscal María Alejandra Hernández, por

la defensa técnica el Abogado Particular, Dr. C. D. M. y por la Asesoría de Familia el Dr. M. D. S.

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

Los agravios traídos por las Partes son los siguientes:

En su libelo de impugnación el Dr. D. M. tacha de arbitraria la sentencia, por falta de motivación suficiente en cuanto se valoró de manera arbitraria y contradictoria la prueba y se omitió la valoración de otra decisiva. Asimismo, critica el monto punitivo impuesto, solicitando la aplicación del mínimo de la misma.

En primer término, previo a ingresar a los agravios, advierte que el presente caso se desarrolló en medio de un conflicto de pareja, en el que se disputaba la tenencia del menor X., solicitando al Tribunal tenga presente tal antecedente.

En particular, denuncia la arbitrariedad de la valoración de la prueba.

Aduce que la sentenciante descartó, sin valorar, prueba de Parte decisiva para la resolución del caso. Así, sopesó sólo los dichos del menor víctima vertidos en Camara Gesell, los de su madre y los de la Lic. R., descartando otra prueba que pudiera confrontar la conclusión condenatoria.

Refiere que la Jueza, en varios pasajes de su sentencia, menciona que al menor le introdujeron los dedos en el ano, tomando con ello la tesis acusatoria, afirmación que no encuentra apoyatura en prueba médica, a raíz de lo cual resultaría desacertada la calificación jurídica escogida.

Denuncia que toda la prueba de descargo desincriminante para su defendido fue deshechada sin explicación alguna. Así, la inspección ocular realizada en el domicilio del imputado, que arrojara como resultado la presencia de camas donde dormía el menor; la ausencia de películas pornográficas, lo que conlleva a la

orfandad probatoria. Advierte que la versión de la presencia de material pornográfico se apoya sólo en los dichos del niño. Este informe, refiere más adelante, fue utilizado como prueba de cargo, pero no de descargo.

Con relación a los hechos de abuso sexual simple, señala el recurrente que la Jueza nunca analizó las contradicciones que surgen de la declaración del menor, a saber, la presencia en el lugar de los hechos de dos camas y que en la denuncia radicada por la madre refiere que el padre le habría tocado la cola con el pene, cuestión que el niño no ratificó.

Asimismo, en cuanto a las pericias psicológicas, explicó que la Magistrada sólo valoró la de la profesional ofrecida por la fiscalía, soslayando el informe de la perito ofrecida por el recurrente. Ésta, refiere, entendió que podría haber influencia de terceros, lo que se correlaciona con los dichos de los Lic. D. M. B. y M. E. B., que también fueron descartadas por la Magistrada. Éstas observaron, como rasgo distintivo, que el menor era muy influenciable y que su discurso se adecuaba a la persona adulta con la que estaba conviviendo, testimonios que resultaron descartados por la Magistrada en base a la intermitencia en la que atendieron al menor. Advierte en este punto que las otras dos Profesionales mencionadas al principio, sólo lo vieron dos veces, siendo una valoración arbitraria.

Asimismo, critica que, respecto a los indicadores de ASI, la perito de la fiscalía sindica eneuresis en el menor –circunstancia sólo dicha por la madre-, sin haber encontrado signos o síntomas al respecto. Tampoco los psicólogos B. lo hallaron, resultando descalificadas por la Magistrada en una frase que, traducida

por el recurrente, sería igual a decir que, aunque no haya prueba no significa que la persona no sea culpable.

Explica que el test de CBCA realizado por la Perito de esa Parte tiene rigor científico, siendo que la perito de parte no efectuó prueba científica alguna, sin embargo, ello no fue ponderado por la Jueza.

En relación a los tocamientos en el pene del niño, por parte de su padre, señala que fueron realizados por cuestiones médicas, apoyando la Magistrada la materialidad de los mismos sólo en los dichos del menor. Advierte, asimismo, que el menor calificó estos tocamientos como algo que veía mal, lo que determinaría, para esa Parte, la influencia que tiene en su relato.

Respecto a las licenciadas R. y M., que trataron al ahora condenado, refirieron no haber encontrado en su paciente rasgos perversos, los que, a criterio de esa Defensa, son las características que tienen los abusadores y violentos. Ello, que fuera desechado por la Jueza, por considerar que nada aportó al caso puesto que entendió que no es una condición necesaria en los rasgos de la personalidad de un abusador, es denunciado por el Defensor como arbitrario y carente de motivación ya que no explica en qué basa esa afirmación, no cita fundamentación legal, doctrinaria o científica en la que apoye esa conclusión, y descarta la tesis propuesta por esa Parte sólo por ser contrapuesta a sus pensamientos.

Concluye el recurrente en que si las Licenciadas en psicología –a las que caracteriza como independientes-, en el marco del Expte. De familia, dictaminaron que G. podía ser el cuidador de su hijo, es que no encontraron en su personalidad rasgos que se acerquen al de un abusador.

Seguidamente, el recurrente critica lo disímil que resultó la Magistrada al momento de desechar prueba testimonial y documental que esa Parte ofreció, siendo testigos que no poseían interés en el proceso y dieron razones de sus dichos. En el

siguiente acápite critica el monto punitivo impuesto, el que resulta -a su entender- arbitrario.

Grafica que la Magistrada, en esa faena, inicia su análisis desde el mínimo de la escala penal y luego pondera un agravante y un atenuante. Advierte el Defensor que ese análisis bastaría para fijar la pena en tres años en suspenso –el mínimo establecido en la escala penal-, en miras de las consecuencias que la prisionización conlleva.

Respecto al agravante ponderado por la Jueza por la falta de contacto del menor respecto con su madre, lo critica puesto que ese no puede ser achacado a su cliente, toda vez fue una decisión impuesta por un órgano jurisdiccional, habiendo sido monitoreado en ese tiempo, por los organismos estatales del ámbito de familia.

Finalmente, solicita la absolución de R. G. A., en virtud del beneficio de la duda (arts. 28 del CPP y 44, V.I Const Prov. Chubut), y de manera subsidiaria se aplique el mínimo de la pena, establecido en el delito enrostrado.

La Sra. Fiscal al contestar el traslado de manera escrita, solicita se confirme la sentencia atacada por ser producto de un razonamiento lógico, motivado y en la cual la Magistrada efectuó una ponderación integral de todas las pruebas ventiladas en la etapa de debate, habiéndose respetado todos los principios constitucionales y descartando que en el presente se haya vulnerado el derecho de defensa del imputado.

En primer término, advierte que las quejas traídas por la Defensa en la presente instancia coinciden con los argumentos que se vertieran en el Juicio. En tal sentido, encuentra que el recurrente no ataca la sentencia en sí, sino que

demuestra una disconformidad con la misma, intentando reeditar su tesis defensista ante un órgano superior, cuando ésta ya fue contestada en la sentencia cuestionada.

En cuanto los agravios en particular, la Sra. Fiscal esgrime que, respecto del primero –arbitrariedad en la valoración probatoria-, es la propia Defensa quien hace una valoración parcial de la prueba que se ventiló en el debate. Luego de efectuar extensas citas de la sentencia, respecto a la Cámara Gesell del menor y testigos de Parte, concluye la Fiscal que la Jueza explicó de manera lógica, detallada y legal el porqué de su decisión.

Refiere que los testigos de la Defensa fueron psicólogos que intervinieron en una conflictiva familiar, atendiendo al niño y al padre. Particularmente, en debate se escuchó a la Lic. M. explicar que atendió al imputado entre Julio de 2016 y abril de 2019, por pedido judicial y por problemas de custodia del menor, pudiendo establecer que G. A. posee una estructura de la personalidad neurótica obsesiva, no presentando una estructura perversa, advirtiendo la Fiscal que la profesional realizó un encuadre psicoanalítico que le sirvió para cumplir con el cometido judicial, pero no efectuó un perfil de su personalidad.

Con relación a la Lic. R., que atendiera al imputado en el año 2015, explicó la titular de la acción pública que también intervino por disposición judicial para evaluar cómo transcurría la tenencia del menor, momento en el que el imputado ya la detentaba. Refirió que, en su dictamen (que fue favorable), no aplicó ninguna técnica, ni psicoanálisis, sino que se trataban de entrevistas, hablaban y buscaban que el paciente esté mejor, ya que en ese momento tenían conflictos, y que estaba tranquilo y angustiado.

Por otra parte, el Lic. M. B. comenzó a atender al niño X. en el año 2013 – llevado por su madre-, interrumpiéndose el tratamiento hasta el año 2015- cuando ya vivía

con su padre-. Observó un niño simpático, agradable, que disfrutaba del espacio terapéutico, pero influenciable por las palabras de los adultos, con un discurso cambiante, que quedaba entre el conflicto de sus progenitores. La Profesional explicó que no tiene alguna especialidad, que atiende a niños, jóvenes y adultos, y que en relación a los test aplicados, seguramente aplicó en el año 2013 los test de persona bajo la lluvia, la casa-árbol persona, no recordando el test de Bender, y descartó el de dibujos de escenas de victimización. Con ellos, no detectó situaciones de ASI, pero aclaró que, aún con esas técnicas puede ser que no aparezcan los indicadores.

Refiere la Fiscal que la ausencia de indicadores es lógica, puesto que esas técnicas fueron aplicadas en el año 2013, cuando el niño no estaba bajo la tenencia de su progenitor y no se habían develado los abusos, razón por la cual el niño no tendría indicadores de ASI.

En cuanto a la Lic. B., supervisora del Lic. M. B., relató que cuando X. fue la primera vez, en el año 2013, no estuvo presente cuando se le aplicaron las técnicas, pero que se trabajó en equipo, por lo que seguramente las tuvo a la vista y que nunca tuvieron la hipótesis de ASI –lo cual no se les solicitó evaluar-, habiendo concurrido el menor por una conflictiva familiar y de tenencia, estando el menor en el medio de una disputa entre adultos, con angustia y vulneración emocional –por lo que tartamudeaba-, y observando en X. un discurso influenciado por adultos por cómo se expresaba. Esa influencia la relacionó con el progenitor que lo llevaba a la entrevista.

Luego de efectuar cita de la Sentencia recurrida, en cuanto a la ponderación que efectuó la Magistrada respecto a estos testimonios, concluye la Fiscal que el razonamiento de la *A quo* ha sido lógico, legal y conglobado, y no con una mera apariencia como lo pretende el Defensor.

A continuación, trata el agravio relacionado con la pena. Al respecto, advierte que la Defensa critica el monto punitivo porque no fue satisfactorio para los intereses de su defendido, alegando una arbitrariedad inexistente.

Finalmente, solicita se rechace la impugnación incoada y se confirme en todos sus términos la sentencia condenatoria Nro. 3467/19.

Llevada a cabo la audiencia prescripta en el código de procedimiento –art. 385 del CPP- ambas partes ratificaron y ampliaron sus escritos presentados, mientras que el representante de la Asesoría de Menores, Dr. D. S., adhirió y acompañó el pedido de la Sra. Fiscal Dra. Hernández.-

En la audiencia aludida, el Dr. Del M., luego de reproducir en forma oral similares argumentaciones a las vertidas en su escrito recursivo, amplió sus fundamentos atacando cuestiones atinentes a la calificación legal por la que fuera condenado su cliente -abuso sexual simple agravado por el vínculo en la modalidad de delito continuado-. En tal sentido, señaló que, cuando la Juez pretende justificar el agravante (el vínculo), lo confunde porque efectúa una motivación en base a la convivencia previa -inciso f- y no por el vínculo –inc. b), error que hace caer tal agravante y afectaría el principio de congruencia.

Por su parte, la Acusadora pública, que también ratificó de manera verbal los fundamentos presentados en su escrito, señaló en la audiencia que la crítica efectuada por la Defensa en relación a la calificación penal, afectación al principio

de congruencia y del derecho de defensa, no fue plasmada en el escrito de impugnación, tomando por sorpresa a esa Parte. Resaltó, en tal sentido, que al formular acusación se pidió la elevación de la causa a juicio por el delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo en la modalidad de delito continuado en los términos de los Arts. 119, último párr. - en relación al inciso "f"- del CP, en concurso real con el delito de pornografía infantil, en carácter de autor según las previsiones del art. 55, 128 párr. último y 45 del CP, y fue en virtud de esa misma calificación que resultó ser condenado el imputado, por lo que solicitó se rechace este agravio.

Finalmente, en la audiencia aludida, el representante de la Asesoría de Menores, Dr. D. S., adhirió y acompañó el pedido de la Sra. Fiscal Dra. Hernández, todo lo que se encuentra plasmado en la pista de audio y Acta respectivas.

La plataforma fáctica traída por la Fiscalía es la siguiente: *"Desde el día 13/11/2015 el menor R. X. G. quedó al cuidado exclusivo de su padre R. G. A. en el domicilio paterno, y en esa situación aprovechó para maltratarlo pero también para tocarlo en su cola con los dedos en reiteradas ocasiones, como así también hacerle mirar películas pornografías. El último episodio ocurrió el día 19 de Junio de 2018, cuando el menor R. X. G. de 7 años de edad se encontraba al cuidado de su padre, R. G. A. en su domicilio sito en calle R. G. X de esta ciudad, cuando en un momento dado el niño va al baño a hacer sus necesidades, no llamando a su padre para que le limpie, acción que provocó enojo en el imputado, entonces tomó al niño y lo reviso supuestamente para ver si estaba limpio, pasándole el dedo por el ano sin papel, situación que incomodó al niño. Luego ese mismo día, y ante el sentimiento de culpa del imputado, éste le pido perdón al niño por lo que le había hecho y le compró un*

regalo. Es así que llegó la hora de la siesta, y el niño se acuesta en la misma cama que su padre porque no tiene su cama propia, aprovechando su padre esa situación para bajarle los pantalones, abriendo sus nalgas, tocándolo con sus dedos, como así también acariciándolo en todo su cuerpo, situación ante la cual el menor se levantó y se fue al sillón. El niño también relato a su madre que su padre ese día por la mañana lo obligó a mirar una película pornográfica, y que cuando el cerraba sus ojos para no mirar su padre le pegaba en la cabeza."

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 5.478).

El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo:

Llega la Carpeta N° 8037 a revisión de esta instancia, en virtud de la impugnación ordinaria deducida por el Sr. Defensor Particular, Dr. C. G. DEL M., contra la sentencia N° 3467/2019 dictada por la Jueza Penal, Dra. Marcela Pérez, quien condenara a R. G. A., en orden al delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo, en la modalidad de delito continuado, en concurso real con el delito de pornografía infantil, ambos en carácter de autor, en perjuicio de R. X. G., ocurridos en esta ciudad de Puerto Madryn entre el 13 de Noviembre de 2015 y el 19 de Junio de 2018 (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55, 128 párrafo último y 119 párrafo último en relación al inc. "f" del Código Penal.

El detalle completo de los agravios se encuentra en el encabezado de la presente, por lo que en honor a la brevedad a los mismos me remito. Sólo he de hacer una síntesis de estos, previo a iniciar mi voto.

El primer motivo de queja del Sr. Defensor, consistió en subrayar que la Magistrada realizó una valoración arbitraria de la prueba producida en debate, pues,

tomó como eje de su análisis el testimonio del niño X. en Cámara Gesell, junto al informe y el testimonio de la Licenciada S. R. del Cuerpo Médico Forense, desechando sin motivo alguno el informe presentado por la Perito de la defensa, la Lic. S. S.

Veamos.

El menor víctima declaró, como es ineludible en estos casos, bajo la modalidad de Cámara Gesell. Sobre dicho testimonio se refirió la Magistrada en su sentencia, expresando que X. "*Relató situaciones de victimización sexual por parte de su padre¨*. En ese sentido afirmó que *"un día me tocó muy fuerte la cola con el dedo y lo siguió haciendo. Después me agarró fuerte de los pelos y me tiró en la cama y me dejó ahí. No podía dormir... Aclaró que, al día siguiente, su papá lo llevó a la casa de su abuela paterna A. a quien le contó "que papá me puso el dedo en la cola y no pude dormir en toda la noche". Dijo que sucedió en la cocina, que estaba sin ropa pues se iba a bañar, …Continuó diciendo que "unos días más adelante me siguió tocando, me siguió pegando, me siguió diciendo cosas feas y después un día me cansé y se lo dije a mi mamá y se arregló todo."*

Continuó la Sentenciante: *"Relató el niño además diversos episodios de maltrato por parte de su padre. Contó "yo estaba cansado que me hiciera esas cosas, que me tocara, me maltratara, me pegara, y después le dije a mi mamá porque no quería más que lo haga" "el último día que estuve en esa casa se lo conté a mi abuelo, me dijo que yo pensara en decir mentiras, que mi mamá me hacía todo eso. Pero me di cuenta que la mentira no es buena". Aclaró que su abuelo era R. el papá de R., esto me sucedía muchas veces, pasé muchos pero muchos años con él" Preguntado dónde sucedía dijo: me tocaba la cola en la casa de él, a veces en la*

cocina, a veces en el baño a veces en la cama a veces en el comedor" Preguntado si había otras personas dijo: "No. Estábamos solos siempre."

Que, a preguntas sobre cómo se sentía dijo: *"me sentía mal y triste y extrañaba a mi mamá… que se lo contó al tío C., al tío E. y la tía M., pero nadie le creía, "después se lo dije a mi mamá y me creyó."…"También contó que miraba dibujitos, pero "mi papá siempre me hacía ver películas "pornográficas", yo le decía quiero ver dibujitos y me pegaba." Preguntado cómo eran esas películas, dijo "eran personas grandes que se tocaban y se besaban. En la primera película era de hombres contra hombres, se besaban y todo eso y después era de chicas, y todo eso." Dijo que estaban desnudos. Preguntado cómo se sentía cuando las veía, dijo "mal y me daba ganas que lo quería hacer viste?, pero no hay que ver."…Con relación al padre dijo que es "malo y sucio, porque me tocaba el petilín y la cola y un montón de partes privadas."*

Sobre el tópico, la Magistrada concluye: *"En su relato* (el menor) *ha descripto diversas situaciones de tocamientos en la cola que lo incomodaron, señalando alguno de los episodios, los lugares donde sucedía la actitud de su padre quien se reía, y la propia: no pudo dormir en toda la noche, su sentimiento: se sentía mal y triste, su percepción: "me secaba de forma fea", su conocimiento sexual inapropiado al relatar las películas que su padre le hacía ver… Lo considero un relato espontáneo, no aprendido, con descripciones de los hechos que padeció desde la perspectiva de un niño".*

Estas citas de la Jueza resultan ser las descripciones que realiza el menor en Cámara Gesell, las que pude percibir al observar la misma, evidenciándose, tal cual lo expresa la Dra. Pérez, un relato sincero y espontáneo del niño en relación a las

situaciones de abuso por parte de su padre biológico, quien también –según su relato- le hacía ver películas pornográficas que no quería mirar y que lo incomodaban.

Como claramente se advierte, la Jueza analizó en forma extensa y pormenorizada la declaración del menor, colocando en escena la situación de violencia sexual vivenciada, la que resulta concordante con lo oído y observado en la Cámara Gesell.

Al realizarse las entrevistas al niño, para elaborar el informe correspondiente, conforme los puntos puestos a consideración de las profesionales intervinientes, tales como, determinar las características de personalidad y desarrollo del menor, si existen indicadores de abuso sexual, si se advierten secuelas psicológicas de abuso, si el mismo presenta tendencia a la fabulación, si el testimonio realizado en Cámara Gesell cumple con los criterios de credibilidad, entre otros, la Defensa estuvo representada por la Lic. S. S., quien al finalizar dictaminó por separado y en sentido opuesto al concluido por la Lic. R., Perito Oficial.

Luego de cotejar los informes de las Profesionales Psicólogas, y teniendo en miras la crítica de la Defensa, adelanto que concuerdo con el análisis efectuado por la Magistrada en relación al tópico en examen.

Conforme lo valora la Jueza en la sentencia, la Licenciada R., psicóloga del Cuerpo Médico Forense, llevó a cabo la pericia psicodiagnóstica conjuntamente con la Perito de la Defensa Licenciada S., en esas tres entrevistas se aplicaron –conforme los testimonios y el informe- el test de Bender, persona bajo la lluvia, inventario de frases sobre maltrato infantil, test de casa, árbol, persona, validación del relato y dibujo de la escena traumática.

La Magistrada trae a colación en su sentencia un resumen de los informes y conclusiones de cada una de las Peritos. Respecto de la Perito Oficial, señaló: " *que el niño refirió maltrato físico (patadas, lo agarraba de los pelos) amenazas y descalificaciones), también abuso sexual (le tocaba sus "partes privadas", genital y anal, le "metía el dedo en el potito"; lo obligaba a ver películas de sexo adulto, lo retaba sino solicitaba ayuda para secarse, refirió que le secaba la cola a veces sin papel con el dedo" Consideró que el menor tenía recursos insuficientes, presiones del entorno, angustia e indicadores traumáticos. Explicó que hace una evaluación integral de toda la prueba pericial. En cuanto a las secuelas observó síntomas regresivos psicosomáticos: la enuresis. Resultó significativo que cuando se abordaba la situación de victimización pedía ir al baño y tartamudeaba. También tenía pesadillas. Advirtió un conocimiento sexual precoz, valoró la persistencia del relato en el tiempo y también en el dibujo. " ...Concluyó la perito que hubo un relato de abuso sexual infantil que validó descartando influencia de terceros, pues tanto la observación como en los dibujos y técnicas aplicadas los indicadores hablaban de una victimización." ...En cuanto a los criterios e credibilidad cumplió con ello en razón del conocimiento precoz de la sexualidad."*

Luego ponderó la conclusión de la Lic. S., quien consideró que se trató de un discurso (del menor) aprendido, observando sintomatología ansiosa y cierta tendencia a la mentira. En cuanto a su relato, especificó que no fue espontáneo, sino que fue dirigido por las preguntas de la Perito Oficial, y que el discurso fue confuso, señalando indicadores inespecíficos, pero relacionándolos con la conflictiva histórico familiar.

Así es se han planteado entre las expertas conclusiones disímiles, no obstante, se debe tener en cuenta que resulta ser quien ejerce la actividad jurisdiccional quien tiene la obligación de valorar las mismas.

Así se ha dicho: *"…Entrevistar a víctimas tan particulares como las abusadas y dictaminar sobre la credibilidad o posibilidad de fabular de las mismas, es sin ninguna duda una tarea de expertos psicólogos y/o psiquiatras. Valorar jurídicamente esos dictámenes que validan o no los relatos, es labor exclusiva y excluyente de los jueces…" (C. Alberto ROZANSKY en la obra ABUSO SEXUAL INFANTIL. ¿Denunciar o Silenciar? Ed. B Argentina S.A. 2003. Pág.158).*

Conforme se lee de la sentencia, la Jueza ha dado suficientes razones, fundadas por cierto, del porqué aceptaba como válido el dictamen y el testimonio de la Lic. R., quien ha cumplido su tarea con preciso rigor técnico y científico, el requerido por supuesto para evaluar circunstancias propias que rodean hechos como el que nos ocupa, descartando los de la perito de la Defensa, Lic. S., dando razones también de dicho apartamiento, las que comparto, en tanto no se evidencian por parte de la profesional preguntas dirigidas o sugestivas en el cuestionario al niño, sino que, por el contrario, se denota que ha preservado en toda la audiencia absoluta distancia del contenido y las respuestas brindadas por el menor, como también total objetividad en su declaración en el debate.

Debo señalar, además, que la Magistrada se ha referido a los indicadores inespecíficos del abuso: la enuresis y su tartamudez y lo ha hecho citando a la propia Lic. R., descartándose que pudo ser el primero por influencia materna o comentario de ésta, pues, como señaló la profesional en su testimonio, fue ella misma quien pudo observar en el menor en el tartamudeo al hablar de las situaciones

vividas, y las idas al baño en las entrevistas, explicando que el niño al recordar el evento traumático, lo vivencia y lo actualiza.

Valoro además, en cuanto a la credibilidad del testimonio de X., sus dichos respecto a que su padre cuando le compraba juguetes, se los exhibía dentro del envoltorio, conforme fuera corroborado con el informe fotográfico nro. 299/18. Da cuenta ello, detalle si bien ajeno a los hechos en juzgamiento, que son datos corroborativos de la ausencia de mendacidad del menor, tal cual lo quiere presentar el Sr. Defensor, argumento atado a las conclusiones de la perito de parte.

En suma, la Sentenciante ha llevado a cabo un juicio de valor suficiente del porqué elegía darle sustento a los dichos de la Lic. R., quien además de validar el relato del menor en Cámara Gesell, analizando tanto los indicadores específicos y los inespecíficos de abuso, destacó además la persistencia del relato del menor, el que refleja una victimización sexual reiterada y crónica, cumpliendo además con los criterios de credibilidad.

Pondera también la Jueza los testimonios de los Lic. D. M.B. y M. E. B., quienes atendieron al niño por disposición del Juzgado de Familia, concluyendo que, si bien a preguntas de la Defensa los mismos no observaron indicadores de ASI, éstos –conforme lo señala la Dra. Pérez, tuvieron la intervención con intermitencias vinculado sólo a la problemática familiar. Sobre el particular expresó: "*su afirmación de no haber hallado en el marco de su profesión indicadores de abuso sexual, no implica que no los hubiera; pues su tarea estuvo centrada en la revinculación con la madre.",* análisis que considero correcto, puesto que el dictamen de un profesional dando respuesta a determinada temática, relacionada a la situación de familia, condiciones de convivencia, etc., no están vinculadas

necesariamente a los hechos en estudio, pues sin dudas los puntos de examen y de interés han sido distintos. La lógica respuesta al asunto, es la que ha dado la Magistrada

Otro agravio traído por la Defensa resulta ser la falta de valoración de las prácticas médicas para justificar que el padre le tocaba el pene al niño. Así fueron traídos los testimonios de los Dra. C. y Dr. P. La primera fue quien en el control del niño prescribió un corticoide tópico durante un mes, crema que se coloca retrayendo el prepucio, para ver si la estrechez revertía y lo derivó al cirujano –Dr. P.- quien debió finalmente realizarle la intervención quirúrgica.

La Jueza con acierto y al ponderar el punto, señala que ello se trataba de una indicación médica y por lo tanto no fue imputado por la Fiscalía, más no se encontraban justificadas por la misma –tratamiento de fimosis- los tocamientos en el ano del niño.

Sobre ello la Dra. Perez dijo: "*Ninguna prueba ha demostrado que hubiera que pasar cremas por el ano del niño o introducir el dedo en el ano, lo que resulta ser precisamente uno de los hechos que se le imputa a G. Si hubiera existido una atención médica pediátrica, dermatológica o de la especialidad que fuere, pudo haber concurrido dicho profesional, acompañarse su historia clínica, tal como se hizo con los Dres. P. y C. respecto de los tocamientos en el pene. Lo cierto es que no ha sido demostrado que alguna práctica médica lo justificara. Tampoco su obrar se explica en razones de higiene, pues más allá de las circunstancias que el padre le limpiaba la cola al hijo a pesar de su edad (siete años), no esclarece el hecho de limpiarlo sin papel, o tocarlo en la cocina antes de bañarse, en la cama o meterle el dedo en el ano (potito) como ilustró cuando efectuó el dibujo de la escena*

traumática. En definitiva, no se ha acreditado ninguna justificación terapéutica o de higiene y cuidado del niño que explique el comportamiento por el que ha sido intimado".

No advirtiendo arbitrariedad alguna, por falta de valoración de los testimonios traídos por las partes, en tanto y como dije, los mismos han sido correctamente analizados por la Magistrada con apego a los preceptos contenidos en los art. 25 del CPP y 169 de la C.CH., no he de acoger favorablemente estos agravios.

En la audiencia de impugnación, el Sr. Defensor incorpora otro reclamo, cual fue que su defendido no fue debidamente intimado en relación a la calificación legal, en particular, respecto a la agravante que se cita en la acusación y en la sentencia -el inciso "f" del artículo 119 último párrafo (por la convivencia)-, cuando en realidad se lo condena por el vínculo, correspondiendo en consecuencia citar la letra "b". La Fiscalía toma nota de dicha incorporación sorpresiva en la Sala y da respuesta a dicha queja, la que obra en el audio.

Sobre el tópico he de enunciar, en primer lugar, que el agravio fue presentado fuera de tiempo. Es preciso el artículo 385 del CPP cuando establece que "*La audiencia se celebrará con las partes que comparezcan o sus abogados, quienes debatirán oralmente sobre los fundamentos de los recursos. Ellas podrán ampliar la fundamentación o desistir de algunos motivos, **pero no podrán introducir otros nuevos**."*. La norma es suficientemente clara. Se trata de preservar en el decurso de todo el proceso el principio de igualdad de armas y en base al contradictorio, no sorprender a la otra parte con hechos o circunstancias nuevas, salvo que de modo evidente surja que no se tenía noticia de ellas y en guarda del debido proceso y defensa en juicio sea necesario su tratamiento, empero, siempre, con tiempo también para que la otra parte pueda controlar y preparar su respuesta. No es el caso bajo examen.

Sin perjuicio de ello, ingresaré en el tratamiento del asunto.

Del contenido de la sentencia, se aprecia en la consideración del tipo penal y su calificante, la Jueza en párrafo pertinente expresó: "*Respecto a la agravante se encuentra probada toda vez que quedó demostrada la convivencia con el niño, la edad de ambos y su aprovechamiento para realizar los plurales actos estando a solas con su hijo en el interior de la vivienda familiar donde residían en soledad.".* Que, si bien surge el término convivencia, cierto es que la relaciona con su hijo, expresión que redunda en toda la sentencia al hacer mención a la calidad de padre del inculpado, baste nomás ocurrir a la cita del expediente tramitado en el Juzgado de Familia local para determinar su vínculo paternal.

En síntesis, si la imputación en el proceso, en la acusación y en la sentencia estuvo claramente determinada por el vínculo, fue sobre ella en consecuencia que tuvo en todo tiempo el imputado la posibilidad de respuesta y de defenderse, no existiendo por ende sorpresa alguna en el modo en que fue inculpado, ni mucho menos violación a su defensa. La utilización de la letra "f" ha sido sin dudas un yerro, pues corresponde la letra "b" del articulo 119 último párrafo del CP, el que, en base al principio de *Iura Novit Curia*, en adelante en tales términos quedará, por lo que a la queja presentada sobre el punto no se hará lugar.

Pasaré a evaluar el reclamo que hace la Defensa respecto a la pena impuesta, quien solicita se le imponga a su defendido el mínimo legal.

En tal sentido la Dra. Pérez, en base a las pautas regulatorias de los artículos 40 y 41 del Código Penal, tomando como principio que el mínimo legal parte de los 3 años de prisión para los delitos reprochados, y que el máximo es de 13 años de prisión, sin perjuicio que la Acusadora solicitó se le imponga una pena de 4 años y

seis meses de prisión, le impuso la pena de 3 años y seis meses de prisión. Consideró como atenuante la falta de antecedentes penales del imputado y como agravante, las circunstancias que rodearon los hechos, particularmente la situación de desprotección y vulnerabilidad que sufrió la víctima menor de edad, en tanto los sucesos ocurrieron en tiempo en que la madre estaba ausente del hogar.

Repasado el asunto, entiendo correcta también esta apreciación de la Sentenciante, en tanto por el tiempo de duración de comisión de los hechos (delito continuado), encuadrados en dos tipos penales en concurso real, es que considero justo y razonable se eleve la sanción en seis meses del mínimo legal, un año por debajo de la solicitada por el Ministerio Fiscal. Así lo voto.

Conforme vengo de expresar, juzgo que debe rechazarse la impugnación presentada por el Dr. Defensor, debiendo confirmarse en todos sus términos la sentencia venida en impugnación a este Tribunal, en cuanto condena a R. G. A. a la pena de 3 años y seis meses de prisión, en orden al delito de Abuso sexual simple, agravado por el vínculo, en la modalidad de delito continuado, en concurso real con el delito de Pornografia infantil, ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn, entre el 13 de Noviembre de 2015 y el 19 de Junio de 2018, en perjuicio de su hijo R. X. G. (Arts. 119 último párrafo, letra “b”, 128 4to. y último párrafo, 45 y 55 del CP).

En cuanto a la regulación de los honorarios profesionales del Defensor Particular Dr. G. Del M., encuentro ajustado fijarlos en treinta y seis (36) Jus, por la labor desarrollada en esta etapa, conforme la Ley que regula el asunto.

La Juez Flavia F. TRINCHERI dijo:

Comienza haciendo uso de la palabra el Dr. C. Del M. por la Defensa del señor R. G. A., impugnando la sentencia N° 3467/2019

dictada por la Juez Penal Marcela Alejandra Pérez en fecha veinticinco de noviembre del año dos mil diecinueve, 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 a los delitos de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL VINCULO EN LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO, en concurso real con el delito de PORNOGRAFÍA INFANTIL, ambos en carácter de autor en perjuicio de R. X. G., ocurridos en esta Ciudad de Puerto Madryn entre el trece de noviembre de dos mil quince y el diecinueve de Junio de dos mil dieciocho (Arts. 119 último párrafo en relación al inciso "f", 45, 55 y 128 último párrafo 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 Alejandra Hernández 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 la arbitrariedad de la sentencia, ya que encuentra que la Juzgadora buscó la forma de poder desechar toda la prueba de descargo, sin fundamento.

Alude a los informes agregados a la causa y expresa que el psicodiagnóstico efectuado al menor por la psicóloga forense la Lic. S. R., resulta contrapuesto en sus conclusiones al de la Lic. L. S., como así también a los realizados por psicólogos Lic. M. B. y Lic. D. M. B. quienes atendieron tanto al imputado como al niño y no advirtieron signos de ASI en éste último. Que no encontraron trastorno psíquico en su pupilo y descartan que sea *perverso*.

La intervención de éstos últimos facultativos, obedeció a que había una situación conflictiva familiar que tramitaba en el Juzgado de Familia.

En cuanto a la calificación legal escogida, se agravia que la señora Juez condena por la agravante "por el vínculo" prevista en el inciso B del cuarto párrafo del art. 119 del CP y al citar la normativa, echa mano al inciso F, que agrava la conducta por la convivencia con el menor, circunstancia ésta de la que G. A. nunca pudo defenderse, violándose así el principio de congruencia.

En cuanto a la segunda calificación legal "Pornografía infantil" prevista en el tercer párrafo del Art. 128 del CP hay una gran orfandad probatoria, sólo se cuenta con los dichos del niño, hay datos que en la inspección ocular practicada en la vivienda de su defendido no se corresponden con la versión del menor, siendo diferente también lo expresado en la denuncia por su madre a lo testimoniado en la Cámara Gesell.

Expresa que existen conclusiones a las que llega la Jueza por su propia cuenta, por ejemplo, al interpretar los dibujos que el niño realiza en la entrevista con la Licenciada R.

Se agravia también de la imposición de pena, sosteniendo que tuvo en cuenta sólo una circunstancia atenuante, que existió doble valoración ya que aludió a la convivencia con el menor víctima. Solicita la absolución de su defendido o en su defecto, la imposición del mínimo de la escala penal con cumplimiento de ejecución condicional.

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 R. G. A. Adelanto que coincido y doy razones.

La Juzgadora comienza teniendo por acreditado el vínculo filial con la partida de nacimiento de R. X. G. y el tiempo el niño vivió con su padre desde el 13 de noviembre de 2015 al 19 de junio de 2018 por disposición de la Jueza de familia, Dra. Delma Viani.

Continúa con el testimonio de la denunciante, la señora K. D. C. quien relata como supo por boca del niño las situaciones vividas en la casa paterna. Que estuvo dos años sin ver a su hijo hasta que le permitieron visitas y salidas. Relata acerca del tratamiento psicológico del niño y su evolución.

Conforme surge de los dichos del menor R. X. en Cámara Gesell, se trata de hechos claramente situados en circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Comienza diciendo que su padre le tocaba muy fuerte la cola con un dedo, que lo agarró de los pelos y lo tiró en la cama y él no pudo dormir, que estuvo llorando toda la noche. Que el tocamiento ocurrió estando desnudo por ir a bañarse.

Que sucedía muchas veces, estando en la casa de su papá cuando estaban solos, en la cocina, en el baño, en el comedor, en la cama.

Que él se bañaba solo, pero luego el padre *lo secaba de una forma fea porque me tocaba otra vez, el pitulín, la cola y un montón de partes*.

Al ser preguntado como era su vida habitual, responde que miraba dibujitos pero no mucho porque *su padre lo hacía ver películas "pornográficas" de personas grandes, hombres contra hombres que se besaban y todo eso…. después, eran chicas… que estaban desnudos*. Que después de ver una película, le hacía ver otra.

Tal como sostiene la señora Jueza, del relato del niño surge que existió victimización sexual, maltrato físico y verbal, que las situaciones mortificantes

sucedían muchas veces y también se aprecia la reacción de ambos abuelos paternos cuando él habló de los tocamientos.

En cuanto a la discordancia entre lo denunciado por la señora C. y el relato del niño de la que se queja el Defensor, el mismo no tiene la relevancia que él lo otorga, ese agravio no tiene ningún asidero.

La denunciante al día siguiente que se produce el develamiento de X., concurre a la Comisaría y relata los tocamientos en el ano que le hacía el padre luego que el niño se bañara o después que defecara *para ver si se había limpiado bien la cola*, el maltrato físico y verbal, que el padre le hacía ver películas *cochinas* donde adultos desnudos estaban en la cama; todo ello es concordante con el relato del menor.

Meses después, luego de cesar la convivencia con su padre y tener entrevistas con la psicóloga, el menor declara en Cámara Gesell y es coincidente con todo lo dicho por su madre al denunciar, siendo lógico que no sea un relato absolutamente igual a la denuncia de su mamá.

Seguidamente la A quo pondera el testimonio de la psicóloga forense Lic. S. R., quien mantuvo tres entrevistas con el menor, dio cuenta de los test que aplicó y explicó el relato del niño a través del dibujo y como lo interpreta, advirtiendo que yerra el señor defensor al decir que la Juzgadora concluye por su propia cuenta el significado de esos dibujos.

Concluyó la perito que hubo un relato de abuso sexual infantil que validó, descartó la influencia de terceros pues tanto en la observación como en los dibujos y técnicas, los indicadores hablaban de una victimización. Señaló los indicadores de ASI, descartó indicadores de fabulación y mencionó las secuelas que padecía: enuresis, tartamudeo –al hablar de las situaciones abusivas- pesadillas, inseguridad, rechazo a la figura masculina y un conocimiento sexual precoz.

Como vengo diciendo, la Licenciada da razones de su experticia y de ello se vale la Jueza al sentenciar. Destaca como indicadores específicos de los padecimientos del menor, el dibujo y el relato. A nivel conductal su sufrimiento se manifiesta a través de la somatización y las dificultades para atender en la escuela. Aclara que los indicadores inespecíficos se ligan a muchas causas, pero los indicadores del relato los vincula al abuso. Explica que el tartamudeo no es posible fingirlo ni se produce por estar influenciado.

El Defensor se agravia que la Magistrada sólo ha tenido en cuenta esta prueba y no aquella que la contradice, como ser el informe de la Lic. L. S., quien no declaró en el debate. La Dra. Pérez reseña este documento y a fojas 79 dice:

"Las afirmaciones de la perito no me persuaden. La circunstancia de que quisiera narrar más hechos en la segunda entrevista y la ansiedad que observó no implican que su discurso fuera implantado. Nada dijo de la angustia del niño, ni de los indicadores somáticos al tratar la temática abusiva… Tampoco resulta posible que el relato implantado se traduzca en los dibujos que simbolizaron sucesos disvaliosos para el niño…."

A continuación, se ocupa de la intervención de los psicólogos D. M. B. y M. B. quienes atendieron al niño en forma conjunta entre los años 2013 y 2017 de manera discontinua por disposición de la Jueza de Familia. Toma nota de lo dicho por éstos y luego, a fojas 79/vta merita qué valor convictivo puede darle al aporte de estos profesionales. *"…llevaron adelante una intervención con intermitencias vinculado a la problemática parental y permitieron conocer las enormes desavenencias entre los progenitores. Si bien fueron ilustrativos de la problemática parental, nada han aportado con relación a los hechos que nos ocupan. Su afirmación de no haber*

hallado en el marco de su labor profesional indicadores de abuso sexual, no implica que no los hubiera; pues su tarea estuvo centrada en la revinculación con la madre, durante el período de tiempo que se le achaca los hechos de abuso a G. La circunstancia de ser influenciado por el padre con el que el niño estaba, conforme narran los psicólogos, sobre con quien prefería estar, no puede ser trasladado al caso de marras, donde ha existido un relato sostenido en el tiempo…".

A renglón seguido, la Jueza explica que al realizar una inspección ocular en la vivienda del imputado, se encuentran los autos de colección guardados en cajas y al ser esto coincidente con lo que dice el menor en Camara Gesell acerca de los juguetes, tiene por corroborados sus dichos. El Defensor se queja de este mérito ya que pondera de cargo este hallazgo de juguetes y no que en la habitación había dos camas y el niño dice que había una.

En las placas fotográficas, efectivamente se ve una gran cantidad –no menos de cincuenta- de autos de colección en cajas cerradas y apiladas. Con acierto, la Juzgadora a esta circunstancia le otorga un valor indiciario, relacionado con que el niño dice la verdad y no tiene un relato implantado. Que haya una o dos camas en un dormitorio, no resulta tan relevante, máxime con el tiempo transcurrido entre la denuncia y la inspección, es posible que hayan agregado una cama al mobiliario. El agravio del defensor no tiene sustento para desacreditar el razonamiento al que arriba la Magistrada.

En el debate depusieron los profesionales médicos que atendieron a X. por fimosis. El Dr. J. P. le realizó la intervención quirúrgica y la Dra. C., le prescribió una crema, un corticoide tópico para aplicar en la herida luego de la operación. De acuerdo a sus testimonios y preguntas que se le efectuaran, la A quo descartó que el tocamiento en el ano sea parte de una indicación médica post operatoria del prepucio del niño.

Al deponer R. G. A. niega las imputaciones que pesan sobre él y justifica el tocamiento en el ano de X. porque tenía problemas de constipación. Como dijera renglón arriba, a fojas 81 con justeza y fundamento en la prueba rendida, la Jueza concluye que *"…no se ha acreditado ninguna justificación terapéutica o de higiene y cuidado del niño que explique el comportamiento por el que ha sido intimado".*

Ocupándome del agravio del Defensor en cuanto a la violación del principio de congruencia por parte de la Juzgadora al aludir a las agravantes del art. 119 del CP, -argumento nuevo que introduce en contraposición a lo dispuesto por el Art. 385 tercer párrafo del CPP- no ha de prosperar.

En razón que el Resolutorio en cuestión reza Art. *119 párrafo último en relación al inciso f,* el Dr. Del M. sostiene que su pupilo nunca fue imputado por el agravante de la convivencia y ello, le causa sorpresa. Ello no se ajusta a la imputación de la pieza acusatoria donde expresamente dice: *Desde el día 13/11/2015 el menor R. X. G. quedó al cuidado exclusivo de su padre R. G. A. en el domicilio paterno…* surgiendo sin lugar a dudas que desde un comienzo del proceso supo de la imputación donde quedaba comprendido el vínculo filial y la convivencia, descartando alguna sorpresa. Al mismo tiempo, en la sentencia se aprecia que la Magistrada, ha tenido en cuenta el vínculo tanto como prueba documental – comienza con la partida de nacimiento del menor- como a través del resto del plexo probatorio; X. se encontraba viviendo con su padre, a su exclusivo cuidado por disposición de la Jueza de Familia Dra. Viani; por lo que este argumento, se desvanece.

Sin perjuicio de ello encuentro que sindicar el inciso "f" como agravante, ha sido un error en razón que en primer lugar corresponde el inciso "b", detalle éste sin

mayor relevancia si además tenemos en cuenta que la conducta encuadra en los dos supuestos, encontrándonos ante un supuesto de concurso aparente.

Para una correcta aplicación de la norma y conforme el principio *Iura Novit Curia*, en la parte resolutiva quedará el inciso "b" del Art. 119 último párrafo del Código Penal.

Por último, en cuanto a la pena ha de desecharse la queja consistente en que hay doble valoración como sostiene el Defensor al tener en cuenta que el vínculo paterno y convivencia con la víctima en la ponderación del Tribunal. No es así, la Jueza es clara al decir a fojas 83 *Considero que la circunstancia de que el niño prácticamente no tuvo contacto con su madre durante ese período implicó un matiz diferencial que lo colocó en una situación de mayor desprotección y vulnerabilidad, que fue aprovechada por el imputado y pone de relieve un accionar más gravoso….*

Habla de la particular situación de vulnerabilidad del menor por su falta de contacto con la madre, no alude específicamente a que el hecho era a manos del padre con quien además convivía.

La Magistrada, conforme la manda de los Arts. 40 y 41 consideró como circunstancia atenuante, la falta de antecedentes del imputado. Como agravante, lo ya dicho en oportunidad de descartar la doble valoración además del tiempo de duración de las conductas disvaliosas, por lo que encuentro ajustado al caso el monto en que se apartara del mínimo legal.

Por todo lo expuesto, debe confirmarse en todo la presente sentencia, encontrando justa la imposición de la pena de Tres años y seis meses, accesorias legales y costas, a R. G. A., en orden al delito de abuso sexual simple agravo por el vínculo en la modalidad de delito continuado en concurso real con el delito de pornografía infantil, en carácter de autor, por el hecho ocurrido en la ciudad de Puerto Madryn el día 13 de Noviembre de 2015 y 19 de Junio de 2018 (Arts. 5,

12, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55, 128, cuarto y último párrafo y 119, último párrafo, en relación al inc. "b" del Código Penal. 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. Así voto.-

El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:

Omitiré realizar un descripción de los agravios vertidos en la presente impugnación, en atención a la detallada relación de los mismos, efectuada al comienzo de la presente sentencia, a cuyos términos me remitiré en su integridad.-

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) deducida por el Defensor del imputado R. G. A., Dr. C. G. D. M., contra la sentencia dictada en su contra, el día 25 de noviembre de 2019 y que condenara al nombrado como autor material y penalmente responsable de los delitos de Abuso sexual simple agravado por el vínculo en la modalidad de delito continuado en concurso real con el delito de pornografía infantil (Arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55 y 128 último párrafo y 119 párrafo último en relación al inc. "f" del Código Penal) a la pena de tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por los hechos ocurridos entre el 13 de Noviembre de 2015 y 19 de junio de 2018 en perjuicio de R.X.G.

En la audiencia prescripta por el art. 385 del C.P.P. el Dr. D. M. ratificó los agravios postulados y amplió los fundamentos vertidos por escrito, haciendo su responde la Titular de la acción pública.-

En su primer agravio, el Defensor, indica que la Magistrada habría incurrido en una arbitraria valoración de la prueba, descartando toda otra que pudiera ser de descargo, sin explicación alguna por parte de la misma.

En esa senda critica la ponderación que hiciera la Magistrada de los testimonios de los Lic. D. M. B. y M. E. B., los cuales, a su entender, eran esenciales a fin de poder dirimir las conclusiones disímiles entre la Lic. R. y la perito de parte de la Defensa.

Puesto a resolver este agravio considero que la Jueza Pérez ha dado razones suficientes que establecen los motivos que la llevaron a preferir los dichos del niño y las conclusiones de la Lic. R. por sobre la declaración del imputado y lo dictaminado por la Lic. S. -Perito de la defensa- como así también el valor probatorio que le asignó a la intervención que les cupo a otros profesionales como los Licenciados B.

Con relación a la Perito Psicóloga de la defensa, la Magistrada dijo: *"Las afirmaciones de la perito no me persuaden. La circunstancia de que quisiera narrar más hechos en la segunda entrevista y la ansiedad que observó; no implican que su discurso fuera implantado. Nada dijo de la angustia del niño, ni de los indicadores somáticos al tratar la temática abusiva, que como afirmara la psicóloga forense no se pueden fingir. Tampoco resulta posible que el relato implantado se traduzca en los dibujos que simbolizaron sucesos disvaliosos para el niño, como el maltrato físico (trabas que lo hacen caer, golpes en la espalda, patadas) el maltrato al hermanito (le tira pedos en la cara) y dos episodios de maltrato sexual (me puso el dedo en el potito). Cabe destacar que los dibujos son formas de expresión que permiten a los niños contar experiencias dolorosas y así lo ha hecho X., como señaló la Lic. R., fue un dibujo expresivo, espontáneo y transmitió su sentimiento de tristeza, esto no pudo ser implantado. Por todo ello he de apartarme del dictamen*

de la Lic. S. que considera la posibilidad de que el relato haya sido creado por su madre".

La Jueza lejos de soslayar la ponderación de la prueba ofrecida por la defensa, le asigna su adecuado valor conforme los postulados de la sana crítica racional.

En ese sentido, la Magistrada al juzgar los testimonios de la Lic. D. M. B. y M. E. B. indica que: *"Los mencionados profesionales llevaron adelante una intervención con intermitencias vinculado a la problemática parental y permitieron conocer las enormes desavenencias entre los progenitores. Si bien fueron ilustrativos de la problemática parental, nada han aportado con relación a los hechos que nos ocupan. Su afirmación de no haber hallado en el marco de su labor profesional indicadores de abuso sexual, no implica que no los hubiera; pues su tarea estuvo centrada en la revinculación con la madre, durante el período de tiempo que se le achaca los hechos de abuso a G.".*

Vale decir, el dato dirimente para juzgar los aportes de los Lic. B. no ha sido sólo su intermitencia - como aduce la destacada defensa- sino más bien, que la tarea que realizaran estuvo *"centrada en la revinculación con la madre"* como ya expresara. Sin embargo, la Jueza no deja ningún cabo suelto y le otorga el verdadero sentido al aporte efectuado por dichos profesionales en cuanto a lo influenciable que es el niño. En ese sentido, indica en su sentencia que: *"La circunstancia de ser influenciado por el padre con el que el niño estaba, conforme narraron los psicólogos, sobre con quien prefería estar, no puede ser trasladado al caso de marras, donde ha existido un relato sostenido en el tiempo. Debe distinguirse la influencia del progenitor con el que se encuentra el niño sobre preferencias que*

fueron fácilmente observadas por los operadores, con implantar un relato, que además lo habría efectuado quien no convivía con el niño y tenía visitas acotadas."(el subrayado me pertenece).-

El Dr. Del M., en su trabajosa defensa, se queja que la Magistrada no habría hecho mérito de la inspección ocular realizada. Señala que no se habrían encontrado películas pornográficas. Con relación a ello, debo decir que la inexistencia de dicho material no es óbice para que se configure la hipótesis llevada adelante por la Fiscalía, ya que se puede acceder al material aludido con cualquier dispositivo electrónico que tenga acceso a internet. La cuestión que no logra despejar la defensa, es que un niño de siete años narre haber visto junto a su padre películas de "*hombres contra hombres que se besaban y de chicas*" si alguna vez no las ha visto. Lejos de la arbitrariedad la Jueza pondera la inspección ocular solicitada por la defensa señalando que: *"Del informe fotográfico efectuado N° 299/18 se puede constatar la presencia de varios autos de colección guardados en su caja. X. en la cámara gessell afirmó con relación a su papá "me compraba juguetes y me los hacía ver de adorno... yo jugaba con otros juguetes rotos. Claramente las fotografías corroboran los dichos del niño. Ergo, no fueron implantados."*

El Defensor, en su libelo recursivo, criticando la sentencia, afirma que la Jueza cuando trata los tocamientos del pene al niño por parte del padre - y los trata como una cuestión médica- no hace mención que el niño lo señaló como un abuso y que lo veía mal, lo que determina -a su juicio- no la credibilidad del menor, sino la influencia que su relato tiene.

En ese sentido, juzgo que la crítica realizada por la defensa no puede prosperar, dado que, si nos atenemos a lo dicho por la Magistrada en su sentencia,

sólo se puede advertir, como razonadamente y con irreprochable imparcialidad toma algunos elementos de prueba y descarta otros.

Así la Jueza al referirse a las afirmaciones del niño que su padre le tocaba su pene, indica que: *"Pondero a tal fin la declaración de los Dres P. y C., quienes refirieron que X. presentaba fimosis, esto es, estrechez del prepucio. La Dra. C. en el marco del control del niño sano, prescribió un corticoide tópico durante un mes (se trataba de una crema que se coloca retrayendo suavemente la piel del prepucio) para ver si la estrechez revertía y lo derivó al cirujano. Por su parte el Dr. P. debió practicar la intervención quirúrgica, pues la estrechez no revirtió. Indicó durante el posoperatorio retraer el prepucio seis a siete veces al día para evitar la cicatrización. Esto me permite afirmar que efectivamente el niño decía la verdad cuando afirmó que su papá le tocaba el pitilín. Claro está que se trataba de una indicación médica y por lo tanto, no le fue imputado este comportamiento por parte de la Fiscalía. Ahora bien, ¿pudo el tocamiento del ano corresponder a una práctica médica? Los mencionados profesionales a preguntas de la Fiscal negaron haber dado esa indicación en razón del tratamiento de la fimosis."*

La Magistrada ha tenido en cuenta para arribar a la certeza que exige toda sentencia condenatoria los dichos del niño, los cuales se han mantenido conservados a los largo del tiempo.

La Psicóloga forense, a través de tres entrevistas, le aplicó al niño test de Bender, persona bajo la lluvia, inventario de frases sobre maltrato infantil, test de casa, árbol, persona, validación del relato y dibujo de la escena traumática

La Pericia efectuada por la Lic. R., quien ratificó la misma durante el debate, estableció que el relato del niño fue de un abuso sexual el cual validó ampliamente.

Así las cosas, considero que la Dra. Pérez ha llegado a la justicia del caso al condenar al imputado por los hechos por los cuales se lo intimara en la acusación. Asi lo voto.

Respecto al agravio que el Dr. Del M. ingresó en la audiencia celebrada en el marco del Art. 385 del CPP, referido al yerro de la Magistrada cuando, al analizar la figura penal, motiva por una agravante (convivencia preexistente), pero condena por otra (vínculo), diré que existe en este caso un concurso aparente de leyes. Por un lado, se da lo estipulado en el cuarto párrafo del Art. 119, inc "b" del CP, es decir, el hecho fue cometido por un ascendiente (el padre del niño), pero a la vez se configura lo establecido por el inc. "f" del mencionado artículo, ya que el autor era conviviente con un menor de dieciocho años, al momento de perpetrarse los hechos.

Ahora bien, a fin de remediar este concurso aparente se acude al principio de especialidad, el que establece que se debe preferir el tipo penal que abarque las mismas características del otro, más una complementaria. Si analizamos el presente caso, R. G. A. convivía con un menor de dieciocho años que, además, era su hijo.

La Magistrada, correctamente, hizo mención a esta situación particular -que indudablemente agrava el injusto-, recurriendo correctamente a la calificación jurídica del inc. "b" del artículo en cuestión, conforme el ya mencionado principio de especialidad.

Más allá que todo ello hace que se descarte el agravio mencionado, debo dejar sentado que el Defensor se apartó de la disposición de nuestro Código de Rito, en tanto que no puede ingresarse nuevos motivos, no indicados en su impugnación, conforme lo establece el Art. 385 del CPP, segundo párrafo, cuando establece que,

en la audiencia aludida, las Partes "… *podrán ampliar la fundamentación o desistir de algunos motivos, pero no podrán introducir nuevos*.".

Así las cosas, el presente agravio también será desechado. Así lo voto.

Con relación a la pena, considero que tampoco podrá tener acogida favorable la queja que realizará el Sr. Defensor. Fundamento.

El mínimo de la escala penal es de tres años, mientras que el máximo conforme la escala penal que se debe aplicar por el concurso material de delitos es de trece años.-

Teniendo en cuenta que se trata de un concurso real entre un delito abuso sexual simple calificado en la modalidad de delito continuado el cual concursa realmente con el delito de pornografía infantil, debido a la magnitud del injusto (conforme lo establece el artículo 41 inc. 1° del C. Penal) debemos entender que el mismo se debe apartar del mínimo legal -única posibilidad- que podría permitir que la pena sea de ejecución condicional. Además, la Magistrada ha tenido en cuenta como lo indicara la Titular de la acción pública- que el imputado se aprovechó de la vulnerabilidad emocional en que se encontraba el niño quien no tenía vínculo con su madre. Por ello, dado que la pena sólo se aparta en seis meses del mínimo legal considero que la misma es ajustada al caso.

Por todo lo expuesto, debe confirmarse en todo la presente sentencia, encontrando justa la imposición de la pena de Tres años y seis meses, accesorias legales y costas, a R. G. A., en orden al delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo en la modalidad de delito continuado en concurso real con el delito de pornografía infantil, en carácter de autor, por el hecho ocurrido en la ciudad de Puerto Madryn el día 13 de Noviembre de 2015 y 19 de Junio de 2018 (Arts. 5, 12,

29 inc. 3, 40, 41, 45, 55, 128, cuarto y último párrafo y 119, último párrafo, en relación al inc. “b” del Código Penal). Así lo voto.

Respecto a la regulación de honorarios, comparto lo propuesto por el Juez que lidera el Acuerdo. - Así lo voto.

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

FALLO:

1) RECHAZAR la impugnación ordinaria deducida por la Defensa de R. G. A. a cargo del Abogado Particular, Dr. C. del M., con costas -Arts. 385 y cc. del CPP-.

2) CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 68/84 de fecha 25 de noviembre del 2019, registrada bajo el Nro. 3467/19 OFIJUD, en orden al delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo en la modalidad de delito continuado en concurso real con el delito de pornografía infantil, en carácter de autor (Arts. 5, 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55, 128, cuarto y último párrafo y 119, último párrafo, en relación al inc. “b” del Código Penal)**.**

3) REGULAR los honorarios profesionales del Dr. C. G. D.M. en la suma de treinta y seis (36) Jus (Arts. 7, 9 14 y cctes. de la Ley XIII Nº 4, antes Nº 2200, decreto ley 4335 y art, 59 de la Ley V Nº 90, antes Nº 4920)

4) REGISTRESE, protocolícese, notifíquese mediante sistema informático a las Partes, remitiéndose asimismo cédula de notificación al domicilio del imputado, a los fines de su publicidad. Acuerdo Plenario 8464/2020, PEN N° 297/2020.-

Rafael LUCCHELLI — Presidente del Tribunal

Leonardo Marcelo PITCOVSKY — Juez de Cámara

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

CAMARA EN LO PENALPUERTO MADRYN

Flavia Fabiana TRINCHERI

Juez de Cámara

Ante Mí:

Corina FRANCO
Secretaria de Cámara

Registrada bajo el N° 08/2020. CPPM.

Corina FRANCO Secretaria de Cámara