

//nos Aires, 2 de julio de 2019.

AUTOS Y VISTOS:

Se encuentra a estudio del Tribunal el recurso interpuesto a fs. 322/325 vta. por la parte querellante contra el auto de fs. 303/320 que dispuso el sobreseimiento de J. G. H. G.

Celebrada la audiencia contemplada en el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, la Sala pasó a deliberar en los términos del artículo 455 del mismo cuerpo legal.

Y CONSIDERANDO:

I. Análisis y comentarios concomitantes con los antecedentes del caso, la labor jurisdiccional desarrollada, elementos de prueba obtenidos y las debidas conclusiones del Tribunal:

En la anterior intervención del Tribunal (ver fs. 203) se revocó el sobreseimiento oportunamente dictado, con el fin de armonizar en lo posible ciertas opiniones divergentes de las expertas que se pronunciaron en autos. Para ello, se estimó conducente escuchar a las especialistas del Cuerpo Médico Forense en declaración testimonial y disponer la convocatoria a una junta médica con el objeto de que se expidiera sobre las conclusiones de los informes psicológicos y psiquiátricos producidos oficialmente y las observaciones que sobre ellos realizaran las profesionales que actuaran por la parte querellante.

Analizada detenidamente entonces la prueba testifical ampliatoria incorporada con posterioridad a dicha decisión (fs. 216/218 vta., 234/237, 238/239, 244/245), junto a los estudios periciales conjuntos ahora logrados a fs. 260/262 y 276/284 y los restantes elementos que ya constaban en autos, todo promueve a adelantar que el nuevo material incorporado no arrojó resultados favorables para apuntalar un juicio de probabilidad en los términos del artículo 306 del digesto ritual –cuya instrumentación siquiera fue pretendida en esta nueva oportunidad por la apelante– pero en cambio resultó de utilidad para esclarecer las aparentes divergencias y presumir que en el actual estadio se encuentra consolidada la certeza negativa a favor del encausado.

En este sentido, el análisis de lo denunciado debe centrarse inicialmente en las manifestaciones de la niña L. expuestas a su madre y luego conocidas en estas actuaciones a través de su relato en el ámbito de la Cámara Gesell.

Es así que la progenitora de la menor, N. G. A., expuso en la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (acto que complementa y amplía la denuncia inicial de fs. 2/3 también tomada en cuenta) , que el 1° de mayo de 2017 su hija, de 3 años de edad para aquel entonces, le había revelado, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar a que aludiera, que su padre, J. G. H. G., le tocaba su vagina, denominando a esta zona corporal femenina con lenguaje infantil, a la par de frotarse con su mano dicho órgano genital (fs. 2/3 y 13/16) cuando la levantaba para llevarla al baño durante las noches que pernoctaba en casa del imputado. Cabe agregar que los padres de la menor se encontraban separados desde principios de 2014 y habían convenido extrajudicialmente que aquélla pernoctaría en un comienzo *“fin de semana por medio”*, para luego extender este acuerdo a tres veces por semana ante el pedido de la madre al haber iniciado ella una nueva relación de pareja, a partir de lo cual comenzó a notar en su hija *“cambios de humor, mayor agresividad de su parte, de no respetar los límites...de violentarme a mí, de responder con golpes o con gritarme”*.

Asimismo, el disco compacto reservado en Secretaría da cuenta de lo expresado por la infante ante la Licenciada Isabel Gens, ocasión en la que afirmó haber sido tocada en *“la chuchi”* y en *“el culo”* por su padre durante las noches, cuando se quedaba en su hogar.

Sin menoscabar la relevancia que el relato de una niña de tan corta edad reviste en las investigaciones sobre este tipo de sucesos, ocurridos en su mayoría en la intimidad y fuera de la vista de terceros, las conclusiones a las que se arriben acerca de la posible comisión de un delito deben estar precedidas de un análisis conjunto y a la luz de la sana crítica de todo el material probatorio integrado al expediente. Para mejor desarrollo del análisis de este caso, habrá de tomarse en cuenta, a modo de guía procedimental, la opinión de la doctrina especializada en derechos y garantías de menores víctimas en el proceso, que remite asimismo a criterios reconocidos de la psicología, en

cuanto “*El problema está en que, en casos de abuso infantil, concurren por lo general una serie de circunstancias que dificultan su constatación. Así, normalmente no hay testigos visuales del abuso, los acusados no suelen confesar, en ocasiones los padres pueden negar que haya sucedido el abuso (Raskin y Steller, 1989)... y que “...los delitos contra la integridad sexual son ilícitos que por lo general se cometen en circunstancias de lugar donde resulta casi imposible contar con testigos presenciales del hecho, más allá de la propia víctima, razón por la cual será el eje central de la investigación el análisis –conforme a las pautas de la sana crítica racional– del propio testimonio de la víctima...al cual deberán ir agregándose como material probatorio otros elementos de prueba fundamentales para la acreditación de este tipo de sucesos [peritaje psicológico/psiquiátricos, informes médicos, informes genéticos –ADN–, etc.] y otros elementos de tipo indiciario (como testimonios de allegados, familiares, maestros, terapeutas, etc.)...(González Da Silva, Gabriel, “Niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, pág. 392).*

Cabe igualmente agregar que en los episodios de violencia contra la mujer es necesario adoptar un estándar probatorio amplio (conforme a la manda del artículo 31 de la ley 26.482 en función –para este caso– de la ley 26.061), pero aun la vasta permisión de estas normas para habilitar la libre decisión del juzgador se ve acotada por el resguardo de las garantías procesales inherentes a los derechos del imputado. Es por ello que lo referido por la menor L. –cuya verosimilitud ha sido avalada– constituye *prima facie* un elemento indicativo de la existencia de una conducta que podría fundar el aspecto objetivo del delito atribuido, que debe conciliarse con los cuantiosos peritajes realizados y los testimonios ampliatorios obtenidos en el expediente, para determinar si es dable interpretar que el tipo penal (de carácter complejo, con una faz objetiva y otra a desentrañar como lo es la subjetiva) se ha verificado en el caso.

Se amerita para esta consecución lo testificado por la licenciada Isabel Gens del Departamento de Psicología del Cuerpo Médico Forense (profesional que asumiera la entrevista en Cámara Gesell, conforme se puede constatar a fs. 68/73), que un niño de la edad de L. “...a veces toma a partir del

adulto lo que está bien o lo que está mal. El chico puede describir alguna situación, pero el valor o significado le llega a través del adulto (...) Un chico puede decir que fue tocado, señalar la parte del cuerpo, pero la intención es decodificada por un adulto". En el específico caso de la entrevistada, refirió que ésta "...Decía estar enojada con el papá pero no se observó resonancia emocional con las situaciones verbalizadas". Es importante destacar que esta profesional dijo haber advertido inconsistencias "entre el relato que prestó la mamá acerca de lo que la niña dijo y el que dio la nena". Éstas fueron aclaradas a pedido de la defensa, presente en el acto de su declaración, de siguiente modo: "una tiene que ver cuando cita a los problemas que tenía con su papá, esto tiene que ver con una contaminación post evento. La otra cuando ella me dijo 'me tocaba en la noche la chuchi' y yo le preguntó que le decía a su papá y ella dijo que le decía 'papi no me hagas más y el seguía'. Mientras que en la declaración de la OVD la madre decía que el papá la dejaba de tocar cuando la nena se lo decía" (fs. 238/239).

También es claramente firme e ilustrativo lo declarado a fs. 234/237 por la licenciada Claudia Egle Fortich (integrante del Área Infanto-Juvenil del Departamento de Psicología del Cuerpo Médico Forense), quien suscribiera en forma conjunta el informe psicodiagnóstico con las peritos designadas por la defensa, M. V. y por la querrela, P. S. A. (fs. 62/67), en cuanto a las influencias que pudieran haber incidido en el relato de la niña, pues expresó literalmente "no puedo decir específicamente quien pudiera haberla influenciado a la niña pero si puedo decir que los niños a esa edad son influenciados por las figuras más relevantes, que son los padres. En el caso de L. concretamente de la entrevista que tuve con la madre surgió que le hizo preguntas en referencia a lo que la niña dijo en relación al tocamiento del padre, lo cual probablemente comience a contaminar el discurso de L. como sucedería ante cualquier niño de esa edad ante un interrogatorio así". Sobre esta fundamental exposición, habrá de volverse más adelante.

La especialista en Psicología Jurídica. licenciada Mirta Elena Vago –propuesta por la defensa– se expidió en su ampliación de fs. 79/81 y 82/83 de manera coincidente con lo expuesto por la licenciada Fortich –en especial valorando la metodología y los resultados obtenidos– para explicar

luego su inteligencia sobre lo asentado específicamente en la parte final de la labor conjunta emprendida con aquélla y la experta de la querrela (fs. 62/67) en lo referente a que *“la niña habría vivenciado el hecho que relatara como intrusivo, y displacentero”* entendiendo *“que se relaciona con la falta de control de esfínteres de la niña y el accionar contradictorio utilizado por sus progenitores”*, y seguidamente verter en el párrafo siguiente su visión profesional sobre este aspecto.

Así las cosas, al profundizar el análisis de la prueba reunida, cabe consultar la versión del encartado, quien, si bien reconoció que pudo haber tocado a su hija, otorgó a esta conducta otro significado, pues describió en detalle que lo debió hacer obligadamente al asumir el cuidado integral de la niña que quedaba a su cargo ciertos días de la semana, a raíz de lo acordado de común acuerdo con la querellante. Ello incluía atender sobradamente su aseo personal, el que por su corta edad no estaba en condiciones de realizar por sí misma. Tal cometido implicaba necesariamente manipular sus partes pudendas para su higiene integral, lo que habría ocurrido, según sus propios dichos, infinidad de veces, restándole a esta actividad cualquier tipo de connotación impúdica de su parte por ser su padre.

Sobre este particular, el inculpado dijo literalmente: *“...L. está conmigo desde que nos separamos de N., desde sus 5 meses de edad, y está conmigo la mitad del tiempo de su vida, de su existencia. Y muchas veces le he tocado la chuchi, el culo, la he higienizado, desde muy bebé, cambiándole el pañal, le he limpiado la chuchi y el culo, bañado infinidad de veces, la he cambiado, quiero decir soy su papá, esto sucedió infinidad de veces”*. Aludió también a la diferencia de criterios que tenía con la denunciante acerca del problema de su hija para controlar esfínteres, reconociendo una responsabilidad conjunta sobre esta cuestión por la falta de comunicación que tenía con su ex pareja. Así, dijo haber decidido *“quitarle el pañal, aún cuando esto significara que se hiciera pis alguna vez en la cama. Y efectivamente, algunas veces se hacía pis en la cama, dos veces en una noche, entonces en esos momentos, se largaba a llorar...entonces la levantaba, la acostaba en la otra camita, le cambiaba las sábanas y la volvía a acostar en su cama...Muchas veces lo hacía, dos veces, hacía pis antes de acostarse, después si yo estaba despierto la*

levantaba y la llevaba a hacer pis y después la devolvía a su cama, y sino me levantaba a mitad de la noche para llevarla...paralelamente, su mamá en su casa, lo que hacía era hacerla dormir y una vez dormida le ponía un pañal y sacárselo antes de que se despierte...". Para complementar este cuadro, vale retornar a los dichos de la licenciada Claudia Egle Fortich, precisamente a fs. 234 vta.: *"Otra cosa importante es que había un tema de enuresis en la nena y los padres no se ponían de acuerdo. Había discrepancia, el Padre decía que no había que ponerle pañales a la noche y la madre se los ponía. La nena decía que cuando...era despertada para ir al baño, el papa le sacaba la calcita y también dijo ella que dormía sin pantalón. Es decir el relato de la niña en el que se refería que había sido tocada por su padre ubicaba esta situación en el contexto de ser despertada para ir al baño. En la entrevista informativa la madre dijo que era en ese contexto que el padre la tocaba".* Preguntada si los niños de esta edad pueden referirse a tocamientos sin ser conductas abusivas, la deponente expresó: *"es muy probable que con el tema de control de esfínteres la nena hubiere contado a la madre, lo que pasa que la madre se desesperó con ese relato, pero esto es hipotético. La nena lo vivió como intrusivo y displacentero, pero el valor del abuso se lo dio el adulto. Un nene chiquito no sabe de sexualidad...la nena lo vivió como displacentero pero no es indicador de vivencia de abuso sexual* (el resaltado no está incluido en el texto original)

En lo referente a estado psíquico del imputado, debe tomarse en cuenta la opinión de los expertos que han intervenido en la causa. Al respecto, se han expedido integrantes del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional como el Dr. Juan Carlos Romi (fs. 135/139) y el licenciado Pedro Ceruti Picasso, conjuntamente y con la conformidad de sus observaciones por la profesional que representa a la defensa, M. E. V. (fs. 140/143), las peritos Francisca Ramona Bressanelli por la querella (fs. 177/180), así como también las nombradas en último término junto al licenciado Carlos D. Carini y la Dra. Mónica M. Santamarina, pertenecientes a la referida dependencia oficial (fs. 276/284).

El psiquiatra Romi señaló que *"De los antecedentes recabados no surgen evidencias médico fehacientes de perturbaciones sexuales tanto cualitativas (disfunciones) como cualitativas (desviaciones o parafilias)*

manifiestas desde el punto de vista clínico psiquiátrico”, encuadrando sus facultades mentales dentro de la normalidad psicojurídica (ver puntualmente consideraciones médico legales de fs. 138), disponiendo, para profundizar el perfil de la personalidad analizado, un posterior estudio psicológico.

De tal modo, en el inicial dictamen de los especialistas en esta última disciplina (fs. 140/143), suscripto por los referidos Ceruti Picasso (psicólogo forense) y Vago (psicóloga por la defensa), no se detectaron en el sometido a proceso indicadores compatibles con trastornos o perturbaciones en el área de la sexualidad, más allá de presentar una estructura de personalidad con rasgos de inmadurez emocional y labilidad afectiva, una modalidad defensiva rígida con la implementación de mecanismos de proyección, colocando en el afuera aquellos aspectos de sí mismo que le resultan displacenteros, dinámica que no le permite adoptar una actitud de autocrítica a los fines de poder implicarse subjetivamente, lo que repercute en el establecimiento de sus vínculos, y una marcada tensión y ansiedad posiblemente vinculada a los hechos que se investigan. A fs. 177/180 se incorporó la disidencia parcial de la experta Bressanelli, quien en cambio aludió a la existencia de una conflictiva inherente a su sexualidad, de acuerdo al resultado de la elaboración del test de Rorschach por parte del imputado. Al explayarse sobre ello en su declaración testimonial (fs. 244/245), detalló haberle llamado la atención que el entrevistado perseveró en “la figura de la mariposa” en siete de diez láminas, lo que consideró fuera de lo habitual por su simbolismo y educación, extremo que hubiera querido debatir con sus colegas, lo que no pudo hacer debido a una comunicación infructuosa con éstos (ver lo explicado por el licenciado Cerruti Picasso a fs. 144, que la declarante refuta como falta de noticia sobre la deliberación referente al informe que se le anticipara). No obstante, se entiende que esta desinteligencia quedó zanjada con su ulterior intervención en la junta celebrada a fs. 276/284, donde finalmente pudo discutir con los restantes profesionales que la integraran y suscribir el informe conjunto que ratificó la ausencia de signo-sintomatología de perturbaciones sexuales en relación a J. G. H. G., por lo que sus objeciones aparecen ahora superadas. Igualmente, cabe aludir a su primigenia interpretación (fs. 180) en cuanto la aludida perseveración del encausado en el

aspecto “Mariposa” le sugería un conflicto con su propia sexualidad. También estimó que en su discurso había un uso excesivo del diminutivo, que a su juicio da cuenta de un manejo de la agresividad a través de formaciones reactivas y autorreferencias, pérdidas de distancia e indicadores de inseguridad y que *“se trataría de un sujeto hipercontrolado, con necesidad de controlar todo, dando la sensación en algunos momentos del psicodiagnóstico de tener sus respuestas preparadas, estudiadas y aprendidas”* (...) *“con indicadores de hostilidad encubierta y mecanismos medianamente eficaces en el control”* (...) *“Es decir, ante ciertos estímulos, sus mecanismos de control resultan ineficaces, emergiendo sus pulsiones agresivas”*. Completa estas observaciones exactamente a fs. 244 vta., pues le *“parece un exceso en su defensa y es esperable que reaccione defensivamente dada su situación en el proceso, pero fue exagerado. Me dio que pensar porque se defiende tanto, qué aspecto de su personalidad no quiere mostrar o quiere ocultar. Mariposa tiene que ver con lo femenino, puede hacer referencia a conflictivas con su identidad sexual y/o su posición con relación a lo femenino. En general este símbolo es elegido por las mujeres y los varones eligen Murciélago por ejemplo...Mariposa tiene que ver con lo frágil y etéreo y su posición con respecto a lo femenino, no me pareció un dato menor conforme a los investigados”*.

Ante esta desinteligencia de criterios, circunstancia habitual en un trabajo conjunto de la naturaleza del realizado, reconocida por la misma exponente cuando admite a fs. 244 vta., *“ningún indicador de ninguna técnica psicodiagnóstica es unívoco”* el cuadro pericial probatorio hasta ahora examinado es ya mayoritariamente propicio a la situación procesal de J. G. H. G.

Pero corresponde lógicamente agotar el examen de los restantes elementos con que se cuenta en autos, tales como los estudios realizados respecto de la niña L. por la licenciada Isabel Gens, conductora de la entrevista llevada a cabo en los términos del artículo 250 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación (ver fs. 68/73, su transcripción con algunas deficiencias de fs. 84 y su registro en el disco compacto que ha sido consultado detenidamente por el Tribunal), quien a fs. 149/150 consideró que su relato impresiona como de probable verosimilitud, extremo no controvertido en autos, aun cuando la

metodología del acto en cuestión haya sido criticada por la entonces perito de la querrela, Paula Sánchez Ayala, que en forma errónea se arroga su representación de la “defensa” (ver inicio de escrito glosado a 106/111), pues básicamente fue dirigido a ilustrar sobre la normativa y protocolos para la elaboración de un informe sobre este tipo de diligencia técnica. Empero cuestionara allí a su colega Gens por cuanto ésta no se había expedido sobre la valoración del testimonio registrado *“porque no había sido explícitamente solicitada”*, misión que luego fue cumplimentada ante su petición expresa por la experta oficial de referencia.

Es de realzar también que a fs. 62/67 se agregó un informe suscripto en forma conjunta por las ya mencionadas profesionales Fortich, Vago y Sánchez Ayala, en el cual se asentaron las expresiones más relevantes de la menor que conciernen al hecho denunciado.

El saldo de este trabajo puede resumirse en varios puntos de utilidad para adosar al panorama de pruebas ya consignado, tales como que no surgieron de su examen indicadores de una tendencia a la fabulación por la entrevistada; que su intuición acerca de los tocamientos de su padre, conocida a través de la primera develación, se basó en percibir ruidos (en la habitación donde pernoctaba) y haber sentido *“el olor de mi papá...El olor de dormir”*; que en referencia a su progenitor dijo que le *“sacaba la ropa, toda la ropa, me sacó la ropa y no me desperté”*; que el episodio se produjo una sola vez; que contradijo a su madre en cuanto a la oportunidad y lugar donde se produjera la develación; que la niña parecería conservar todavía una buena imagen y tenía un sentimiento nostálgico de su padre, que el Tribunal deduce de su referencia a que *“cuando no lo ve se pone triste”*; que surgieron *“algunas contradicciones respecto de su alocución en la Entrevista Testimonial, en cuanto a la cantidad de veces que sucedió y al momento de la develación”*; que no se observaron en ella sentimientos de vergüenza; que no resultó posible dilucidar de sus dichos si lo relatado podría vincularse con *“una situación relacionada con el control de su problema de enuresis, que la niña habría vivido como invasiva y displacentera”*; que del análisis integral del material se desprende *“que la niña presenta tensión emocional, ansiedad asociada a la conflictiva familiar (padres separados, adaptación a las nuevas parejas de sus*

padres, problemas entre sus progenitores) en la que se encuentra involucrada” y, por último y como conclusión más relevante, que **no se hallaron indicadores que evidencien trauma psíquico ni específicos de victimización sexual** (el resaltado no se corresponde con su original), sin perjuicio de lo cual, *“la niña habría vivenciado el hecho que relatara como intrusivo y displacentero”*.

Retornando ahora a la ampliación del dictamen aportada por la psicóloga de la querrela Paula Sánchez Ayala a fs. 106/113, se manifiesta en disidencia con la conclusión final de la labor inherente a la perito oficial Claudia Egle Fortich, especialmente desde fs. 111 a 113, si bien coincide con el resto de la descripción que ésta efectúa sobre la niña, en relación a sus producciones y asociaciones verbales.

Puntualmente, su desacuerdo radica en que la licenciada Fortich no habría tomado en consideración algunos elementos que surgen de las producciones en los gráficos y el CAT de L. G. A., al desestimarlos por considerar que no guardan relación con los hechos que se denuncian y teniendo en cuenta –conforme su propio criterio– que el informe de la Cámara Gesell carece de conclusión sobre el grado de verosimilitud del testimonio de la menor. Explica en los párrafos siguientes las razones técnicas para fundar su discordancia, estimando que *“queda claro que en sus producciones aparecen vivencias de abandono, indefensión, vulnerabilidad, desprotección, confusión y ambivalencia que de ninguna manera pueden descartarse en relación a los hechos que están siendo investigados”*

Con base a esta opinión divergente, esta Sala ordenó la profundización de cuanto se investigara hasta su intervención de fs. 203, por lo que se dispuso escuchar a la psicóloga oficial Claudia Egle Fortich (experimentada profesional integrante del Equipo Infanto-Juvenil del Cuerpo Médico Forense) en declaración testifical, quien entendió que la discrepancia de su colega Sánchez Ayala no constituía una contradicción con lo que menciona en el informe cuestionado, pues *“De hecho amplía algunas cuestiones, habla de violencia, de una conflictiva, indefensión vulnerabilidad y desprotección. Todas cuestiones que no son contradictorias con mi informe pero no surge de ese informe que se haga mención a vivencias de victimización*

sexual. Si bien la perito de parte menciona que todos las cuestiones de las producciones de la niña no puede descartarse que estén relacionados a los hechos investigados en la causa, no indica como serían indicadores de que la niña haya sido víctima de una situación de abuso sexual para mí son indicadores de la problemática familiar en la que está inmersa la niña”.

Más allá de esta respuesta –que aunque fuera transcripta con una redacción defectuosa permite comprender sus verdaderos alcances– creemos necesario destacar otras observaciones de esta profesional en ese testimonio, pues las consideramos de gran relevancia para esclarecer ciertos aspectos que se han venido debatiendo científicamente pero que no habían decidido a las restantes expertas intervinientes –sin que ello implique una crítica en desmedro de su profusa y meritoria labor que, por otra parte, no estamos autorizados a efectuar, dada nuestra condición de legos en la materia– a robustecer sin ambages, como lo hace la referida, sus postulados.

De este modo, pueden citarse los párrafos donde insinúa influencias en la narración de la entrevistada: “...*la nena expresa como repitiendo que el papa le había tocado la chuchi en forma rígida. Impresionaba algo que repetía como algo estructurada: como que repetía algo que le dijeron o quizás que hubo algún tipo de influencia. Es decir con escasa resonancia afectiva...A veces aparece un sentimiento de vergüenza que acá no aparecía. No había una impronta traumática*”; también lo que refiere acerca de la imposición del secreto por los victimarios: “*Un indicador muy importante es que aparezca el secreto: que el victimario exige al niño, incluso con amenazas, y aca en el caso no aparece ni tampoco fue dicho ante la pregunta concreta, ni tampoco lo mencionó su madre como que la niña lo hubiera dicho*”; igualmente en la categórica relación de tiempo que remarcará la afectada, y que promoviera la pregunta del letrado de la querrela en cuanto a si los niños de la edad de L. tienen capacidad para situarse en tiempo y espacio como lo hacen los adultos: “*no, de la misma manera no. No se sitúan como un adulto. A veces confunden ayer con algo que paso hace mucho o por ahí dicen mañana y se refieren a algo que ya sucedió*”; respondiendo sobre este mismo tema a una pregunta de la fiscalía para que indique si es posible que un niño de la edad de L. se exprese en relación al tiempo indicando un horario específico: “*en*

realidad no es posible. Es posible si esto lo recibió o escuchó de alguien o puede ser en referencia a algo: por ejemplo si toma la leche a las 5 de la tarde porque así se lo han dicho es probable que asocie tomar la leche a las 5 de la tarde. Es necesario alguien se lo haya dicho porque los nenes a esa edad no saben la hora”; interrogada en la misma ocasión por el letrado de la defensa para que explique si hay indicadores de que la menor haya sido abusada sexualmente: *“no surge indicadores específicos de vivencias de victimización sexual”;* en relación a la supuesta influencia sugerida: *“no puedo decir específicamente quien podría haberla influenciado a la niña pero si puedo decir que los niños a esa edad son influenciados por las figuras mas relevantes, que son los padres. En el caso de L. concretamente de la entrevista que tuve con la madre surgió que le hizo preguntas en referencia a lo que la niña dijo en relación al tocamiento del padre, lo cual probablemente comience a contaminar el discurso de L. como sucedería ante cualquier niño de esa edad ante un interrogatorio así”;* finalmente, cuando se le pregunta por qué le da relevancia a las contradicciones de la niña y no a las coincidencias: *“yo no evalué la verosimilitud pero todo esto le da menos entidad al relato por eso mencione las contradicciones en las conclusiones”* (conf. declaración testimonial de fs. 234/237).

Es de resaltar ahora que las dos profesionales en opiniones parcialmente opuestas pudieron conciliar sus diferencias en oportunidad de reunirse la junta médica dispuesta por esta Sala. Puede apreciarse a fs. 260/262 que ambas formaron parte de la reunión, integrada asimismo por las licenciadas Mirta E. Vago, Claudia Norry y María Laura Marandino, en tanto Isabel Gens –psicóloga del Equipo Ley 25.852– no pudo hacerlo personalmente, pero transmitió previamente su opinión a sus otras colegas del Cuerpo Médico Forense. Lo relevante de la conclusión emanada luego de la deliberación de este grupo, es que las seis profesionales intervinientes (tanto las del plantel oficial como quienes actuaban por las partes) es la que todas coincidieron ***“que en el caso en estudio no se observan indicadores que permitan ser asociados con suficiente rigor científico, con situaciones de posible victimización sexual”*** (lo destacado no está incluido en su original).

No se soslaya que la existencia de un trauma forma parte del tipo penal y que la carencia de señales en ese sentido no impide, en todos los supuestos, tener por configurado un delito de la naturaleza del que se le imputa al encausado. No obstante, aparece relevante en este caso particular, la ausencia de resonancia emocional acorde con las delicadas situaciones verbalizadas por la menor (esta circunstancia es incluso subrayada en las declaraciones testimoniales de las peritos de parte que la entrevistaran), pues si bien evidenció signos de tensión emocional, ansiedad y cierto nerviosismo, que, como se dijo, fueron vinculados al disgregado contexto familiar, no exteriorizó un estado de vergüenza, inhibición ni angustia, sentimientos de impotencia, problemas de escolaridad, conductas sexualizadas o agresivas, dificultades en el dormir, etc. En sus producciones gráficas no se verificaron marcas en las zonas genitales, sino remarcaciones en otras partes del cuerpo (cabeza, ojos), *“lo cual es esperable en este caso con problemas de divorcio y control de esfínteres”* (ver puntualmente fs. 235). Tampoco se verificó la coacción para el secreto, como nota distintiva en este tipo de casos, ni existió connotación negativa ni violenta de la niña hacia sus dos progenitores, *“para ella son todos buenos”*, incluyendo a su padre en sus dibujos de familia, aunque aparezca más presente en esos diseños el sector concerniente al parentesco materno.

Con relación a la enuresis, aspecto controversial entre los especialistas, no aparece en el supuesto como un indicador claro de abuso sexual pues *“puede ser (un indicador) pero no es específico porque puede hallarse en otro tipo de situaciones conflictivas por el niño”* (...) *“la enuresis tiene que ver con que controlaba y dejó de controlar o que no controla en un momento en que debiera. Con esto había un conflicto ya que los padres le daban mensajes diferentes en cuanto esto. La nena ya venía con un tema de que se hacia pis, era un tema que venía de antes a la situación esta, conforme los dichos de la propia madre”* (fs. 35 antes citada).

Este problema de incontinencia urinaria fue siempre vinculado por la niña con los momentos en que su ascendiente la despertaba (en realidad no se ha podido determinar si se encontraba en dichas ocasiones totalmente despabilada, ante lo referido por la menor, pues dio a entender en su lenguaje infantil que la noche del episodio no le decía nada a su padre cuando la tocaba

porque estaba dormida) y el propio inculpado en su versión de descargo cuando expresó “*L. no se levantaba, porque si hay algo que la caracteriza, entre todas sus cosas, es su sueño pesado, le puede pasar un huracán por al lado y no se despierta*”, cuando la atendía para conducirla al baño por la noche, lo que da cuenta de que el control de esfínteres constituía una problemática preexistente al hecho, de la que ya se estaban ocupando ambos progenitores.

Sobre la base de este examen, el análisis que por su parte realizara la jueza de grado del contexto probatorio conformado en la causa luce adecuado y con suficiente fundamentación, siendo por ello compartido, al coincidir en sus trazos esenciales con lo que viene analizando el Tribunal.

Cabe ahora contemplar lo relativo al informe acompañado por la querellante, suscripto por la analista particular de la niña, licenciada Lucía Pérez Williams (fs. 181) y a su declaración testimonial (fs. 216/218 vta.), que contradice, por su particular método de trabajo, las anteriores apreciaciones de la licenciada Claudia Egle Fortich acerca del examen gráfico de su paciente (fs.234/237) y desliza críticas que se asemejan en ciertos puntos a las de su antecesora Paula Sánchez Ayala (ver disidencia parcial desarrollada a fs.111/113). Es de tomar en cuenta, como ella misma lo refiere, que la técnica de labor de esta profesional se basa en elementos lúdicos utilizando los juguetes que la propia niña traía de su casa, porque acorde a su edad y al trabajo en el marco teórico psicoanalítico es la que considera más apropiada para expresarse. Así, ésta “*solía elegir muñecas/os y jugaba a la familia, armaba cenas familiares y ese tipo de cosas*” (...) “*A través de un juego, dijo que tenía una bicicleta en lo de la mama y una en lo del papa, pero que la que tenía en lo del papa no la usaba, porque no lo veía porque el ‘le había tocado la chuchi y eso estaba mal y que eso la ponía triste’.* No se explayó respecto a que era lo que la ponía triste” (...) “*...en otra ocasión habíamos dibujado distintos integrantes de la familia y a cada dibujo le asignábamos tarjetas de emociones. En segundo lugar dibujo al papa y eligió la tarjeta de ‘preocupación’ y dijo que ‘él estaba preocupado porque la había tocado y eso estaba mal’* (...) “*En el tiempo que llevamos de tratamiento, que haya traído la situación tres veces, es bastante constante*”. Al ser preguntada por el fiscal de grado sobre la detección en la niña de comportamientos, secuelas, traumas u

otra sintomatología compatible con una situación abusiva, refirió: *“Sucede en la infancia que algunas veces los indicadores no son tan claros. De todos modos, se puede tomar como indicador que un juego en donde ella representa a la familia, no representa al padre. Esa ausencia es algo relativo a la figura de, no sé si llamarlo traumático, pero sí a esa figura...”*. Interrogada a pedido del letrado de la querrela en la misma oportunidad en punto a que si a partir de su experiencia, si en los comentarios respecto del padre ha notado estados de ánimos cambiantes o contradicciones y en su caso si esto sería normal, contestó: *“No hubo contradicciones respecto a los tocamientos, fue constante en el contenido y la situación y a los que ella denomina como triste. Y con cuestiones temporeo espaciales, es esperable encontrar contradicciones a los cuatro años”*. A iniciativa de la defensa, se le preguntó también si la ausencia del padre en los juegos y dibujos puede deberse a la conflictividad existente entre los padres, señaló *“Es esperable que cuando un niño está criado por padre y madre en situaciones conflictivas, los tenga en cuenta de igual manera en el momento de expresarse”* (...) *“por eso la omisión es un factor a tener en cuenta”*. Ante nuevas interpelaciones del letrado defensor dirigidas a determinar si la ausencia del padre en las manifestaciones de L. podría tener relación con el hecho de que hacía un tiempo que no lo veía y si evidenció signos de tristeza ante esta ausencia, definió *“Es esperable que cuando hay una figura paterna (o cualquier figura en realidad) presente en la crianza de la niña, ante una ausencia, por ejemplo un viaje, esa figura no desaparece. Es esperable que si esa figura es representativa para el niño, más allá de su ausencia temporal, igualmente esté presente”* y dijo que la afectada no mencionó ni evidenció signos de tristeza por dicha separación de su ascendiente.

Lógicamente, y sin que ello infiera subestimar su punto de vista diverso por las razones apuntadas, estas referencias se contrastan con el desempeño de la menor en sede judicial, donde incluyó a su progenitor sin una perceptible insinuación negativa hacia su figura y con la confluencia conciliatoria de todas las profesionales antagónicas que suscribieran un informe conjunto a fs. 260/262, a la que, como ya se expresara, cabe priorizar por su unanimidad y contundencia conclusiva.

A la luz de todo lo reseñado, es preciso ahora fundar la solución al recurso articulado por la parte querellante a fs. 322/325 vta., quien tachó de nulidad la decisión impugnada, por una alegada ausencia de fundamentación que con su mera lectura debe descartarse, pues la juez *a quo* ha valorado –si bien en sentido contrario a la postura de la apelante– toda la prueba reunida a la luz de la sana crítica racional para arribar a una conclusión sobre los hechos acreditados y en función del derecho vigente.

La acusadora particular indicó además que existe un apartamiento de la línea demarcada por esta Sala que había ordenado profundizar la investigación, al haberse rechazado la posibilidad de conformar la junta de especialistas con los profesionales sugeridos a fs. 251/251 vta. Sin embargo, la intervención oficiosa de las psicólogas allí mencionadas no se adecua a las previsiones de Código Procesal Penal de la Nación y su participación en autos debe regirse por la ley aplicable, en tanto constituye una exigencia del debido proceso legal que le incumbe tanto a la recurrente como a su contraparte. Pesan sobre los peritos las obligaciones y responsabilidades inherentes a la delicada tarea para la que se los convoca y se les encomienda (artículos 256, 257, 262, 263 y 266 del ordenamiento adjetivo y 275 del Código Penal); por ello, quien pretende la intervención de un experto en determinada disciplina debe cumplir, tanto como el profesional proponente, con las previsiones legales (artículo 259, CPPN). Así fue decidido por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 252/252 vta., posibilitando a la querella que las peritos que intervinieran a su elección inicialmente, fueran reemplazadas por alguno de los profesionales enumerados en la mencionada presentación de fs. 251, para que actuara conjuntamente con los expertos de oficio. Sin embargo, la acusadora A. iteró los motivos de su pretensión en cuanto procuraba introducir en la junta médica a “profesionales de trayectoria comprobable”, al referir que “*no se trata de peritos ni consultores de parte, no son propuestas para representar a nadie y de hecho se han desinteresado de cualquier honorario. Pueden aportar para esta causa y para todas las partes su conocimiento y experiencia, al analizar las pericias ya practicadas, sus conclusiones e intercambiar con peritos oficiales sus apreciaciones. Todo esto sin perjudicar de ninguna manera a L. ni producir nuevo material pericial. Por ello respetuosamente se insiste al Sr.*

Fiscal en la propuesta de sumar el punto de vista de la/s profesionales independientes ofrecidas”, sin perjuicio de ratificar la continuidad de las peritos Sánchez Ayala y Bressanelli que designara originariamente en legal forma (ver fs. 255), por lo que así fue tenido presente respecto de la continuidad de especialistas ya actuantes, rechazándose fundadamente la restante propuesta múltiple de la querrela (fs. 257). Esta decisión de la fiscalía de grado se basó esencialmente en que la diligencia a cumplimentar no se trataba de un nuevo peritaje, que de ser así encontraría en ese caso respaldo en la segunda alternativa del artículo 262 del código adjetivo, por lo que no era posible “...fijar puntos de pericia de oficio ni a propuesta de parte porque...la diligencia solo implica la revisión, análisis y exposición de las conclusiones que los nuevos peritos tengan para aportar acerca de un peritaje ya realizado”.

No obstante, en su escrito de apelación de fs. 322/325 la impugnante insistió en la participación de las expertas a las que aludiera, con similares términos de su irregular propuesta anterior, mencionando que el artículo 262 del digesto ritual no agota la regulación sobre el punto, siendo que la norma contenida en el artículo 258 *ibídem* admite que se designen más profesionales cuando se lo considere indispensable. Sin embargo, este último precepto alude a “*funcionarios públicos que en razón de su título profesional o de su competencia, se encuentren habilitados para emitir dictamen acerca del hecho o circunstancia que se quiere establecer*”, **a falta de peritos oficiales**, donde la determinación de esta convocatoria es facultativa de quien tiene a cargo la dirección de un proceso, como claramente se desprende de la normativa invocada. Es de señalar al respecto que la propia acusadora particular sostuvo que su iniciativa no implicaba la intervención de los psicólogos sugeridos en la calidad reconocida por el catálogo procesal, sino poner informalmente en conocimiento y a consideración de profesionales ajenos a la causa, a través de los estudios realizados, también los hechos y las pruebas referentes a un caso de gran sensibilidad, que de ser aceptado implicaría una ampliación imprudente de los límites que las convenciones y las leyes establecen en tutela de los menores, razón por la cual resulta totalmente inadmisibile.

II. Acerca de las presentaciones en calidad de “amicus curiae”:

Dos son las peticiones que en tal sentido se recibieron en esta Sala, luego de la anterior intervención de fs. 203.

Una corresponde al presidente del Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ), Adolfo Pérez Esquivel, y sus coordinadores nacionales Ana Almada y Luis Romero, junto a la Presidenta de la Asociación Civil “Mundanas, Mujeres Tejiendo Redes Contra La Violencia Patriarcal”, dos entidades con personería jurídica, y se encuentra agregada a fs. 205/209.

Allí se presentan en carácter de “Amigos de este tribunal” para someter a consideración de la Sala argumentos de relevancia que entienden pueden contribuir a la resolución de la cuestión planteada, toda vez que estiman de suma importancia la participación ciudadana “...*en causas que se ventilen asuntos de trascendencia institucional y que resulten de interés público tal como ocurre en el presente y se tome en cuenta la misma al momento de resolver el recurso de apelación presentado por la madre de la niña víctima; de tal forma de contribuir desde distintos saberes (psicología, sociología, derecho, historia) y con una mirada interdisciplinaria como un niño o niña se subjetiva, es decir se transforma en un ciudadano sujeto de derecho que ingresa a la cultura, posibilitándosele la construcción de lazos familiares, sociales y garantizándoles los derechos que les han sido conferidos por el derecho internacional , en especial la Convención de los Derechos del Niño, que gozan de rango constitucional en Argentina. Asimismo buscamos aportar especificidades acerca de la problemática del abuso sexual en la infancia y sus manifestaciones, desde una perspectiva integral y de género*”.

Por su parte, la segunda de las asociaciones que integra esta misma presentación, dice tener por objetivo principal prevenir y erradicar la violencia de género de la sociedad, brindando atención y acompañamiento integral a las mujeres inmersas en situaciones de dicha naturaleza.

La preocupación trasuntada en el escrito de referencia es, conforme lo manifiestan, defender a los niños y niñas, independientemente de las pretensiones de sus progenitores y para orientar al tribunal en la obtención de una sentencia conforme a derecho.

En segundo término, ha acercado su aspiración de ser tenida como “amigo del tribunal” la asociación civil sin fines de lucro “Salud Activa”, igualmente con personería jurídica reconocida, cuyo objetivo ha sido introducir en el expediente el informe técnico de fs. 337/342, suscripto por la Licenciada en Psicología María Beatriz Müller. Por su medio, se rebaten todos los argumentos que han sido materia de consenso para los profesionales de la salud que se pronunciaron en autos; se critica a la fiscalía de grado por cuanto decidió conformar la junta médica sólo con psicólogos del Cuerpo Médico Forense y las dos peritos de parte, sin dar intervención a varios de los especialistas propuestos por la querrela entre los que se encontraba incluida la firmante; se cuestionaron los métodos de trabajo adoptados, dado que no se utilizaron técnica basadas en el juego infantil, lo que imposibilitaría arribar a un diagnóstico certero; se observaron las dimensiones del recinto donde se instrumentó la entrevista en Cámara Gesell *“sabemos que los espacios del CMF son muy pequeños”* y las propias características del sistema *“con tres adultos/as que están ahí observando , mirando lo que ella...dice o hace, sumamente intrusivo y avasallante para el psiquismo de una niña o niño pequeño”*; se refutaron las conclusiones de la perito de la defensa, resaltándose los de la psicóloga tratante de la niña en cuanto ésta señala que los dichos de la niña son compatibles con abuso sexual, como asimismo la conformación de la “junta médica” (consignada de este modo entrecomillado) que se organizara dentro del mismo ámbito del Cuerpo Médico Forense sin ofrecer la oportunidad de una mirada o una opinión diferente al “status quo” allí reinante, dado que *“obviamente funciona como un cuerpo, que no va a modificar los planteado por sus integrantes, por tanto las conclusiones de esa ‘junta médica’ solo ratifican lo ya planteado en los informes, que ya sabemos que no arriban a conclusión alguna, salvo la idea de que se trate de una construcción de la madre, lo que no tiene ningún asidero teórico ni fáctico, es puramente ideológico...”*; se cuestionan también las experticias psiquiátricas y psicológicas referentes al imputado, considerando que las características y modalidades defensivas de su personalidad *“son las que a lo largo de mi experiencia hemos hallado en abusadores sexuales incestuosos condenado por este delito”*; seguidamente, la especialista que suscribe el informe manifiesta su

aversión por el desempeño jurisdiccional para investigar los delitos de abuso sexual al referir “...deseo destacar la desagradable costumbre que se encuentra en las investigaciones de este tipo de delitos, el descreimiento de la víctima, todo el peso se ubica sobre una niña de 4 años que no tiene ninguna razón para mentir o fabular, y nadie se detiene a preguntarse ¿por qué el imputado diría la verdad?, si además está autorizado a mentir en su declaración indagatoria, así se lo hacen saber antes de comenzar...” y a modo de colofón concluye en que “Habiendo realizado un análisis pormenorizado de los informes...y las declaraciones testimoniales de las peritos, de la niña y del propio imputado mi opinión experta determina que la niña... ha sido víctima de abuso sexual y la niña ha identificado a su padre...como el autor de dichas agresiones”.

Ante sendas pretensiones, no entraremos en el intrincado terreno que atañe a la admisión del instituto originario del derecho romano denominado *amicus curiae* en las causas judiciales, más allá de no desconocer que ha sido empleado en trascendentes litigios por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como también en ciertos procesos trascendentes de la justicia argentina, reglamentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recogido por las leyes nacionales como la N° 24.488 (Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos) y la N° 25.875 (Procuración Penitenciaria) y la ley local N° 402 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Procedimientos ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires) y que toda la tendencia hacia su futura consagración legislativa se intuye irreversible.

Sólo pasaremos a hacer algunas consideraciones sobre tales iniciativas para evidenciar que nos hemos igualmente interesado en sus contenidos, aun cuando ya en el desarrollo anterior de nuestras conclusiones acerca del caso en estudio se encuentren definidas con los profusos estudios de los peritos admitidos conforme al derecho procesal vigente, que fueran aportados oportunamente a estos actuados.

En primer lugar, responderemos a los primeros presentantes señalando que tanto en nuestra prolongada deliberación, luego de la audiencia celebrada a tenor del artículo 454 del Código Procesal Penal como en el

acuerdo de la decisión a adoptar y dada la naturaleza del complejo caso traído a nuestro conocimiento, hemos adoptado como principio rector las mandas de los convenios internacionales que integran el bloque constitucional argentino en materia de derechos humanos, conforme el artículo 75, inciso 22, de nuestra carta fundamental, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “*Convención de Belem do Pará*”, los postulados de la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y desde ya, los derechos y garantías que nuestra Constitución Nacional consagra respecto de las personas sometidas a un proceso judicial.

En dicha senda, nos encontramos en la convicción de que los presentantes de fs. 205/209 pueden considerar satisfechas sus expectativas en cuanto a que en el progreso investigativo de este expediente se adoptaron todos los recaudos para salvaguardar el mejor interés de la niña, así como sus derechos a un trato digno y comprensivo, a ser oída, a expresar sus opiniones, a una asistencia eficaz y especialmente al del resguardo de su intimidad y a ser protegida durante el trámite de este expediente, evitándose una eventual revictimización a raíz de repetición de diligencias procesales innecesarias e inconducentes que pudieran requerirla como protagonista.

No habremos tampoco de soslayar unos comentarios, debido a la relevancia del tema implicado en autos, respecto del informe técnico aportado a fs. 337/342 por la Licenciada María Beatriz Müller, pero también sin expedirnos –como en el supuesto anterior– acerca de la calidad pretendida en su presentación de fs. 343/353 por los mismos motivos antes asentados. Sin embargo, sus apreciaciones, evaluadas en conjunto al resto del material probatorio, aun cuando hipotéticamente hubiesen sido realizadas en calidad de perito de parte, no conmueven ni conducen a modificar la decisión impugnada.

En primer término, la psicóloga señala que el modo en que se develaron los hechos, sería indicativo de la presencia de sobreexcitación y de una situación de hiper sexualización, que sólo se produciría si un adulto lo

provoca. Esta conclusión desconoce que uno de los pocos puntos controvertidos en el relato de la niña ha sido, justamente, las circunstancias en que reveló a su madre la situación, siendo que N. A.A. sostuvo en su denuncia, en su declaración ante la Oficina de Violencia Doméstica y ante las peritos intervinientes que su hija L. la había enterado de lo sucedido una noche en su cama, mientras le narraba un cuento, ocasión en que la niña se habría bajado los pantalones y le habría pedido que la acaricie la “*chuchi*” como lo hacía su padre, mientras que la menor refirió en el recinto de la Cámara Gesell que se lo contó a su mamá “*un día en el auto*”.

Por otro lado, la licenciada Müller puso de resalto que en los peritajes efectuados no se realizó la “hora de juego”, que consideró indispensable sin la cual “*realmente es imposible arribar a un diagnóstico certero*”. Aun así, concluyó sin hesitación que L. “*ha sido víctima de abuso sexual*”, incluso de modo contrario a lo que estimara la perito propuesta por la parte querellante, como del resto de las profesionales actuantes. Ahora bien, la administración de la técnica “hora de juego” para evaluar a L. supondría convocarla nuevamente, lo que ante el actual panorama probatorio no luce conducente, ni aconsejable, ni ha sido apoyado por la querellante, quien dejó en claro implícitamente su voluntad contraria para que la niña vuelva a ser sometida directamente a evaluación (ver fs. 255).

Finalmente, María Beatriz Müller indicó que las características y modalidades defensivas señaladas por la junta de especialistas que evaluara al imputado “*son las que a lo largo de mi experiencia hemos hallado en abusadores sexuales incestuosos condenados por este delito*”. Esta afirmación, carente de sustento científico, aparece como una mera opinión dogmática que no puede sustentar la imputación que se le dirige a G. ni hace variar las conclusiones a las que cabe arribar frente al análisis hasta aquí desarrollado.

La propia querellante estima que el plexo probatorio actual sitúa a la presente investigación en la misma encrucijada donde se encontraba hace aproximadamente un año, en ocasión del anterior recurso analizado por esta Sala. Debe agregarse a esta observación que, producida la prueba pendiente, ninguno de los elementos recabados permite avanzar en desfavor del imputado, siendo que actualmente no se advierte qué otra medida de prueba –dentro de las

reglas del debido proceso legal– sería factible disponer para modificar eventualmente el actual panorama, que a nuestro juicio se halla definido.

Arribados a este punto, luego de más de dos años de indagación sobre el hecho denunciado –tiempo durante el cual se prohibió el contacto del padre con la niña– debe subrayarse que durante todo ese lapso no ha sido posible conformar un juicio de probabilidad en los términos del artículo 306 del digesto ritual, situación ésta admitida tácitamente por la acusadora particular por cuanto si bien reclama la realización de prueba adicional que no encuentra cauce en el ordenamiento adjetivo, no ha demandado el agravamiento de la situación procesal del encausado en orden al delito que le atribuye, como tampoco lo hiciera en el recurso que habilitara la anterior alzada.

Si a ello se suman las fundadas razones que dieron lugar al dictamen del representante del Ministerio Público Fiscal de fs. 297/300 vta. y las citas extractadas por la jueza de grado en la decisión puesta en crisis, corresponde concluir que la decisión definitiva dictada resulta ajustada a derecho y debe ser homologada.

No puede soslayarse que se trata en el caso de conductas dudosas en su significación objetiva por el contexto en que se dieron, o –al menos– susceptibles de tener más de un significado, por lo que el elemento subjetivo cobra relevancia para determinar el desvalor del acto.

Ya hemos aludido más arriba al descargo del encausado, quien con amplios detalles de su desempeño como encargado de la atención alternativa de su hija, admitió lisa y llanamente haberla tocado en muchas oportunidades, pero atribuyendo a esta conducta reconocida otro sentido y brindando explicaciones atendibles y congruentes con la situación familiar de los implicados, ya que se trata de una pareja separada con una hija pequeña que, desde edad temprana, debió quedar al cuidado de su padre en ciertos días de la semana, debiéndola asistir en todos los aspectos de su atención personal, incluidos los relativos a la higiene, a sus necesidades fisiológicas y al lento avance en el control de esfínteres, aspecto éste también aludido por la querellante y sobre el cual tenían divergencias acerca del método más adecuado para lograrlo. Es así que el desempeño asistencial asumido por el inculcado no aparece irrazonable o anormal, a la luz de la experiencia, dado que resulta

difícil imaginar otra forma de aseo integral de una niña sin manipular necesaria y debidamente sus partes íntimas para este menester.

No puede atribuirse a esta actividad, que le era insoslayable, un sentido lúbrico, como objetivamente podría llegar a otorgársele inapropiadamente si se realizara una inspección ligera de dicha situación. Es así que el tipo subjetivo del abuso sexual reclama un designio doloso del autor, quien, además de realizar un acto “objetivamente impúdico”, conoce que está actuando sobre una parte del cuerpo de la víctima que en términos objetivos se le reconoce el carácter de pudendo o íntimo y además quiere hacerlo.

Es cierto que la menor afectada pudo percatar los tocamientos y los percibió –conforme las opiniones técnicas ya admitidas– como algo “displacentero e intrusivo”. Sin embargo, dicha sensación aparece normal y lógica, bajo el prisma del sentido común y la experiencia, ante el desagrado e incomodidad que podía ocasionarle que fuera interrumpido su reposo en horas de la madrugada para dar remedio a su incontinencia urinaria mediante la inevitable palpación y limpieza de su partes pudendas.

Todo ello lleva a concluir que la conducta atribuida al inculpado no se corresponde con la figura típica contenida en el artículo 119, inciso b), del Código Penal en la que podría encuadrársela de acuerdo a la intimación dirigida en su declaración indagatoria de fs. 121/129, por ausencia del elemento subjetivo que la conforma, ni en ninguna otra de las previstas conforme a ley sustantiva vigente.

Sólo resta por aclarar una mención que la querellante desliza precisamente a fs. 324 vta., en cuanto alude a un precedente de esta misma Sala, Causa N° 26.648/2016, “*O., N.F. s/ procesamiento*”, resuelto el 7 de agosto de 2017, en la que entiende se habría adoptado un criterio totalmente opuesto al que ahora habrá de asumirse. Al respecto, sólo puede decirse que lo allí decidido por otros colegas de este Tribunal que entonces lo integraban no nos vincula a reiterar aquí sus respetables juicios para dar solución a este caso, dado que ninguno de los dos vocales que ahora habremos de suscribir la presente, tuvo intervención en la resolución citada.

Por todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

CONFIRMAR el auto de fs. 303/320 en todo cuanto fuera materia de recurso.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de muy atenta nota. Se deja constancia de que el Dr. Rodolfo Pociello Argerich integra la Sala por sorteo del 12 de diciembre de 2018 –efectuado conforme las previsiones del artículo 7° de la Ley 27.439–, y que el Dr. Ignacio Rodríguez Varela no suscribe la presente al no haber presenciado la audiencia por encontrarse cumpliendo funciones simultáneas en la Sala I del Tribunal.

CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ

RODOLFO POCIELLO ARGERICH

Ante mi:

GISELA MORILLO GUGLIELMI
Secretaria de Cámara