

**SENTENCIA N° dos/2015.** En la ciudad de Neuquén, Provincia de Neuquén, a los ***tres días del mes de febrero de dos mil quince***, se constituye el Tribunal de Impugnación conformado por los doctores: **LILIANA DEIUB, ALEJANDRO CABRAL y HECTOR DEDOMINICHI**, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, para dictar sentencia en el **Legajo OFINQ 403/14** (ex expediente N° 94/12 de la ex Cámara Criminal Primera), designado como: **"G. H. A. S/ABUSO SEXUAL"** del Registro de la Oficina Judicial Neuquén, debatida en la audiencia celebrada el día 16 de diciembre de 2014 en Neuquén, seguida contra **H. A. G.**, argentino, D.N.I..... nacido el día ....en la ciudad de ..., .., hijo de M.G. y de C. O., domiciliado en B. M., sector..., .., lote ... de esta ciudad; en la que intervino por la Defensa, el Dr. Gustavo Vitale; por la Defensoría del Niño y del Adolescente, la Dra. Marcela Robeda, por la Fiscalía, el Fiscal en Jefe, Dr. Rómulo Patti; encontrándose presente también el imputado H. A. G..

**ANTECEDENTES:**

Por Sentencia 33/13 de fecha 5 de julio de 2013, la ex Cámara Criminal Primera de Neuquén, condenó a H. A.G. por el delito de abuso sexual de una menor de dieciocho años aprovechando una situación de

convivencia preexistente (art. 119 inc. f, primero y último párrafo del CP), a la pena de cuatro años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, con más accesorias legales y costas del proceso.

Contra dicho decisorio presentó recurso de casación el Defensor, Dr. Pedro Telleriarte, errónea aplicación de las reglas de la sana crítica y no haber aplicado el beneficio de la duda.

El Tribunal de impugnación integrado por los Dres. Richard Trincheri, Daniel Varessio y Florencia Martini, hicieron lugar al recurso por sentencia N° 47/14 de fecha 2/6/14, "absolviendo de culpa y cargo a H. A. G., por considerar fundamentalmente que al no haber visto los jueces el testimonio de la menor en la Cámara Gessel (prueba que no había sido ofrecida para el juicio), no habían tenido la posibilidad de apreciar la consistencia y congruencia de los dichos de los profesionales que declararon en el juicio, al confrontarlo con los dichos de la menor. Por lo que concluyen que: *"No haberlo hecho violenta el principio de inmediación pero también el precitado de razón suficiente y esto último resulta dirimente"*.

Contra este último decisorio dedujeron impugnación extraordinaria ante el Tribunal Superior de Justicia la Dra. Marcela Robeda en su carácter de Defensora

del Niño y del Adolescente y el Dr. Patti por parte de la Fiscalía.

El recurso de la fiscalía se consideró que estaba fuera de término, pero se hizo lugar al planteo de la Defensoría del Niño y del Adolescente por Acuerdo N° 15/14, de fecha 22/9/14, declarando la nulidad de la sentencia dictada por el Tribunal de Impugnación, por no haber explicado *"de qué manera dicho principio (de inmediación) ha sido conculcado por la ausencia de la declaración de la menor, pues lo que reclama dicho principio es que las partes estén presentes en el debate mientras el material probatorio que sirva luego de fundamento de la sentencia se produzca, circunstancia que efectivamente acaeció"*; y, por considerar que el Tribunal de Impugnación omitió en su valoración prueba dirimente sin analizar el material probatorio que había tenido en cuenta la sentencia, restándole valor, sin efectuar una crítica razonada a su respecto, *"es decir no apreció cada testimonio de modo individual, ni estos en su conjunto, no justificó por qué se tachan las declaraciones recibidas ni de qué modo no resultan creíbles o se contradicen"*.

Por tal razón, el Tribunal Superior de Justicia, ordenó reenviar el legajo a este Tribunal para que, *"con una nueva integración y, previa audiencia*

*designada al efecto, dicte nuevo pronunciamiento ajustado a derecho".*

Concretamente la impugnación efectuada oportunamente por el Defensor de G. contra la sentencia de la ex Cámara Criminal Primera, había planteado dos cuestiones: errónea aplicación de las reglas de la sana crítica y la omisión de la aplicación del principio del beneficio de la duda. Consideraba que la madre de la menor no pudo dar precisiones sobre los detalles del abuso, porque no se las había dado a ella. Que la Lic. Díaz no recordaba con precisión la conversación con la niña y que el informe efectuado hablaba de penetración vía vaginal y anal cuando el examen médico lo descartaba por completo. Entiende que tal duda, no pudo ser disipada por los testimonios de la Lic. Katkoff y la Dra. Belli, por lo que concluye existe una duda que debe favorecer al imputado (art. 4 del anterior CPPC).

Abierta la audiencia prevista en el art. 245 del CPP a fin de debatir oralmente los fundamentos del recurso interpuesto, el Dr. Vitale, introduce una nueva cuestión que considera constitucional, al haberse violado el principio "non bis in idem", al haber tenido una sentencia absolutoria por parte del Tribunal de Impugnación, la que fuera revocada por sólo dos jueces del Tribunal Superior de Justicia. También considera

inconstitucional dicha integración que no hace siquiera una mayoría de dicho Tribunal, aunque se funde en una ley, ya que la misma es inconstitucional porque la Constitución no admite a decidir por salas, amén que dos jueces revocan la decisión tomada por tres jueces.

Agrega además, que la sentencia no describe el hecho por el que se condena. Que si el imputado fue condenado por el hecho que describió la querrela al comienzo, hay una incongruencia porque luego no se lo condena por el mismo hecho. Así, la sentencia que no describe el hecho es nula. Considera que se debe absolver porque no está probado el hecho, que existe una duda que impide condenar. Dice que hay contradicción entre los dichos de Lic. Zulema Díaz y los dichos de la Dra. Caunedo, quien no encontró evidencias que dieran cuenta de un abuso sexual con acceso carnal vía vaginal y vía anal, que supuestamente le contó la menor a la primera de las nombradas. Que la declaración de la madre de la menor no aportó mayores datos porque no se los había contado la niña M.a su madre. Por todo ello, solicita que se evalúe correctamente la prueba y ante la duda existente, se absuelva a su defendido.

Otorgada la palabra a la Defensora del Niño y del adolescente hizo un racontó del trámite de la causa. Agregó que el Tribunal Superior de Justicia declaró

nula la sentencia del Tribunal de Impugnación porque no había efectuado una crítica razonada de las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal que condenara.

Así, entiende que todas las personas que concurrieron a declarar al debate, encontraron signos de abuso de la niña. La Lic. Díaz, quien tomó la Cámara Gessel, menciona que la menor identificó al autor, que le dijo que la había tocado, que la había accedido por delante y por detrás, lo que le produjo dolor. La Lic. Julieta Katkoff, también dijo que la menor habló de tocamientos con la mano, que le hacía tocar el pene, que la desnudaba, que él también se desnudaba y le apoyaba el pene por delante y por detrás y que ello le provocaba dolor "en las dos colas". También le mencionó los lugares donde ocurrían los hechos, como que a los hermanos de la niña les decía que fueran a jugar afuera para poder abusarla. La Dra. Belli dijo que la niña pudo relatar con timidez y vergüenza que H. le había faltado el respeto y cuando la madre no estaba H. la tocaba, que le había dolido y que le sacaba la ropa. Refiere que no hubo contradicción alguna en estos testimonios. Que la Dra. Caunedo encontró signos de abuso sexual. Dice que todos estos elementos probatorios, fueron tenidos en cuenta por el Tribunal de juicio para condenar, y no fueron valorados por los jueces del Tribunal de Impugnación para absolver. Agrega que en el debate declaró

su madre, la lic. Díaz, quien tomó la Cámara Gessel, la Lic. Katkoff, la Lic. Mónica Belli y la Dra. Caunedo, coincidiendo todas en la veracidad del relato de la menor. Por lo que solicita se confirme el fallo del Tribunal de juicio.

Llevado a cabo el oportuno sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: En primer término el **Dr. ALEJANDRO CABRAL**, en segundo y tercer término - respectivamente- la **Dra. LILIANA DEIUB** y el **Dr. HÉCTOR DEDOMINICHI**.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el artículo 193 del Código de rito -de aplicación supletoria-, el Tribunal que la causa fuera remitida por el Tribunal Superior para que dicte nuevo fallo, se plantea las siguientes

**CUESTIONES:**

**1º) ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.**

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

Amén de que el recurso de casación del anterior régimen fue interpuesto en tiempo y forma, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento impugnado, por parte legitimada, contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo y subjetivo, además,

resulta ser autosuficiente, no habiendo sido cuestionada por las partes la procedencia formal del mismo.

Por otra parte, ya otro Tribunal declaró la admisibilidad del recurso de la defensa, volviendo a este Tribunal por reenvío del Tribunal Superior de Justicia, al sólo efecto de dictar un nuevo fallo conforme a derecho, por no haber efectuado el Tribunal de Impugnación una crítica razonada de la prueba que tuvo en cuenta el Tribunal de juicio para revocar la sentencia dictada.

Por tal razón, considero que corresponde su tratamiento.

La **Dra. Liliana Deiub** manifestó: Participando de los términos y de la conclusión vertida en el voto que antecede, me expido en el mismo sentido.

El **Dr. Héctor Dedominichi** expresó: Por compartir los argumentos y conclusiones a las que arribara el Dr. Cabral, me pronunció en el mismo sentido.

**2. ¿Cuál es la solución que corresponde adoptar?**

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

Considero que cuatro son las cuestiones planteadas por la Defensa: 1) Violación del principio "non bis in idem" por haber existido un fallo absolutorio por parte del Tribunal de Impugnación, el que fuera revocado

por el Tribunal Superior de Justicia. 2) Inconstitucionalidad de la integración de sólo dos miembros del Tribunal Superior para decidir en definitiva, como así también la contradicción de que dos miembros tienen la facultad de revocar una sentencia dictada por un Tribunal de tres miembros. 3) Errónea aplicación de las reglas de la sana crítica. 4) Omisión de aplicación del beneficio de la duda. Considero que no deben tratarse los puntos relativos a la falta de descripción del hecho por el que se condena, como el punto relativo a la incongruencia entre el hecho y la condena, porque no fue un agravio oportunamente introducido. Dado que en la audiencia de impugnación sólo pueden ampliarse los fundamentos de los agravios oportunamente incorporados en el escrito del recurrente (art. 245 segundo párrafo del CPP.), considero que este agravio debe rechazarse por cuanto no se trata de una ampliación de fundamentos sino de incorporar un agravio diverso al primigenio sostenido por el Dr. Telleriarte en el libelo recursivo, lo que implicaría sorprender a la contraparte. Sin perjuicio de ello, el hecho se encuentra descrito en la sentencia y el Tribunal de juicio tuvo por acreditado una parte del hecho y otra no.

Sentado lo anterior e ingresando a los agravios formulados por el Sr. Defensor relativos:

**1. A la violación del principio del "non bis in idem".**

Al respecto, cabe destacar que dicho principio no es absoluto y menos aún para el caso que no se lleve a juicio nuevamente a la persona, sino que se encuentra en la instancia de revisión de una sentencia. Aquí no existe riesgo alguno de un nuevo juicio -que es lo que pretende custodiar la mentada garantía-, puesto que se está tratando una impugnación de la defensa contra una sentencia condenatoria. Distinta sería la cuestión relativa a la constitucionalidad o no de los recursos que eventualmente puedan tener los acusadores contra la sentencia, pero tampoco este es el supuesto a tratar. Por tal razón, siendo que no se encuentra "en juego" la posibilidad de que el imputado sea llevado nuevamente a juicio, entiendo que debe rechazarse el planteo relativo a la violación del principio del "non bis in idem.

**2. A la integración por salas del Tribunal Superior de Justicia para dictar una sentencia válida.** Es importante señalar que es un tema que ya fuera resuelto por el mismo Tribunal Superior de Justicia, expresando que al *"sostener que la división del Tribunal Superior de Justicia en Salas contradice la Constitución de la Provincia del Neuquén, el recurrente ha omitido abiertamente el artículo que así lo faculta. Obsérvese que*

tan obvia y explícita resulta la norma constitucional en este sentido (no referenciada ni cuestionada en el documento impugnativo) que el Constituyente ha fijado el modo en que el Tribunal Superior debe dirimir las cuestiones de competencia o de jurisdicción entre sus respectivas Salas, e incluso la forma de resolver las quejas por denegación o retardo de justicia deducidas en alguna de ellas (Art. 241, inciso "c", de la Constitución Provincial), lo que lleva a concluir, sin mayores esfuerzos intelectivos, la plena correlación entre aquella facultad constitucionalmente asignada (que preexistía a la reforma producida en el año 2.006, Art. 170, inc. "c", del texto original) y la norma inferior objetada por la Defensa, que simplemente hizo operativo dicho reparto de labores. Por tal razón, al descartarse de forma evidente el vicio que alega en su impugnación, resulta aplicable al caso la doctrina del Máximo Tribunal Nacional en cuanto a que las cuestiones atinentes a las formalidades de la sentencia y el modo de emitir el voto los miembros de los tribunales colegiados resulta un tema de carácter procesal, ajeno a la instancia extraordinaria (C.S.J.N., Fallos: 299:105; 304:1699 y 308:1922), sin que quepa aquí la excepción contemplada en doctrina de Fallos 316:32, en tanto el pronunciamiento apelado fue suscripto por todos los integrantes de la Sala".

Por lo expuesto, y los fundamentos vertidos por el Tribunal Superior de esta Provincia, no corresponde hacer lugar al planteo relativo a la inconstitucionalidad de la integración en salas de los miembros de dicho Tribunal.

En lo relativo a que dos jueces no pueden modificar la resolución dictada por tres jueces, entiendo que no resiste el menor análisis, puesto que jurisdiccionalmente estos dos jueces tienen la facultad revisora de la sentencia del Tribunal de Impugnación conforme surge del art. Art. 248 inc. 2° del CPPN, tal cual fuera fundado por el TSJ al tratar la segunda cuestión. Amén de ello, tampoco fue cuestionada oportunamente por la defensa la integración del Tribunal Superior de Justicia para revisar la sentencia del Tribunal de Impugnación tanto en lo relativo a la integración en salas, como a que dos miembros no podían modificar la decisión de otros tres jueces aunque estos fueran jurisdiccionalmente inferiores.

Por todo ello, es que corresponde rechazar también dicho planteo.

**3. En cuanto a los agravios de la sentencia de condena.**

Dice el defensor que la madre de la menor, la Sra. M., no pudo dar precisiones porque su

hija no se las dio a ella, por lo que su testimonio es irrelevante.

Al respecto, la sentencia fue muy concreta puesto que se refirió a que ella salía a trabajar y que la niña se quedaba al cuidado del imputado, junto con el otro hijo. Que luego la niña empezó a tener mucho flujo y sangrado. Que la llevó al médico y le dieron remedios para la infección urinaria, pero que en dicha ocasión no la revisó el médico. Que en ese momento le preguntó a la menor si era otra cosa. Que en noviembre (2011) encontró ropa interior con sangre, por lo que la llevó al médico para que le revise y le informaron que había signos de abuso. Luego la llevó a la perito, quien por otra parte también constató los signos de abuso sexual, consistentes en lesiones escoriativas, las que entendió no se pudieron provocar por traumatismo o masturbación.

A ello se agrega, que la menor le dijo que había sido G., como así también que este último le manifestó que no sabía lo que le había pasado, ni por qué lo hizo.

Si bien es verdad que no supo dar detalles concretos de cómo fueron los abusos, sí dio innumerables detalles sumamente importantes, los que se corresponden con la restante prueba.

También cuestionó el defensor el testimonio de la Lic. Díaz, quien había recibido la Cámara Gessel, pues no recordaba con precisión cuáles fueron las palabras de la niña, ni los detalles de la conversación. Considera que ello debilita su testimonio, a lo que se suma que se habló de penetración vía vaginal y anal, cuando el informe médico dijo todo lo contrario.

Al respecto cabe destacar que la sentencia refiere que la Licenciada, advirtió en la niña mucha angustia y pena, pudiendo aún contar con precisión las experiencias traumáticas. Le dijo haber sufrido abusos de parte de la pareja de su madre, H., desde los siete años. Tocamientos por delante y por atrás. Los que se producían cuando su madre no estaba, salvo la vez que lo develó, que ocurrió cuando su madre se bañaba. Calificó el relato de altamente verosímil, con coherencia, sin contradicciones y con detalles característicos de experiencias abusivas. Que hubo "excesos" (creo que hubo un error material y debería decir "accesos") reiterados, frecuentes y durante mucho tiempo. Descartó un relato ideado o inducido. Tan grave le parecieron los hechos que requirió tratamiento y la derivó al "102", siendo que la atendió la Lic. Katcoff. Concretamente también refiere la sentencia que las profesionales intervinientes manifestaron lo que la menor les había contado: *"que no dudó en repetir*

la identidad del agresor, el momento y lugar donde ocurrían: cuando se ausentaba su madre a trabajar y el anterior a la revelación, cuando se estaba bañando, en el dormitorio y en la cama donde dormía H. con la madre, la forma en que lo hacía: se desnudaba, la acariciaba, le hacía tocar el pene, se lo apoyaba en las dos colas, de adelante y de atrás, hasta hacerla doler, **esta circunstancia es compatible con la diferencia en los dichos de la Lic. Zulema Díaz, que afirmó que la penetró, si la apoyó le hizo doler y le sangró, bien pudo interpretar, la niña o la profesional, que la había penetrado, agresión que fue descartada en el examen físico y ginecológico**" (la negrita es mía).

En la parte resaltada por mí de la sentencia, los jueces dan una razón lógica de la discordancia existente entre lo que declarara la Lic. Díaz y el informe del examen ginecológico -que por otra parte-, que si bien descarta la penetración, sí encuentra importantes signos de abuso sexual, como lesiones escoriativas, a lo que se suman los sangrados que diera cuenta la madre. Tal razonamiento y conclusión a la que arriban los jueces, no es criticada por el defensor, expresando sólo que existe una contradicción que el Tribunal lo atribuye a una "mala interpretación de la profesional".

En primer lugar no es así, puesto que la sentencia pone tanto en cabeza de la menor como de la profesional, la diferencia de los dichos, lo que por otra parte es absolutamente lógico, puesto que no sabemos lo que dijo o interpretó una niña de nueve años que siente que le duele y sangra.

Por último, dice el defensor que estas dudas no pueden ser disipadas por los dichos de la Lic. Katkoff y la Dra. Belli, por lo que hubiera correspondido absolver.

Lo cierto y concreto es que la sentencia se funda en los testimonios claros y concretos que reproduce, de: 1) **La madre de la menor**, que aunque no da detalles propios del abuso, sí da las circunstancias en que ocurrían, los lugares, la persona del abusador y los signos que la menor tenía del abuso, como el sangrado y lo dicho a ella por los médicos; 2) **La Lic. Díaz**, quien da detalles concretos del abuso: "tocamientos y accesos por delante y por atrás". Lo cierto es que los accesos a la niña tanto por delante y por atrás existieron -aunque no fueran con penetración- y de ellos da cuenta el examen médico de la menor, tal como lo afirma la Dra. Caunedo. También menciona la Lic. Díaz en qué momento ocurrían y el grado de verosimilitud del relato; 3) **La Lic. Katcuff y la Dra. Belli**, refieren haber tenido seis y siete entrevistas con

la menor, en las que la niña les relató tocamientos con la mano y con el pene, la apoyaba, la desnudaba, le sacaba la pollera y el pantalón, le apoyaba el pene en las dos colas, que una vez le dolió. También como lo expresara la Lic. Díaz se mostraba angustiada y que los abusos fueron reiterados y crónicos. Agrega la Dra. Belli en consonancia con la madre y la Lic. Díaz que llegó al servicio de maltrato derivada por su pediatra quien había encontrado flujo amarronado y sospecha de abuso sexual. Que ya habían realizado la denuncia. Que todos los ataques ocurrieron en la casa y que el autor era el imputado.

Todo ello conforma un cuadro claro, preciso y concordante. Ninguno de los testimonios difiere en cuanto al autor, el lugar en que ocurrían los hechos, el momento en el que sucedían, cómo y qué cosas le hacía, el sangrado y los signos externos del abuso sexual. La única discordancia se dio respecto la penetración o no de la menor, la que fuera explicada de una manera absolutamente lógica, respetando las reglas de la sana crítica racional, por parte del Tribunal de juicio.

Por otra parte, es menester señalar que el Tribunal no tuvo por acreditada la penetración, sino sólo el abuso sexual agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente, por lo que el agravio referido a la discordancia del informe médico con

lo que mencionara la Lic. Díaz del acceso vía vaginal y anal, no puede causar agravio alguno, máxime cuando todos los testimonios e informes médicos dan cuenta del abuso sexual y de los signos dejados sobre el cuerpo de la menor, no generando la duda que obligaría al Tribunal a absolver.

4. Por todo ello, considero que la crítica efectuada a la sentencia, no conmueve los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal para condenar a H. A. G., ni genera la duda alegada en el recurso, debiendo -en consecuencia- confirmarse la sentencia que fuera objeto de impugnación por el defensor.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Adhiero al voto del vocal que se pronunciara en primer término por compartir los fundamentos y conclusiones a las que arribara.

A su turno, **el Dr. Héctor Dedominichi** sostuvo que comparte los fundamentos y la decisión adoptada por el Dr. Cabral.

A la **tercera cuestión** planteada, **¿Cómo se imponen las costas?**

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

Que sin perjuicio de no haber prosperado el recurso de la defensa, a fin de no menoscabar el derecho al recurso del imputado y garantizar el doble conforme,

considero que no corresponde la imposición de costas (art. 268 del CPP).

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: que comparte los fundamentos y lo resuelto por el Vocal el primer voto en lo relativo a las costas.

A su turno, el **Dr. Héctor Dedominichi** sostuvo que comparte la decisión propuesta por los vocales preopinantes para eximir de costas al acusado.

De lo que surge del presente Acuerdo, el Tribunal de Impugnación Provincial **por unanimidad**,

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR ADMISIBLE DESDE EL PLANO ESTRICTAMENTE FORMAL** el recurso de Impugnación interpuesto por la defensa, en favor de su asistido H. A. G.

**II.- NO HACER LUGAR A LA IMPUGNACIÓN** deducida por el defensor, **CONFIRMANDO LA SENTENCIA DE CONDENA IMPUESTA**, por no encontrarse acreditados los agravios esgrimidos, ni la omisión a la aplicación del beneficio de la duda.

**III.-** Sin costas, en virtud de los argumentos expresados al tratar la tercer cuestión.

**IV.** Regístrese, notifíquese a las partes en forma electrónica por medio de la oficina judicial a sus

respectivos correos y al imputado por cédula de notificación, conforme fuera acordado en la audiencia.

ALEJANDRO CABRAL

Juez

LILIANA DEIUB

Juez

HECTOR DEDOMINICHI

Juez

Reg. Sentencia N° 02 T° I Fs. 28/37 Año 2015.-