

SENTENCIA N° setenta y seis /2017. En la ciudad de San Martín de los Andes, a los **veintiocho días del mes de septiembre de 2017**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los **Dres. Andrés Repetto, Daniel Varessio y Federico Sommer**, presidida por el último de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial **Legajo MPFJU 16428 Año 2015**, caratulado: "**U....., T.....,-Q....., M.....-F.....,C..... y C.,.....,C..... S/ABUSO SEXUAL AGRAVADO**", seguido contra: U..... R....., T..... H....., DNI: .....,E....., C.... M....., DNI: .....; Q....., M..... J....., DNI:..... y C....., C.....M....., ALIAS "C.....", DNI: .....-

Intervinieron en la instancia de impugnación el Dr. Fernando Rubio, por el Ministerio Público Fiscal, el Dr. Lucas González por la querrela institucional y los imputados M.... Q....., presente en la audiencia, C..... M..... E..... desde Neuquén, siendo informado de ese extremo por su defensora, C..... C..... desde Cutral Co y U..... R..... T.... H..... que se encuentra en prisión domiciliaria, desde todos asistidos por la Dra. Sandra Tous, la que informó que su asistido U..... está en conocimiento de esta audiencia, y no concurre por su condición de salud.

**ANTECEDENTES**

Por sentencia recaída en el Leg. N° 16428/2015, dictada el veintisiete de abril del año dos mil diecisiete, en la audiencia de debate celebrada en la ciudad de San Martín de los Andes, los Jueces de Juicio, los Dres. Nazareno Eulogio, Juan Pablo Balderrama y Jorge Criado, resolvieron por unanimidad ABSOLVER a U..... R... T... H..., DNI ....., del delito de cooperador en el abuso sexual con acceso carnal calificado por la participación de dos o más personas, conforme lo normado por el art. 133, en relación al 119 cuarto párrafo inc. D; por el hecho que se lo acusara como ocurrido entre diciembre del año 2007 y abril del año 2008 en la Localidad de ... .., en perjuicio de S..... A..... U..... C..... Y a M... Q....., DNI ....., del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por la participación de dos o más personas, conforme lo normado por el art. 119 cuarto párrafo inc. D; por el hecho que se lo acusara como ocurrido entre diciembre del año 2007 y abril del año 2008 en la Localidad de .... .., en perjuicio de S... A.....U..... C..... Y Declarar a U.... R..... T.... H..., DNI ....., autor penalmente responsable del delito del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por ser ascendiente de

la víctima y por la participación de dos o más personas en carácter de coautor, art. 119 cuarto párrafo, inc B y D, art. 45 del código penal, por el hecho ocurrido en el mes de abril de 2010, en la Localidad de ... ..  
....., en perjuicio de S..... A..... U..... C..... A M..... Q....., DNI ....., como autor penalmente responsable del delito del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por la participación de dos o más personas en carácter de coautor, art. 119 cuarto párrafo, inc D, art. 45 del código penal, por el hecho ocurrido en el mes de abril de 2010, en la Localidad de ... .. de ... .., en perjuicio de S..... A..... U..... C..... A C..... C....., alias "C.....", DNI ....., como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por la participación de dos o más personas, conforme lo normado por el art. 119 cuarto párrafo inc. D; en calidad de coautor art. 45, del CP, por el hecho ocurrido entre diciembre del año 2007 y abril del año 2008 en la Localidad de ... .., en perjuicio de S.... A..... U..... C..... Y a C..... M..... E....., DNI ....., como autor penalmente responsable del delito del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por la participación de dos o más personas, conforme lo normado

por el art. 119 cuarto párrafo inc. D; en calidad de coautor, art. 45 del CP, por el hecho que se lo acusa como ocurrido entre diciembre del año 2007 y abril del año 2008 en la Localidad de ....., en perjuicio de S... A... U.... C....-

Y el día uno de agosto de este año resolvió en sentencia de determinación de pena, Imponer al Sr. U.... R.... T.... H...., DNI ....., la pena de Once (11) años de prisión de efectivo cumplimiento, más accesorias legales y costas del proceso, al Sr. M.... Q....., DNI ....., la pena de Nueve (9) años de prisión de efectivo cumplimiento, más accesorias legales y costas del proceso, al Sr. C..... C....., alias "C.....", DNI ....., la pena de Nueve (9) años de prisión de efectivo cumplimiento, más accesorias legales y costas del proceso, y al Sr. C.... M.... E....., DNI ....., de demás datos personales obrantes en el legajo, la pena de Nueve (9) años de prisión de efectivo cumplimiento, más accesorias legales y costas del proceso, todos por el delito que fueran declarados responsables según la declaración de responsabilidad.

El quince de septiembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 245 en la que se

debatieron oralmente los fundamentos de la impugnación de la Defensa y de la Fiscalía.

Se dispuso que debía observarse el siguiente orden de votación: **Dr. Daniel Varessio, Dr. Andrés Repetto y Dr. Federico Sommer.**

Cumplido el proceso deliberativo que emerge del art. 193 y 246 del Código de rito, se ponen a consideración las siguientes cuestiones:

**PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.**

El **Dr. Daniel Varessio**, dijo:

Existen dos impugnaciones la interpuesta por la defensora de los imputados que explicó por qué consideraba que era admisible la impugnación desde el punto de vista objetivo y subjetivo. La impugnación ordinaria fue presentado en término, ante la Oficina Judicial correspondiente al órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, por parte legitimada para ello, revistiendo la decisión el carácter de definitiva y no existiendo oposición fiscal, debe declararse procedente.

Por su parte la impugnación de fiscalía debe declararse al menos formalmente admisible, posee legitimación para impugnar la decisión judicial en cuestión, por entender el impugnante que existe una

arbitraria interpretación del art. 182 del CPP, ya que fue rechazada la aplicación del instituto de la reincidencia respecto del encartado C..... M..... E..... (arts. 227, 233, en función del art. 248 inc. 2 del C.P.P. y art. 50 del CP) y, resulta autosuficiente paralelamente, la solución que propone.

El **Dr. Andres Repetto**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Federico Sommer**, dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

**SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.**

El **Dr. Daniel Varessio**, dijo:

La audiencia de impugnación se dividió en dos fases, en la primera se escucharon los agravios de la defensa particular expresados oralmente por la Sra. Defensora Particular Dra. Sandra Tous. Y en la segunda se discutieron los argumentos del Ministerio Público Fiscal, expuesto por el Dr. Fernando Rubio.

#### **I). IMPUGNACION DE LA DEFENSA**

**a)** Señaló la Dra. Tous que venía a ampliar los fundamentos de su recurso en contra de la sentencia de responsabilidad y de pena que condena a los

imputados Q....., U..., C..... y E....., solicitando la revocación de las mismas.

Realizó un breve relato de los antecedentes de la causa, indicando que con fecha 14 de octubre de 2015 la señora C... É....., madre de la menor S....., supuesta víctima, efectuó una denuncia ante la asesoría letrada del Ministerio Público por la sospecha de abuso sexual contra su hija atribuyéndole el hecho a T... U..., padre de la misma, ex pareja de É..... C.....- Esta menor convivía desde su nacimiento con U..... y cuando la menor tenía cinco años la madre se retira de la vivienda dejando a cargo la menor con su padre.

Expresó que oportunamente se lleva a cabo el debate oral en el marco del juicio de responsabilidad en la cual los jueces adelantaron el veredicto condenatorio de U..... y de tres personas más que son Q....., C..... y E..... a quien aluden por la responsabilidad del hecho hacia la menor.

Dos son los hechos imputados, la madre denuncia que fue en dos oportunidades diferentes cuando la menor tenía 6 y 9 años, siempre participaron las mismas personas. La madre dijo que la menor fue abusada carnalmente por C..... y E..... a los 6 años de edad en forma alternada y que Q..... filmaba el evento y el padre

se encontraba en otra habitación sin evitar que el hecho sucediera. A los 9 años vuelve a ocurrir el hecho en el marco del festejo del cumpleaños de la menor donde en esta oportunidad es el padre y el señor Q..... quienes la acceden carnalmente a la menor.

Continuó haciendo un pormenorizado relato de la causa, con las responsabilidades y penas impuestas a todos los imputados.

Enumeró los puntos de agravios a sus pupilos, dijo que hubo indefensión y entiende que la teoría del caso llevada adelante durante el juicio, a su modo de ver no era la adecuada, lo que la defensa pública y privada sólo discutían durante el hecho si la niña había sido abusada o no. Ahí está el punto, manifestó, el Dr. Rubio mencionó en la audiencia anterior que ella intentaba un nuevo juicio, por eso no critico solamente las decisiones de los jueces por la poca nada prueba aportada durante el proceso. Entendió que la teoría del caso en la que se va a basar es que no se ha podido demostrar la autoría, si bien entendió en este tipo de casos de abuso sexual, con sólo la declaración de la víctima en una cámara gesell alcanza. Destaco que los jueces no han tenido prueba que indicara, más allá de los allanamientos que no se han encontrado

nada, que haya demostrado la responsabilidad, más allá de los dichos de la menor, con algunas contradicciones.

Aclaro que esa defensa no iba a discutir ni reprochar los dichos del equipo interdisciplinario que atendió a la menor, la psicóloga y la asistente social de la zona, la Lic. Zucarino en la cámara gesell, no iba a discutir eso. Dijo que esta niña fue abusada, pero no en ese momento, no en ese tiempo, ni fue abusada por estos cuatro señores. La madre dijo que en el momento de ser abusada se encontraba con otra compañerita de la misma edad que fueron abusadas las dos en el mismo lugar, es la señorita L.... E...., es la sobrina de C..... E....., hecho que no se pudo probar. La madre de la menor L.... E..... ya había radicado una denuncia acusando a E..... en otro ámbito y en otro momento, entonces desaparece de la escena. La víctima se conoció con esa niña cuando tenía 12 o 13 años cuando comienza la escuela secundaria, ella le cuenta lo que le había sucedido y para ese momento S..... ya se encontraba viviendo con su madre. La escuela entendió que la niña no estaba pasando por un buen momento, por lo que recibe asistencia psicológica, ahí la niña comienza a develar, comienzan a surgirle los problemas de abuso a los 12 o 13 años.

Aclaró que efectuó una investigación en el barrio ..... , concluyendo que la menor fue abusada por otras personas, amigos de la madre que tenían relaciones íntimas con ella, una de ellas es su pareja P... B..... Ahí comienza su sospecha y se fundamentan sus agravios. Es llamativo que la Fiscalía no haya solicitado como testigo a P... B....., en tanto la menor menciona en la cámara gesell haberle contado. Aseguro que nada se habló de un embarazo en edad prematura que tuvo la menor S.....a los 12 años. Embarazo que perdió por los golpes de P.... B..... y un embarazo posterior en forma inmediata. Relata otros acontecimientos, que ocurrieron. Repitió que no se pudo demostrar el hecho, que estos hechos jamás ocurrieron.

Sostuvo que la fiscalía que tiene la carga de la prueba no ha podido demostrar que los imputados, sus pupilos, son responsables, solamente los dichos. Es difícil explicar en esta impugnación lo que no sucedió, lo que debió demostrarse en la instancia de juicio, tal vez llegue tarde, tal vez esta no es la instancia. Pide que se absuelva la responsabilidad, se absuelva a los imputados por no haberse podido demostrar la autoría de los hechos, que se siga investigando para saber qué es lo que le pasó a S..... y quien es el responsable.

También pidió por la absolución de pena porque que a su parecer el hecho no ocurrió y que se siga investigando.

Con respecto a la pena determinada a sus pupilos es excesiva, porque más allá de que ha sido determinada la responsabilidad con acceso carnal, tampoco se ha podido demostrar, no se ha valorado la prueba de la pericia médica en la que el Dr. Estomba dilucida que no hubo lesiones y que si tal vez las hubo no están, pero en realidad no le quedaron lesiones, le parece excesiva esta pena que se desprendió del mínimo. No se ha podido demostrar el acceso carnal.

**b)** La Fiscalía representada por el Dr. Fernando Rubio dijo que la Sra. defensora particular ha realizado un denodado esfuerzo para plantear a los señores jueces una situación que de ninguna manera se pudo probar que es concretamente la indefensión de los condenados. La realidad es que basa su postura en que la teoría del caso esgrimida por la defensa pública y privada no fue la adecuada.

Indicó que en el caso de la defensa de U....., entro los hechos en la inexistencia del hecho, que de alguna manera vuelve a reeditar la defensa. En cuando a E..... y Q..... no sólo puso oportunamente en duda la existencia del hecho sino que niegan haber estado

en el lugar de los hechos. Lo cierto es que no tengo ninguna duda porque además lo ha expresado, que la pretensión de la defensa es hacer un nuevo juicio, ¿Por qué? El hecho de que la estrategia defensiva y teoría del caso esgrimida en el juicio debatida con posibilidades de preguntas y repreguntas a los testigos en un extenso debate, no haya resultado efectiva no quiere decir que los imputados se hayan encontrado en estado de indefensión, fueron tenazmente defendidos por las respectivas defensas. Sobre el caso tenemos varios fallos del tribunal superior de justicia y del tribunal de impugnación, no se puede identificar el éxito o no éxito de la teoría del caso con la indefensión. La defensa intenta con buena intención un nuevo juicio sobre la base de una prueba que no presenta, que no hay.

La actual defensa sigue sosteniendo la inexistencia del hecho porque al negar las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se produjeron y que el tribunal de juicio ha tenido por probados los hechos delictivos, de alguna manera la teoría del caso sigue siendo la inexistencia del hecho. Ahora reconoce la defensa que si fue abusada, cosa que no fue reconocida en la defensa anterior. Nada ha aportado, más allá de este relato sensible que hace la señora defensora sobre la dedicación

que le ha puesto al estudio del caso, pero lo cierto es que lo relatado por la defensora no dejan de ser inferencias de la defensa basadas en circunstancias y en relatos no probados. NO aporta ningún reproche concreto a los fundamentos dados por el tribunal de juicio, no ha dicho porque sostiene lo que sostiene, más allá de estas inferencias. NO ha dicho que se equivoca el tribunal de juicio al hacer la valoración de este testimonio o no valoro esta prueba, entiende que es una distinta valoración de la prueba, pero tampoco lo es, ni siquiera ha hecho una valoración distinta, porque si no reprocha los dichos del equipo interdisciplinario cuya función fue evaluar la credibilidad de la víctima y que dan cuenta de las circunstancias probadas, la verdad es que nos deja solamente con decir la menor mintió, pero como comprobamos esto.

Más allá de las buenas intenciones nada nos ha probado la defensa con respecto al reproche de los fundamentos, ni uno solo de los dados por el tribunal de juicio para llegar a la conclusión de responsabilidad en algunos hechos, sobre los cuales fueron juzgados los condenados.

Con respecto a la consideración excesiva de la pena impuesta por el tribunal de juicio, este

Ministerio solicitó la aplicación de una pena privativa libertad de trece años y la pena impuesta fue menor. El Dr. Balderrama en una exhaustiva muestra del análisis que realiza al momento de fijar la pena, nos dijo que adopta una teoría, que es la de partir del mínimo de la pena, evaluando en que manera se aleja de este mínimo. Nos da las pautas, nos dice que no sólo se configuro una de las agravantes del artículo 119 sino dos, lo cual merece un mayor reproche. Ha dicho porque se apartado del mínimo de la pena, también se encuentra infundada la queja de la defensa sobre el monto de las penas impuestas. Por lo que solicita se confirme la responsabilidad penal sobre los hechos y la pena impuesta a cada uno de los condenados.

c) Por su parte el Dr. Lucas González dijo que la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente va a rechazar todos los agravios de la defensa en esta instancia, acompaña y adhiere a lo planteado por el señor Fiscal.

Aseguro que la indefensión de los imputados no ha existido en la etapa del juicio de responsabilidad, simplemente los imputados han tomado una teoría del caso que no fue exitosa para ellos, esta modificación que intenta hacer la defensa no desvirtúa lo trabajado con los defensores. Lo que cambia es reconocer

que habría existido un abuso en la joven víctima de los hechos investigados. Ese reconocimiento lo intenta atribuir a autores desconocidos que en modo alguno hay indicios que existieran, todo lo contrario. Se ha probado no sólo a través del testimonio de la víctima con el anclaje científico de Úrsula Zucarino, sino dos psicólogas del hospital Ramón Carrillo y un asistente social de este organismo, respecto del relato que diera S.... -

Las contradicciones que tendría el relato de S.... y que marca la defensa, fueron ampliamente tratadas por los jueces en su sentencia. NO serian sustanciales esas contradicciones, lo relevante es que S..... sostuvo a lo largo de su relato tres veces, con Zucarino en la cámara gesell, Campos asistente social y con las dos psicólogas los hechos, identificando los autores que son los cuatro imputados y el lugar de comisión de los mismos, allí no encuentro ninguna contradicción dijo el juez.

Agregó que en la denuncia É.... C....., progenitora de la niña, refiere que estos abusos los habría sufrido S..... en compañía de una amiga de ella, está probado que a esta amiga la conoce cuando tenía 12 años de edad, sobre esta contradicción fueron interrogadas las psicólogas del servicio psicosocial del hospital, Paula

Canai advierte que como mecanismo de defensa psicológico de un ataque al aparato psico como un ataque sexual por cuatro adultos en su niñez, un ataque de esta entidad que la otra psicóloga cataloga como un tsunami en su aparato psíquico en pleno desarrollo.

Indico que Paula Canai refiere que como mecanismo de defensa es posible la negación, la represión y disociación de los hechos, a fin de intentar explicar lo inexplicable en referencia a lo que vivió la joven, niña en su momento. Puntualizó que quedó claro con el testimonio de la madre de L..... E....., que la trajo la defensa, que su amiga había sido abusada por el señor E..... en otro juicio y es evidente que la niña ha tomado la historia de su amiga como trampolín para hacer su denuncia.

Apuntó la defensa en su nueva teoría del caso a É..... C....., la madre, intenta deslizar en esta teoría que sería la responsable porque en su domicilio supuestamente habría fiestas, pero nada surge de esto, lo cierto que la anterior defensa apunto contra É..... C..... lo fue ampliamente controvertida su figura, la anterior defensa intentó explicar que era una venganza de ella hacia U....., lo cual es inexplicable y dan cuenta de eso los jueces en la sentencia. Fue una madre que la abandonó y fueron las profesionales del servicio psicosocial quienes

la abordan sobre la necesidad de efectuar la denuncia, tiene un papel secundario en la vida de S...., no la acompaña en su niñez ni al momento de hacer su denuncia y ella misma reconoce que le entendió mal a su hija.

Respecto de la figura de P.... B.... como supuesto abusador, golpeador y causante de la pérdida de un embarazo, no podemos tomarlo ni siquiera como una hipótesis. No hay denuncia al respecto.

En cuanto a la extensión del daño, es extensa la prueba que ha realizado la Lic. Zucarino en cuanto en la etapa de cesura para determinar las graves secuelas que vive actualmente la joven, que fue del mes de mayo de este año, son notables las auto lesiones, las desviaciones suicidas.

d) Concedida la palabra a la defensa dijo que en cuanto a la prueba, intento incorporar pero le fue desestimada.

## **II.) IMPUGNACION PARCIAL DE LA FISCALIA**

a) La fiscalía por su parte alegó sosteniendo que ese Ministerio se agravio en contra de la sentencia parcialmente absolutoria que recayera sobre T.... U....., M..... Q..... y por la violación expresa de una norma federal contemplada por el artículo 50 del código penal, al negar el juez de juicio la declaración de

reincidencia solicitada expresamente por ese Ministerio con relación a C..... E..... sobre el que pesa una sentencia anterior de cinco años de prisión de cumplimiento efectivo, vigente en los términos de la legislación penal argentina.

A su juicio lo que está en discusión es que los señores jueces de juicio han obviado la consideración de la reincidencia como una situación de hecho. Aportó jurisprudencia, autos Doménico Juan Antonio de la Cámara de Casación, que la sujeción de un condenado en carácter de reincidente es una cuestión de puro derecho y está más allá de la parte acusadora. Y es aquí donde el tribunal de juicio so pretexto de que no se introdujo testimonialmente la sentencia anterior pero si se permitió la lectura de la misma por parte de este Ministerio, sin oposición alguna de la defensa, en la oportunidad de la audiencia de cesura.

Indico que lo cierto es que como tiene ya dicho el tribunal de impugnación incluso en otra resolución, el hecho de que el tribunal haya tomado conocimiento de una prueba documental exhibida y aceptada en oportunidad del 168 eso de por si amerita que sea considerado por el tribunal. La cuestión de la reincidencia es una cuestión de puro derecho, lee jurisprudencia de la Cámara de Casación Penal. Corresponde aun con la solo

determinación de la existencia de la condena. Aun cuando se considere como no incorporada como prueba, cosa que ha sido debidamente incorporada en el momento de la audiencia de cesura.

Lo cierto es que al momento de resolver sobre la situación del señor E..... nada dice, ni que sí ni que no de la declaración de reincidencia solicitada en la parte resolutive de la sentencia de fijación de pena. Menciona las reglas de evidencia del sistema judicial americano y como deben ser incorporadas a juicio. La regla 902 del Código de evidencia de Puerto Rico que refleja la regla federal de Estados Unidos de América y dice esta regla que los documentos públicos sin sello oficial bajo la firma de funcionario autorizado como las copias certificadas de documentos públicos, se establece una presunción de autenticidad de ciertos tipos de evidencia con el efecto de eximir al proponente de tener que presentar prueba para satisfacer el requerimiento al que refiere la regla ,debe ser el adversario quien debe presentar evidencia para refutar la presunción de autenticidad.

Esta es una sentencia en la que han sido parcialmente absueltos los imputados, pero además se le ha negado al señor E..... la declaración de reincidencia

peticionada por el Ministerio Público Fiscal de forma expresa, presentada como evidencia en la oportunidad del artículo 168 del C.P.P. Era la defensa la que en ningún momento se opuso ni tuvo objeción alguna con respecto a la lectura del documento que se realiza por parte de la fiscalía. Entiende que corresponde que sobre la evidencia presentada en aquella oportunidad, no discutida por la defensa y omitida expresamente por el tribunal de juicio solicita que procedan a declarar reincidente al señor E..... C..... M....., DNI ....., toda vez que en sentencia de acuerdo 39/12 del 7 de junio de 2012 fue encontrado penalmente responsable por el delito de abuso sexual simple continuado, artículo 119 primer párrafo y 45 del C.P. en la causa 85/12, caratulada C..... E..... sobre hurto y encubrimiento.

b) La Defensa expresó: con respecto a la referencia que hace el señor fiscal de la no oposición a la lectura del pedido de reincidencia del señor E....., por supuesto que la defensa no se va a oponer a la lectura que hagan, pero si avala la decisión del tribunal, sostenida en el artículo 182 para no permitir que se aporte la prueba extemporáneamente, solicitando no se lo declare reincidente.

A preguntas del tribunal, respondió fue presentada en la oportunidad de la audiencia del artículo 168 el informe de reincidencia y fue admitida, no hubo objeción en esa oportunidad ni en el alegato de la fiscalía, dándose lectura a esa documental y hubo expreso pedido de declaración de reincidencia y los jueces no habrían aceptado porque no fue incorporado en forma testimonial.

A otras preguntas del Dr. Repetto, respecto de que la defensa solicitó la absolución de sus asistidos porque sostiene que la fiscalía no probó el hecho y no cuestiona los argumentos de los jueces. La defensa dijo conforme la prueba producida no está acreditada la responsabilidad, pide la revocación de la condena por no haberse probado la autoría.

Le preguntaron, no es un problema de la defensa anterior al producir prueba, dijo que no hubo prueba, sólo una pericial a U..... El fiscal dijo que la defensa tuvo toda la oportunidad de presentar toda la prueba posible y lo ha hecho, posteriormente cambio de postura y no tiene éxito.

La defensoría dijo que la Doctora con su nueva teoría del caso propondría que fueron otros los autores y el hecho habría ocurrido en otro lugar, la niña

cuando relata al parecer introduce la presencia de su amiga en los hechos que se denunciaron acá a los 6 y 9 años, pero no era verosímil la versión porque se conoció con la otra niña fue a los 12 años. En el marco de la cámara gesell circunscribe los hechos estando sola. El fiscal dijo que seguimos considerando prueba que no ha sido producida en el debate.

Los imputados presentes efectuaron consideraciones sobre su inocencia que fueron oídas por el tribunal.

#### **SOLUCION DEL CASO**

#### **IMPUGNACION DE LA DEFENSA**

La señora Defensora centra sus cuestionamientos en dos ejes, por una parte el estado de indefensión por haber presentado los anteriores defensores una errónea teoría del caso y por otro luego de explicar al tribunal su propia investigación como letrada en la causa esboza una opinión alternativa de cómo debería haberse investigado, elaborando una teoría del caso nueva para que sea discutida.

Anticipo que la impugnación no tendrá acogida favorable porque no se evidencia un estado de indefensión y en segundo plano no se efectuó una sola crítica a la valoración de la prueba efectuada por el

tribunal de juicio por la que arribo a una sentencia de responsabilidad, menos aún en la de cesura.

Es deber del tribunal examinar si ha mediado menoscabo a la defensa en juicio como cuestión previa. El estado de indefensión no se verifica, la defensora puso en evidencia su disconformidad, la que a mi entender carece de sustento.

Repasando cuales han sido las líneas de defensa de los letrados el Dr. Guerendain, defensor de U.....dijo que "una vez más va a sostener la falsedad de los hechos denunciados e investigados en el presente legajo".(...) "las líneas de su defensa se basan en que todo esto es producto de una venganza, de un ardid, algo pergeñado por la madre de S..... contra su ex pareja del Sr. U....., en la cual se han involucrado terceras personas ajenas a este proceso". Por su parte el Dr. Ignacio Piombo defensor de E....., Q..... ..y C....., "dijo que su teoría del caso es simple, que sus defendidos no participaron de los hechos que atribuye el Sr. Fiscal, que nunca estuvieron en la casa del Sr. U.....".

Es decir la tesis de ambos defensores se estructuró en torno a la confrontación de la tesis fiscal, uno hablando de falsedad de los hechos y otro de no participación.

Destaco que la impugnante sigue sosteniendo la inexistencia del hecho porque niega las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjeron con una variación que se distingue ahora, reconoce que S.... si fue abusada, aunque por otras personas.

Asimismo los defensores ofrecieron prueba de descargo, se escucharon los testimonios de Horacio Casin, Licenciado en Psicología, B..... A.... P..... R....., R..... C..... U....., G..... L..... de los Á..... U....., R..... M..... N....., C..... B....., Sofía de las Carreras, médica general, Guillermo González, Arquitecto.

Por último en su estrategia defensiva convinieron que sus pupilos declararan, haciéndolo T.... U..... en primer término, siguiendo por C..... C....., J..... M..... Q..... y por último C..... E.....-

Puntualizó que en los alegatos de cierre el Sr. Defensor del imputado U..... dijo que "de manera alguna se ha acredita la autoría y materialidad de los dos hechos endilgados a su pupilo. Que existen contradicciones e inconsistencias en el propio relato de la menor.". Efectuó además un pormenorizado relato de todas las contradicciones, y analizó los testimonios de cargo y

descargo. (.....) solicito, "toda vez que no está acreditado cada uno de los extremos expuestos por la Fiscalía, no está acreditada la materialidad ni autoría, solicita la absolución de su defendido".

Por su parte el Sr. Defensor de los imputados C....., E..... y Q....., dijo que: "habrá de solicitar la absolución de sus defendidos. Dijo que la única testigo es la propia víctima. Que es el único testimonio en el cual basa su acusación. Que no es suficiente para tener certeza más allá de toda duda razonable." (...) solicito "la absolución de C....., E..... y Q..... porque el hecho no existió, y en segundo lugar porque la Fiscalía no ha demostrado la participación, y en tercer lugar, y en forma subsidiaria que Q..... sea absuelto del primer hecho porque la Fiscalía no ha probado la autoría de éste en dicho hecho".

Es decir la intervención de la defensa elegida por los propios imputados ejerciendo su derecho en todo el proceso fue proactiva, se evidencia un adecuado asesoramiento, esbozando una teoría legal que como visión estratégica al final no tuvo el éxito perseguido, lo que de ningún modo desmerece la actuación.

Además ofrecieron testigos, aconsejando a los imputados declarar y formulando interrogatorios y

contrainterrogatorios a los testigos de la fiscalía, por lo que la garantía consagrada por el art. 18 C.N. no se encuentra menoscabada de modo alguno ni se ha verificado una falta de eficacia en el ejercicio de la asistencia técnica; en otro sentido la discrepancia en la estrategia procesal de los anteriores defensores con la actual marca un punto de vista distinto al momento de enfrentar el juicio cuya probabilidad objetiva de éxito se vio menguada por el mayor valor convictivo de las hipótesis acusatorias.

Por último destaco que tuvo la defensa un éxito parcial, ya que de un tramo de la acusación U..... y Q..... fueron absueltos, si hubiera sido ineficaz, ese resultado no se hubiera logrado.

El otro cuestionamiento introducido como agravio versa sobre la aparente nueva teoría del caso sostenida por la defensa que pretende sea discutido en esta etapa. En modo alguno esa proposición puede ser aceptada, por no ser esta fase de impugnación la propicia para modificar la teoría del caso propuesta por la defensa en el juicio, que tal como analizamos fue eficaz y tuvo éxito parcial.

Afirma Leonardo Moreno la teoría del caso es, *"el conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le*

*permitirán determinar la versión de hechos que sostendrá en juicio, y la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente, las argumentaciones y evidencias que la acreditan en un juicio oral". (Teoría del caso, pág. 13)*

Agregando el mismo autor que "Respecto de la defensa, su teoría del caso debe estar necesariamente definida a la altura de celebrarse la audiencia de preparación de juicio oral, pues en ella debe anunciar la evidencia que ofrece para ser producida en juicio oral; la cual, indefectiblemente, debe estar vinculada a la versión de cómo acontecieron los hechos que sustentara la defensa" (pág. 14).

Efectuadas esas precisiones en el caso que nos ocupa, se evidencia que el cúmulo de información que se pretende introducir no formó parte de la teoría del caso de la defensa en el momento del juicio, ni fue objeto de valoración por parte del tribunal de juicio. Bajo ese prisma la etapa de impugnación ordinaria, es a los fines de verificar la existencia de defectos formales o sustanciales en la sentencia de responsabilidad y de pena (artículo 236 en función del 233 ambos del C.P.P).

De modo alguno en la impugnación se puede intentar introducir una nueva teoría del caso, primero porque precluyó el momento procesal, no fue objeto del

contradictorio y no pudo ser valorada por el tribunal de juicio, cuya decisión es la que habilita la competencia de esta instancia. No existen de parte de la impugnante agravios concretos contra la sentencia que merezcan ser verificados a fin de conocer si cumplen el estándar probatorio exigido por el ordenamiento procesal, son inferencias que realiza la parte que no alcanzan a controvertir los fundamentos esgrimidos por el tribunal de juicio para sostener la responsabilidad de los encartados.

Ello es así porque la defensa sostuvo "que no iba a discutir ni reprochar los dichos del equipo interdisciplinario que atendió a la menor, la psicóloga y la asistente social de la zona, la Lic. Zucarino en la cámara gesell, no iba a discutir eso. Dijo que esta niña fue abusada, pero no en ese momento, no en ese tiempo, ni fue abusada por estos cuatro señores" (textual).

Al analizar esta hipótesis, surgen varias afirmaciones que convergen en una sola conclusión.

Por una cuestión de pura lógica jurídica, la premisa mayor está constituida por el testimonio de S..... A..... en cámara gesell, por su parte la premisa menor se forma por la validación diagnóstica y la actuación de las profesionales aceptada como válida y no cuestionada por la impugnante, de modo que la conclusión es que S.....

A.....fue abusada por las personas que sindicó en la cámara gesell. No se puede sostener otra conclusión con estas premisas aceptadas por la parte.

Sostener que fue abusada por otros hombres, forma parte de una teoría nueva elaborada en este alegato, inconciliable con nuestro actual sistema recursivo.

Por otra parte el cuestionamiento a los dichos de la madre respecto a que en el momento de ser abusada S..... se encontraba con otra compañerita de nombre L... E....., de la misma edad, que fueron abusadas las dos en el mismo lugar y es la sobrina de C..... E....., mereció respuesta del tribunal, afirmando que no existió contradicción alguna en el relato de la cámara gesell, para llegar a esa conclusión se recurrió al testimonio de la licenciada del servicio de psicología del hospital Ramón Carrillo, Paula Canay quien dijo que "En cuanto a la variación de la presencia de L...., dijo que en principio el relato de un niño o adolescente, es un indicador de que eso haya pasado. Que no tiene la capacidad para soportar una mentira de esa envergadura. Que las variaciones en los relatos de los niños víctimas de abuso sexual, deben ser entendidos como esa necesidad de apartarse del dolor que les surge cuando están reconstruyendo el hecho que está

pasando. Dijo que lo que le parece es que el hecho de la variación (aunque podría ser hasta dándose el caso de la disociación), no cambia algo que dijo S.....: que hubo dos hechos en dos edades diferentes, con cuatro personas identificables". Remarca el tribunal que "esta explicación dada no mereció replica alguna por las Defensas, nada que desacredite la versión solvente brindada, de porque S..... introduce a L.... en sus primeros relatos".

El hecho acreditado es que los imputados abusaron sexualmente de S..... a los seis y los nueve años de edad, accediéndola carnalmente vía vaginal, mediando asimismo actos de fuerza e intimidación, en el hogar familiar en ... .., Calle ... .., casa ..... de ..... .., propiedad de su padre biológico T.... U..... -

El tribunal arribo a esa conclusión luego de analizar toda la prueba incorporada, expresó que "el testimonio de S..... A..... prueba directa que devino contundente a la luz de las normas de la experiencia y del recto entendimiento humano (dichos claros, no contradictorios, coherentes y circunstanciados de la víctima), sino también su verificación experticia, por tres licenciadas en psicología Canay, Dobner y Sonia Campos, todas coincidentes en la validación del relato de S..... y

su falta de mendacidad, sin fabulación, validado en razón de reproducir una experiencia vivenciada, (Zucarino).(…)

“la joven S.... relata el hecho abusivo: brindando suficientes detalles y circunstancias de modo, tiempo y lugar, “dijo que fue abusada desde los seis años por su papá y los amigos de él. Que se acuerda los nombres de ellos, y que a veces los cruza. Que son M..... Q....., C..... E....., C..... C..... Que el padre se llama T.... U..... Dijo que la tomaron a la fuerza, que la penetraron. Cuando tenía seis años. Que estaba viviendo con su papá, que esto pasó en su pieza. Que hubo una fiesta, salieron al boliche, y quedaron ellos tres, corrió alcohol. Que le agarró sueño por ratos. Que subió M...., C..... y C..... Que la agarraron y ella se despertó asustada. Que M..... estaba grabando con una cámara. Que se dormía y se despertaba. Que el padre nunca hizo nada y estaba presente. Que cuando se despertaba veía la cara de C..... arriba de ella. Que sentía dolor abajo, en la vagina. Que estaba la ropa manchada con sangre. Que estaban manchadas las sábanas. Que no podía hacer pis porque le ardía. Que ella estaba en la planta alta. Que ella se había acostado para dormir. ¿Había alguna persona que haya visto esto? No. Que recuerda haber visto a C..... y a C....., C....., arriba suyo. Que M..... estaba grabando con una Cámara. Que en esa

fiesta comió pollo al disco. ¿Por qué sentía que se dormía y se despertaba? Que le agarraban cabezazos, que no tenía sueño. Que se acuerda que fue a los seis años porque fue cuando se pelearon los padres. Que se pelearon a los 5 años. Que vivió desde los 5 hasta los 14 con el padre. Que vivió siempre en esa casa que queda en ..... Que se fueron al boliche sus hermanos, sus tías, amigos". "Que a los nueve años pasó otra vez, que fue M....., y que su padre la abrazaba y le decía que no iba a pasar nada. Que tenía nueve, fue para su cumpleaños, hicieron una fiesta. Que todos se fueron para la casa de su tía S..... Que subió su papá y M....., y que le hicieron lo mismo. Que ya tenía miedo de acercarse a ellos, y que ahí se acuerda que se durmió. Que se acostaron arriba suyo otra vez. Que sintió dolor, pero medio diferente a la primera vez. Que la penetraron (refiriéndose a ambos). Que el padre la agarraba de los brazos y le decía que no le iba a pasar nada. Que fue en la misma casa. Que fue en el mismo lugar. Que fue en la madrugada. Que todos estaban tomando".

Como colofón destacaron los jueces que "el relato de la víctima de abuso sexual, S....., no exhibe fisura ni contradicción alguna, resulta creíble, veraz y convincente en todas y cada una de sus partes o momentos (la protegida intermediación del juicio oral permite al

Juzgador y a las partes una mejor valoración de los testimonios, incluyendo no sólo las manifestaciones verbales, sino también otros aspectos expresados con gestos, actitudes y posturas corporales, por ejemplo). Hay en el relato de la joven víctima, una estructura lógica, un estilo continuo rico en detalles objetivos, secuenciales y contextuales. Por todo lo antes expresado es que considero acreditado dos hechos de abuso sexual con acceso carnal, el narrado en primer término en la acusación como autores C..... C..... y C.... E..... y un segundo hecho que tiene como autores del abuso sexual con acceso carnal a T... U..... y M.... Q.....”.

De este modo, la hipótesis acusatoria sostenida y acreditada por la fiscalía y la Defensoría de los Derechos del Niño , corroborada por la sentencia de responsabilidad, satisface el estándar probatorio exigido por el ordenamiento procesal, por lo que corresponde confirmar la sentencia impugnada, en cuanto ha sido motivo de agravios por parte de la defensa.

Por último corresponde tratar el agravio vinculado a la cuantía de la pena, afirmó la señora defensora que la pena le parece excesiva, que se desprendió del mínimo y no se ha podido demostrar el acceso carnal. NO es posible verificar una crítica a la sentencia de

determinación de pena, sólo una disconformidad marcada que se acentúa nuevamente en que no se ha podido probar el hecho.

Debemos recordar a la parte que esta fase del juicio es el corolario de una anterior, la declaración de responsabilidad de sus pupilos que fueron condenados por el delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por la participación de dos o más personas, conforme lo normado por el art. 119 cuarto párrafo inc. D; en calidad de coautores , art. 45 del CP y se les impuso una pena de 9 años. Agregándose respecto de U.....otra agravante por su calidad de ascendiente por lo que se le impuso una pena mayor de 11 años al concurrir dos agravantes.

El tribunal analizó que la defensa "no ha esgrimido consideración alguna sobre alguna causa que exima o justifique la culpabilidad de los declarados responsables en el suceso." Sin embargo fundamento el porqué imponía esa pena analizando como agravantes la diferencia etaria con la víctima menor, la extensión del daño físico y psíquico y como atenuantes, que mantienen vínculos familiares sólidos, son padres que trabajan para mantener a sus hijos y ejercen la paternidad y buen concepto en el vecindario.

Por lo que no verificándose el supuesto agravio, debe confirmarse la sentencia de determinación de pena en todas sus partes.

#### **IMPUGNACION DE LA FISCALIA**

El Ministerio Publico Fiscal, impugnó parcialmente en el escrito recursivo la sentencia de responsabilidad por entender que tras una arbitraria interpretación del art. 182 del CPP y de las distintas técnicas de litigación oral en juicios penales, fue rechazada la aplicación del instituto de la reincidencia respecto del encartado C... M... E.... -

Más allá del esfuerzo realizado por el quejoso en pos de lograr su objetivo primario, la realidad fáctica y jurídica dista mucho de asemejarse a la planteada por el impugnante.

En el ámbito penal no puede desnaturalizarse la autosuficiencia del documento de naturaleza pública, sosteniendo una interpretación literal de la norma del artículo 182 que imposibilita de ese modo la incorporación de los documentos públicos por lectura.

El tema gira en torno a diferenciar los denominados testigos de acreditación que es lo que regula la norma procesal penal, con la autosuficiencia de los

documentos públicos y su presunción de autenticidad, que es lo que entiendo genera confusión.

Para los documentos públicos no rige la regla del artículo 182 en virtud de la naturaleza de este tipo de instrumentos. La solución la aporta el Código Civil y Comercial de la Nación que en su artículo 293 establece que los instrumentos públicos extendidos de acuerdo a las normas del Código, gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado. Se complementa con lo dispuesto por el artículo 296 en cuanto refiere a la eficacia probatoria y establece que los mismos hacen plena fe en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal y en el otro apartado establece que también hace plena fe en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.

Sin embargo el cuestionamiento que debo achacarle al impugnante, es el de temporalidad, el momento procesal para incorporar la prueba es del juicio sobre la

pena, no el de la audiencia de control de acusación, lo estipula con claridad el artículo 178 en función del 179 del C.P.P., esa actividad fue omitida por la parte, nuestro actual sistema procesal considera prueba solamente a aquella información válidamente introducida en el momento procesal adecuado y producida en juicio, ello no sucedió.

De la información aportada surge que en oportunidad del artículo 168 presentó como prueba la planilla de antecedentes penales del señor E....., pretendiendo que en la sentencia de responsabilidad se lo declare reincidente. Efectuó un nuevo planteo en la audiencia de cesura, aunque esta vez olvidó introducirla como prueba conforme lo estipula la norma procesal.

Resta corroborar si efectivamente en la sentencia de responsabilidad del 27 de abril de 2017 se notificó a las partes la posibilidad de ofrecer prueba. Se confirma tal mención en el punto VIII, cuando dispuso "Otorgar a las partes un plazo de cinco días, a partir de la notificación de la sentencia con sus fundamentos en extenso para ofrecer prueba conforme lo previsto en el art. 178 del Código Procesal Penal y oportunamente ordenar a la Oficina Judicial fije audiencia en los términos del art.179 del mismo texto legal".

De modo tal que la falta de operatividad procesal del fiscal de grado pulveriza su reclamo, por inactividad. Así lo entendió el Tribunal de grado cuando expreso *"En este sentido veo que más allá de la postura propuesta por el acusador, la introducción de la información para ser valorada por los jueces debe hacerse al momento de la producción de la prueba, pues al ejercerlo en ese momento permite la posibilidad de ser controvertida por la o las otras partes y así poder los jueces que intervienen llegar a una valoración de la información. Hacerlo del modo que propone el acusador, más allá de no desconocer que se trata de un documento público y de su buena fe en cuanto a la lectura que hizo de los antecedentes que del informe surgían, esta modalidad impide que se ejerza sobre ella, cuanto menos la posibilidad de un contradictorio"*.

El meollo de la cuestión no giraba en torno al modo cómo se introducen los instrumentos públicos en juicio sino al tiempo en que son presentados. Por tales fundamentos debe rechazarse el pedido de declaración de reincidencia por no haberse introducido el documento de naturaleza pública en la etapa procesal oportuna. Esta es mi respuesta al agravio del Ministerio Público Fiscal.

El **Dr. Andrés Repetto**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Federico Sommer**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

**TERCERA: Costas.**

El **Dr. Daniel Varessio**, dijo:

Atento el principio general contenido en la primera parte del art. 268 del C.P.P. y considerando el derecho a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena, es que encuentro razón suficiente para eximir de costas al impugnante en esta instancia (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP). El mismo temperamento debe adoptarse respecto a la impugnación de la Fiscalía.

El **Dr. Andrés Repetto**, dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

El **Dr. Federico Sommer**, dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante. De lo que surge del presente acuerdo se:

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR ADMISIBLE** desde el plano formal la Impugnación interpuesta por la Defensa de interpuesta por la Defensa de U... R....., T..... H.....;

E....., C..... M.....; Q....., M.... J....., y  
C....., C..... M..... (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

Y la interpuesta por el Ministerio Público Fiscal en contra  
de la denegatoria de la declaración de reincidencia de  
C... E.... -

**II.- Rechazar la Impugnación deducida,**  
por la defensa, CONFIRMANDO la sentencia condenatoria  
impugnada, (arts. 246 y ccdtes. del Código Procesal Penal).

**III.- Rechazar la Impugnación deducida,**  
por el Ministerio Público Fiscal CONFIRMANDO la sentencia  
condenatoria impugnada (arts. 246 y ccdtes. del Código  
Procesal Penal).

**IV.- SIN COSTAS** en esta instancia (art.  
268, párrafo segundo, ÚLTIMA parte, del CPP).

**V.-Regístrese.** Notifíquese.

Reg. Sentencia N° 76 T° VI Año 2017.-