



**SENTENCIA N° tres /2018.** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los *seis días del mes de febrero de dos mil dieciocho*, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformado por los **Dres. Mario Rodríguez Gómez, Richard Trincheri y Florencia Martini**, presididos por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial "**J., H. A. S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL**", identificado como **Legajo MPFNQ 52. 121 Año 2015**, seguido contra **H. A. J.**, sin sobrenombres, de nacionalidad argentina.

**ANTECEDENTES:**

Por sentencia dictada el treinta de agosto de dos mil diecisiete por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. H. A. J. Rimaro, Fernando Zvilling y Martín Marcovesky, se resolvió DECLARAR a H. A. J., D.N.I -- como AUTOR penalmente responsable de los delitos de ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE por su duración, REITERADO, en CONCURSO REAL con el delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL –dos hechos- (art. 119, segundo párrafo en función del primero, tercer párrafo, 55 Y 45 del C.P.) con relación al hecho por el cual viene acusado y ocurrido en perjuicio de Y. B..

La Defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP) contra la sentencia de responsabilidad, celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el veinte de diciembre de dos mil diecisiete, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.



En la audiencia mencionada intervino por la Defensa el Defensor particular Dr. Santiago Marcelo Ramos Luna, por la Fiscalía el Fiscal Jefe, Dr. Rómulo Patti y por la Querrela institucional, la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, Dra. Marcela Robeda.

El Dr. Santiago Marcelo Ramos Luna dijo que a pocos días del vencimiento del plazo para impugnar, el señor H. A. J. presentó la renuncia a la defensa oficial ejercida hasta ese momento por el Defensor Jefe Pedro Telleriarte, designándolo defensor, por lo que previo al vencimiento del plazo presentó una impugnación con otros argumentos defensistas. Que sólo sostendría los agravios interpuestos en su escrito. Concretamente se agravió por no haberse incorporado al debate la prueba principal que constituye la cámara Gesell. Ni siquiera se incorporó a modo de lectura ni se tuvo en cuenta. Considera que ello viola los derechos constitucionales de su asistido por constituir el único elemento técnico y lógico para controlar el relato de la menor. Solicita se declare la nulidad por ausencia de incorporación de la prueba fundamental de la cámara Gesell, independientemente que la menor declara en el juicio, en virtud del principio de congruencia no se pudo tener un control efectivo del relato, siendo la única prueba directa contrastable con el relato originario. Se solicita que el tribunal tenga presente la jurisprudencia del fallo Casal, en el que se realiza una revalorización de toda la prueba, que se podría contrastar los dichos primigenios de la víctima en el sentido en que en la cámara Gesell ella relata que los abusos fueron cuando estaba conviviendo con el Sr. H. A. J., a los diez años, cuando en un primer momento relata que era a los nueve. Es un punto crucial que muestra contradicciones en el relato de la



menor. Primero relata que fue a los nueve en el domicilio del Sr. H. A. J., cómo va a abusar si no convivía. Otra cuestión es que la sentencia afirma que no tenía motivo para denunciar a H. A. J. cuando ella estaba celosa del Sr. H. A. J.. La licenciada Yartet, le consulta a la menor cuales habían sido los últimos abusos y dice no recordar nada. Ninguno de los testigos ha presenciado situaciones de abuso, tanto la madre como la abuela, conocen los hechos a través de los dichos de la menor. Nadie puede precisar el tiempo, hablan de siete u ocho años. Otra cuestión importante es que el padre de la menor, nunca pudo decir nada certero ni objetivo en virtud que conocía los hechos por dichos de los dichos. Ella dice que en un primer momento la espera afuera del baño y la lleva a la habitación, otras veces dice que ya estaba desnuda en la cama y finalmente dice que siempre le bajaba los pantalones. Hay tres situaciones diferentes que nunca fueron contrastadas en el sentido que sólo se tomó los dichos de la menor en la audiencia de debate y no se lo contrastó puntualmente tratando de respetar el principio de congruencia porque la acusación nace con los dichos primigenios de la cámara Gesell. Se le solicitó al juez de garantías en la audiencia de prueba para la impugnación que se incorporara la cámara Gesell y no se hizo lugar, a pesar de que el juez cito el fallo Casal. Por último también se dijo que H. A. J. había abusado de su otra hija, S. y no se hizo lugar al testimonio de ella para contrastar los dichos de la víctima y tampoco se hizo lugar en la audiencia de prueba lo que afecta el derecho de defensa. Recapitulando, al no haberse incorporado debidamente la cámara Gesell independientemente de que haya declarado en el debate, por cuanto la única forma de controlar ese relato era teniendo en cuenta esos dichos. Dado que es la única



prueba, y así se lo dice en la sentencia, solicita se deje sin efecto la sentencia condenatoria y se dicte el sobreseimiento definitivo de su defendido.

A su turno la Sra. Defensora de los derechos del Niño, Dra. Marcela Robeda, dijo que el recurso fue presentado extemporáneamente por parte del defensor particular, no así el de la Defensa pública, presentado por el Dr. Telleriarte. El escrito del defensor particular, se presenta el 23 de noviembre a las 8.30 hs. La sentencia condenatoria es del 30 de agosto y la de determinación de pena el 26 de octubre de 2017 razón por la cual está fuera de término. Los agravios de la defensa pública tenían que ver principalmente con la arbitraria valoración probatoria.

Dada la palabra al Dr. Patti expresó compartir los argumentos expresados por la Querellante.

El Dr. Ramos Luna dijo que su defendido fue notificado el 7 de noviembre de 2017, siendo presentado el escrito el 23 de noviembre, dentro de los diez días hábiles.

Luego de deliberar el tribunal resuelve no hacer lugar a la inadmisibilidad de la impugnación presentada por el defensor particular, dado que el escrito fue presentado dentro del plazo legal contado a partir de la notificación al imputado.

Dada la palabra a la Fiscalía para que se pronuncie respecto del fondo, el Dr. Rómulo Patti manifestó que en primer lugar trataría la nulidad solicitada por ausencia de incorporación de la cámara Gesell. Entiende que dicha incidencia fue oportunamente resuelta; dada la edad de la presunta víctima nacida el 12 de febrero



de 2001, correspondía su declaración en el debate. Tampoco se ofreció el testimonio de la licenciada Ortiz que recibió dicha declaración. Se le atribuyó desde febrero de 2009 hasta julio de 2014, quince años de edad al momento de la formulación de cargos, que era la hija de su pareja. Tocamientos sobre sus pechos, cola, vagina, exhibición de su pene, apoyo de éste en la cola y posteriormente la introducción en zona vaginal, acompañados por amenazas. Hechos ocurridos en -, domicilio de la madre del imputado y los otros en - donde vivía con la madre de la niña, conducta que fue calificada como abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal, agravado por su calidad de guardador y contra una persona menor de dieciocho años art. 119 2do párrafo en función del 4to párrafo b y f del Código Penal.

El testimonio de la niña víctima conforma el nudo central de la acusación. Este es creíble, coherente, corroborado a través del tiempo, persistente, con las variaciones irrelevantes propias del transcurso del tiempo, ya que en la modalidad, lugares, autor, el relato es persistente. No hay ninguna otra persona vinculada a lo que la niña padeció, tal como surge de los informes realizados por Licenciados Cabezas y Estanislao. Se reafirma la coherencia, claridad, y acople con el testimonio de su abuela quien recibe la develación de los hechos, de su mamá y el resto de familiares (tíos, la psicopedagoga, etc.) que mantuvieron en líneas generales el relato de la niña. También con indicadores como la baja del rendimiento escolar, conducta introvertida y desconfianza de lograr credibilidad en sus seres más queridos (como su madre). Siguiendo las líneas del precedente T., citado por el vocal preopinante. En su descargo el imputado alude a que la madre de la niña le había manifestado que su hija



había sido abusada. Debe quedar claro que no hay nada para sostener dicho descargo, ni siquiera examen médico que lo avale, tal como emerge del informe médico de la Dra. Robato. El relato siempre se dirigió a H. A. J. y no se advierte animosidad de Y. B. contra H. A. J., incluso trató de irse a vivir a otros lugares como a lo de sus tíos. En cuanto a las supuestas contradicciones no son relevantes y así lo explica la sentencia.

Por su parte la Sra. Querellante dijo que Y. B. contaba con 16 años de edad y es así como declara. No se solicitó que declarara como testigo la Lic. Ortiz. Por lo tanto deberá rechazarse dicha nulidad. El planteo fundamental es reeditar lo que ya se había alegado en el debate sobre la credibilidad del relato de la menor, de una situación de rencor por la situación tormentosa que mantenía H. A. J. con su madre y la debilitación del relato por la fecha en la que se presenta la denuncia en el mes de julio de 2015. Todas estas cuestiones fueron contestadas por el voto del Dr. Marcovesky al que adhieren los Dres. Zvilling y Rimaro. El relato de la niña es confrontado con los demás elementos de cargo. Y. B. nos dice en el minuto 99.09 cuando pasó por primera vez a sus nueve años. Cuenta el dolor que le había producido la penetración vaginal, por lo que la niña le muerde el pecho. Al llegar la madre H. A. J. le cuenta que la niña se había portado mal; ante ello se lo cuenta a su abuela quien le dice que se tranquilice que luego iban a hablar. Ello muestra la vulnerabilidad de la niña ante adultos que no la protegían. La madre y la abuela pensaban que a los nueve años había tenido la menarca cuando el sangrado respondió al acceso carnal del Sr. H. A. J.. La niña también dijo que la madre incluso

veía lo que pasaba y no hacía nada. El la amenazaba que no contara nada, pensaba la niña que le iba a pasar algo a su mamá o su hermanito. El juez confronta el relato con los testimonios de la madre, de la abuela, de la tía, del padre, de la Lic. Sandoval del 102 del Castro Rendón, de la Lic. Estanislao que hace un informe victimológico, de los licenciados Cabezas (de la Defensoría del Niño) y G. quien interviene ante la develación en la escuela de enfermería, en julio de 2015, quien pide la intervención de la defensoría. El juez alude al proceso de validación diagnóstico que confirma la veracidad del testimonio. La vergüenza, la angustia, no se consideró simulados. Ella había contado lo que le había pasado, y esto es coincidente con el informe médico que da cuenta que no tenía membrana himeneal, con una dilatación superior a un centímetro y un trauma penetrante recidivante crónico. A esa altura los abusos habían cesado. Con todos estos elementos no hay fisuras que puedan hacer pensar que hubo arbitrariedad en la sentencia. Hay una fundamentación argumental de cada uno de los elementos de cargo conjuntamente con lo manifestado por la víctima que es la fuente de información principal en todos los delitos contra la integridad sexual. Por lo expuesto, considera que deben rechazarse los agravios y confirmarse la sentencia de responsabilidad penal y de pena.

Dada la última palabra a la defensa sostuvo que la propia querellante reconoce las contradicciones que no fueron debidamente controladas. La acusación penal es única y cómo pudo controlarse la persistencia del relato si no se tuvo en cuenta la cámara gesell. Las testimoniales no aportan datos objetivos. Que el magistrado le crea a la víctima es un dato subjetivo.



Dada la última palabra al Sr. H. A. J. dijo que se sintió indefendido. “En una palabra no tuve defensa” hasta que contrató un defensor particular. Le llama la atención que los profesionales no hayan podido determinar que la menor ha mentado. Para ella es una picardía, comenzó en el colegio y lo que trata de ocultar es que tuvo una relación de mucha data anterior. Presentó a su hija de testigo porque Y. B. había dicho que ella también había pasado por una situación de abuso. La citó para que desmintiera sus dichos. Y. B. ha crecido en un ámbito familiar difícil pero ha encontrado la forma de eludir responsabilidades a través de la mentira. Tiene la conciencia tranquila de que no le ha tocado ni un solo pelo. Sus dichos son todas mentiras.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Florencia Martini**, luego el **Dr. Mario Rodríguez** y, finalmente, el **Dr. Richard Trincheri**.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 –de aplicación supletoria- del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

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

La **Dra. Florencia Martini** dijo:

Considerando que la impugnación deducida contra la sentencia fue interpuesta en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una





decisión que es impugnabile desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento, sin perjuicio que lo atinente a la temporaneidad fue resuelto en el transcurso de la audiencia, rechazando la inadmisibilidad planteada por las acusadoras por haberse interpuesto en término la impugnación.

El **Dr. Mario Rodríguez**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Richard Trincheri**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

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

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

Habré de adelantar que los agravios expuestos por la defensa no han de tener acogida.

El impugnante se agravia por no haberse incorporado la cámara Gesell como elemento de prueba al debate considerando que se trataba de una prueba esencial ya que permitía contrastar contradicciones entre el relato inicial y el dado en juicio por la víctima. Asimismo considera que dicha omisión afecta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia ya que los cargos fueron formulados a partir de los dichos primigenios de Y. B. en cámara Gesell, analizando la sentencia sólo los dichos aportados en el debate. A partir de estos argumentos la defensa desarrolla las contradicciones atinentes al tiempo modo y lugar de los hechos entre el relato

originario y el dado en juicio. Finalmente se agravia por no haber hecho lugar el juez de garantías a la prueba ofrecida para la audiencia de impugnación, a saber, la cámara Gesell y el testimonio de S., hija del imputado (a fin de contrastar los dichos de Y. B. en cuanto manifestó que el imputado también había abusado de su hija S.).

En primer lugar se advierte que el impugnante no realiza una crítica razonada de la sentencia por cuanto directamente se agravia por un hecho previo al juicio, concretamente, la audiencia de control de acusación en la cual no habría ofrecido el defensor oficial la cámara Gesell como prueba para el debate. El impugnante considera que la sentencia es nula por esta omisión.

Es por ello que no habré de ingresar al análisis de la sentencia, ya que aun cuando las acusadoras desarrollaron una crítica razonada de la misma, explicitando la razonabilidad de la argumentación efectuada por el magistrado que realiza el primer voto (al que adhieren los restantes magistrados), refiriéndose en particular a la persistencia del relato (coherencia interna) como así validación diagnóstica y médica del relato de Y. B.(coherencia externa) como a su corroboración periférica, lo cierto es que, sobre este extremo (valoración probatoria) no hubo refutación de la defensa al otorgársele la última palabra. Si bien el escrito de impugnación presentado por la defensa pública se asentaba en una arbitraria valoración probatoria, dicho agravio no fue sostenido por el defensor particular, quien durante el trascurso de la audiencia a la pregunta del Dr. Mario Rodríguez si iba a fundar ambas impugnaciones, contestó que *sólo fundaría la impugnación por él presentada* (atinente a la omisión de incorporar



como prueba la cámara Gesell y consecuente afectación del principio de congruencia).

Ingresando al planteo de nulidad, entiendo que yerra el Dr. Ramos Luna al considerar que la cámara Gesell ineludiblemente debe ingresar como prueba al debate (y si así fuese, tampoco eligió la vía adecuada al efecto, que sería una defensa ineficaz por parte del defensor actuante en la audiencia de control de acusación, por omitir ofrecer una prueba esencial) .

La cámara Gesell constituye un anticipo jurisdiccional de prueba en los términos del art. 155 inc. 4° del CPP, en la medida en que la persona posea hasta quince años de edad, ya que se trata de un dispositivo por el que se recepta el testimonio que ha sido instituido en amparo de los niños y adolescentes de dicha franja etaria. Si al momento de realizar el debate, la persona supera la edad prevista por la norma, el testimonio debe ser producido en el juicio.

La prueba testimonial es la que se produce en el juicio. Lo mismo sucede con las demás situaciones previstas como anticipo jurisdiccional de prueba. Si se les recibe el testimonio a personas que por razones excepcionales y debidamente acreditadas no podrán recibirse en juicio (art. 155 inc. 2°) y luego la persona se encuentra disponible para el debate, el testimonio debe ser producido en el juicio. En dichos casos, la declaración primigenia funciona como “declaración previa” y puede ser utilizada durante el juicio para evidenciar contradicciones o refrescar la memoria el

testigo tal como lo prevé el art. 186 del CP. Se considerará declaración previa cualquier manifestación dada con anterioridad al juicio.

Las declaraciones previas no deben ser necesariamente ofrecidas como prueba en la audiencia de control de acusación. Basta con exponerlas durante el desarrollo del juicio especificando si se tiende a superar o demostrar una contradicción o ayudar a la memoria del testigo. Lo mismo sucede con las declaraciones video filmadas recibidas por la fiscalía durante la etapa preparatoria.

Si lo que pretendió la defensa es argumentar que la defensa actuante en el juicio no utilizó la declaración previa prestada en cámara Gesell por la víctima a fin de demostrar las contradicciones, debió haber planteado, argumentado y acreditado una defensa ineficaz, desarrollando la relevancia de dichas contradicciones en el contexto de la valoración integral de la prueba efectuada por el tribunal de juicio.

En cuanto a la afectación del principio de congruencia, no se advierte mutación entre la acusación y la sentencia pasible de lesionar el derecho de defensa. Las declaraciones previas expuestas para demostrar contradicciones como las que expone el impugnante apuntan a la credibilidad del testimonio. En el caso que nos ocupa, siendo fundamental el relato de la víctima, la utilización de dichas declaraciones, cuando resulta efectiva (esto es cuando las contradicciones no logran superarse a partir de las explicaciones del testigo) sirven para evidenciar la impersistencia del relato y en consecuencia la ausencia de coherencia interna. En definitiva, no se trata de una afectación al principio de congruencia sino de valoración



probatoria de los hechos que constituyen la acusación que sirve de base a la sentencia.

Finalmente, en lo que respecta a las pruebas ofrecidas para la impugnación de la sentencia (cámara Gesell y testimonio de la hija del imputado), no habiendo impugnado dicha denegatoria (previo a la audiencia de impugnación de la sentencia definitiva) la defensa consintió la resolución adoptada por el juez de garantías, resultando en consecuencia extemporáneo el planteo en esta instancia como así incompetente este tribunal para resolver tal agravio.

Por todo lo expuesto considero que los agravios introducidos por el impugnante no se han constatado en el caso. Por lo que corresponde se confirme la sentencia en todos sus términos. Mi voto.

El **Dr. Mario Rodríguez**, manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Richard Trincheri**, expresó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

**TERCERA:** ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

Por tratarse de una impugnación ordinaria y a fin de no menoscabar el derecho al recurso del imputado considero que debe eximirse de costas al impugnante.



El **Dr. Mario Rodríguez**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Richard Trincheri**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

Conteste con las posturas enarboladas, el Tribunal de Impugnación, **por unanimidad**,

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por el recurrente en favor de H. A. J..

**II. - NO HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria deducida, por no constatarse los agravios, confirmando en consecuencia la sentencia de fecha veintiséis de octubre de 2017 por la que se declara a H. A. J., de demás circunstancias personales consignadas, como autor penalmente responsable de los delitos de **ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE** por su duración, **REITERADO**, en **CONCURSO REAL** con el delito de **ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL** –dos hechos- (art. 119, segundo párrafo en función del primero, tercer párrafo, 55 Y 45 del C.P.) por el que oportunamente se le impusiese la pena de diez años de prisión, accesorias y costas.

**III. - EXIMIR DE COSTAS** a la Defensa por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia en esta instancia.



IV. - Remitir el presente pronunciamiento a la Dirección de Asistencia a la Impugnación correspondiente para su registración y notificaciones pertinentes. **Dr.**

**Richard Trincheri Juez**

Reg. Sentencia N° 03 T° I Año 2018. -