

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia"

**SENTENCIA N° cincuenta y cuatro /2016.-** En la ciudad de Zapala, a los ***tres días del mes de junio de dos mil dieciséis,*** se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los Sres. Jueces, **Liliana Deiub, Florencia Martini y Héctor Rimaro,** presididos por la primera de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial "**P., G. F. S/Abuso Sexual**", identificado como **Legajo MPFZA 11.682 Año 2014** seguido contra **G. F. P.,** DNI n° ....., de nacionalidad ....., estado civil ....., nacido el ... de ..... de ....., en ....., hijo de ..... y ..... ....., de oficio o profesión ....., con domicilio en ....., Barrio de ..... casa ....., de la Provincia de .....

**ANTECEDENTES:**

A) Por sentencia dictada el cinco de octubre de dos mil quince por el Tribunal integrado por los Dres. Beatriz Martínez, Leandro Nieves y Mario Tommasi, se resolvió declarar a G. F. P. como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple, varios hechos, como delito continuado, en concurso ideal, agravados por ser cometidos contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia

preexistente, cometidos en ....., entre los meses de Enero del año 2013 y hasta el 19 de Abril del año 2014, en perjuicio de N. E. M.. Mientras que por sentencia dictada el 5 de abril de 2016 se condenó al nombrado a la pena de tres años de prisión de ejecución en suspenso.

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 día diecinueve de mayo de dos mil dieciséis, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa el Defensor oficial, Dr. Miguel Manso, por la fiscalía, la Dra. Sandra González Taboada y por la querrela, la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, Dra. Paula Beatriz Castro Liptak.

B) El Dr. Manso estructuró los agravios en cinco motivos, a saber: Errónea aplicación de la ley sustantiva (1); Errónea valoración de la prueba de cargo en la materialidad del hecho (2) Arbitraria valoración de los dichos de la víctima (3) Violación de los principios de congruencia y de no contradicción entre fundamentos y conclusión (4) y, Falta de motivación suficiente (5).

Sostuvo que su asistido fue acusado por el hecho que fuese calificado como abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia previa y luego condenado por abuso sexual simple, varios hechos, como delito continuado, en concurso ideal, agravados por ser cometidos contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente. En tal sentido entendió que el tribunal ha dado una calificación jurídica distinta al hecho por el que fuera acusado P., al calificar como abuso sexual simple, varios hechos, cuando las partes acusadoras no hablaron de esa figura, sí en cambio, acusaron por abuso sexual gravemente ultrajante, calificación sobre la que el Tribunal no se expidió. Todo ello viola los principios de congruencia y de no contradicción. Señaló también que la Fiscalía acusó que el hecho fue cometido cuando la niña tenía diez (10) años; el Tribunal agregó también cuando contaba con once (11) años; Argumentó que, las acusadoras incluyeron en la conducta reprochada -tal como surge de la descripción transcripta- una acción de digitalización del acusado sobre los genitales de la niña, circunstancia que el Tribunal descarta en los siguientes términos: "(...)la Dra. Trifilio consignó en su informe que la víctima presentaba himen desflorado, con dos lesiones (en hora 3 y 6, compatible con la introducción de dos dedos o un pene)

al no haber sido referida por la niña tal situación y partiendo siempre de que la base del bloque probatorio de cargo es su testimonio, no puedo tener tal circunstancia por probada". Y Que dicha afirmación viola el principio lógico de no contradicción, entre el razonamiento efectuado por el Tribunal y la conclusión a que arriba respecto de la calificación. Concretamente la sentencia dijo: "*Respecto de la figura del delito continuado, entiendo que se dan los presupuestos toda vez que los ataques sexuales son realizados como partes de un mismo designio delictivo llevado a cabo por un mismo sujeto, contra la misma víctima y con las mismas modalidades dentro de un segmento temporal determinado, lesionando el mismo bien jurídico protegido que es la integridad sexual de N. E. M.*".

Sostuvo la defensa que estos fundamentos son contradictorios con la conclusión que de ellos se infiere: "*(...)autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple, varios hechos, como delito continuado, en concurso ideal, agravados por ser cometidos contra una menor*". Expresó que el principio de congruencia se vio vulnerado al calificar como delito continuado, cuando las partes acusadoras no calificaron de esa forma los hechos imputados, lo que ha impedido a la defensa argumentar al respecto, pues en relación a la figura del delito continuado, la doctrina no es pacífica en cuanto a cómo se

configura el mismo ya que al calificarlo de esta forma se entiende que es un solo hecho (compuesto por varias acciones, como dice el propio Tribunal de juicio). Agregó que también se violenta el principio de contradicción cuando a los hechos constitutivos del delito continuado se los hace concursar idealmente. El concurso ideal, se configura cuando una única conducta es abarcada por dos tipos penales diferentes, lo que no ocurre con el delito continuado, que es siempre la misma norma en la que encuadra la acción. No puede haber delito continuado y al mismo tiempo un concurso, aunque este sea ideal. Finalmente, adujo que las falencias apuntadas representan una deficiente motivación en tanto no se integran en forma armónica la *quaestio facti* con la *quaestio iuris* pues se advierte que la norma aplicada no se condice con los hechos "descubiertos" por el tribunal. Los hechos enunciados deben corresponderse con la realidad empírica efectivamente acontecida -esto no sucede- y tampoco ha habido una correcta identificación de la norma que justifica la decisión tomada en la sentencia. Que dicha deficiente motivación, implica un severo error en la aplicación de la ley penal que viola el derecho de defensa en juicio, pues si bien el Tribunal puede dar una calificación distinta al hecho que el propuesto por los acusadores, no puede modificar el hecho descripto por éstas, que se acentúa al

incluir un concurso de delitos, (que además no existe) lo que claramente se aparta de la descripción fáctica de la acusación.

En relación a la insuficiente motivación agregó la defensa que el tribunal de juicio, se limitó a recrear los dichos de cada testigo, sin efectuar ninguna valoración de la credibilidad del testigo, ni desarrollar el análisis del grado de veracidad de su testimonio. Que no cumplió con el carácter de "armónico" de la mencionada ponderación, pues si no se analiza el grado de credibilidad de cada testimonio en forma individual, menos pueden vincularse razonadamente los testimonios en su conjunto, donde se relaciona cada prueba con las restantes, para formar un bloque integrado que le permita al Tribunal inferir una conclusión sustentada en ese conjunto. Agregó que en tal contexto la cita del fallo "Torres" resulta superflua, pues éste se sustenta fundamentalmente en la existencia de los solos dichos de la víctima, sin otra prueba que lo ratifique. En cambio en este caso, el propio Tribunal dice, luego de citar el fallo "Torres" y otros en que se aplicó su doctrina, *"Y, en el presente caso, la versión de la víctima es absolutamente creíble, convincente y corroborada por elementos objetivos e independientes"* dicho lo cual, bien podría pensarse que ya la doctrina de "Torres" no es aplicable a este caso, porque a continuación

ingresa a la recreación de los dichos del padre de la niña, D... A..... M..... y de las terapéuticas, psicólogas María Soledad Moro e Itatí Zabala y Pablo Colazo, que fuera quien tomó la Cámara Gessel de la menor. Existiendo más prueba que los solos dichos de la víctima, deviene inaplicable la jurisprudencia citada, debiéndose apoyar la conclusión en la valoración de la totalidad de la prueba. Entendió que se cae una vez más en un subjetivismo decisionista al calificar con adjetivaciones a los dichos de la niña tales como "*absolutamente creíble, convincente*", sin desarrollar ninguna razón de esos dichos como no sea su íntima convicción, absolutamente incontrolables para las partes, en cuando al grado de verdad que cada una tiene. Agregó que el Tribunal efectúa una cita de puntos de lo que sería un estándar de credibilidad, en este caso de los dichos de la víctima y lo hace en estos términos: "*...El relato de la niña además de lo que percibimos directamente de la video filmación reproducida en la audiencia encuentra pleno respaldo en los otros elementos de prueba analizados recientemente. Y, en este sentido la doctrina y jurisprudencia han ido señalando diversas pautas en el análisis de esos dichos estimando fundamentales las siguientes: a) ausencia de móviles espurios, b) coherencia interna y externa del relato, c) persistencia en la incriminación y d) corroboración periférica del relato con*

*datos de carácter objetivo...*". Que dicha transcripción no deja de ser una apariencia de motivación. En efecto, de lo declarado por la niña en la video grabación, nada dice la sentencia, de manera que no se ha valorado la misma pese a que se lo afirma. Los puntos del estándar probatorio de sus dichos, han sido mencionados, pero de ninguna forma desarrollados y probados, en especial el (b) cuando habla de coherencia interna y externa del relato. Nada se dice de la coherencia interna, como se concreta, cuando, conforme se ha dicho precedentemente, su relato ha sido impreciso y contradictorio, tan es así que a estarse a la conclusión del forense Colazo "*el relato es creíble, aunque concentrado al último episodio*"; tampoco se desarrolla razonamiento alguno respecto de la coherencia externa, llegando paroxismo de la incoherencia, cuando la fiscalía acusa por un hecho determinado y el tribunal condena por otro diferente.

Asimismo se agravió por considerar que la sentencia exhibe una errónea valoración de la prueba de cargo de la materialidad del hecho. Sostuvo la defensa que las características señaladas de las expresiones de la niña, que a los jueces les impresionaron como "espontáneas y veraces" y "despojadas de todo ánimo de perjudicar maliciosamente" al acusado, son conclusiones absolutamente subjetivas del juez preopinante, de imposible comprobación



empírica, carentes de toda posibilidad de confirmación fáctica ni de control en cuanto al contenido de verdad de las mismas, valorados desde la lógica jurídica, puesto que el Tribunal, no señala ningún dato objetivo que habilite un control a los fines de corroborar su conclusión. Afirmaciones de estas características, donde sólo se efectúan adjetivaciones sin desarrollo empírico, no superan el estándar de una fundamentación aparente. Así por ejemplo, para establecer el "inicio de los abusos", el tribunal valora como creíbles lo afirmado por la niña que dijo que "creo que era enero" y al serle preguntado porque recordaba que era enero dijo que era porque "siempre tenía en cuenta ese mes". De esta declaración ¿puede concluirse que la misma es "espontánea y veraz"? por lo menos del carácter veraz, sólo el decisionismo subjetivista del tribunal permite tenerlo por acreditado. Cita el Tribunal como apoyo de sus conclusiones, los testimonios de las terapeutas de la niña, Lic. Irati Zabala y María Soledad Moro. Respecto de esta última textualmente expresa: *"Finalmente dijo que fueron dos técnicas para determinar indicios en particular por las que concluye en que hay indicadores como la inseguridad, el retraimiento y la inhibición, de que existió alguna situación relacionada a lo sexual"*. Advirtió que el Tribunal se remite a lo declarado por la Psicóloga, quien por su parte no señaló

cuales eran las dos técnicas que utilizó, ni especificó que técnica le permitió concluir cada cosa. Respecto de Zabala, sostuvo que la cita aparece carente de relevancia probatoria, ya que se refirió a la ansiedad de la niña dado que su madre, le prometió que vendría a buscarla desde Chubut, donde vive junto a P., cuando consiguiera trabajo, siendo su aporte irrelevante. También sustentó el Tribunal su conclusión en lo dicho por el psicólogo forense Lic. Colazzo. Afirmó que este testimonio se repite en cada ocasión que debe testimoniar en delito sexuales al que asimila, con cita de Marcelo Sancinetti, a los dichos de la "tía Clarita" ("Las imputaciones por abuso sexual libradas a la arbitrariedad del denunciante"). Agregó que se da en este supuesto lo que se denomina una argumentación circular: el perito dice que la niña no miente; la niña dice que fue abusada por P.; conclusión: P. es culpable. Entendió que ninguno de los testigos mencionados en sus declaraciones ha permitido al Tribunal, fundada y racionalmente, tener por probada la materialidad del hecho, por lo que consideramos arbitraria su conclusión.

Finalmente se agravió por entender que existió una arbitraria valoración de los dichos de la niña. El ministerio Fiscal fijó el hecho temporalmente de la siguiente manera: "Que desde el mes de Enero del año 2013 y

hasta el 19 de abril del año 2014 (...)", más aún, el Tribunal dice que "*la última vez fue en su pieza un día viernes o sábado a la noche.*", con sustento en lo declarado por la niña. Entendió la defensa que esta afirmación del Tribunal deviene arbitraria, al creerle, desde un relato vago e impreciso los dichos de la niña, presunta víctima de autos, la ocurrencia del último acto consumativo. Toma esta declaración como prueba, cuando en realidad lo que la víctima relata es el hecho a probar. Si alguien dijera, "Juan me robó", eso solo no es suficiente para condenar, es lo que él dice que sucedió, es el enunciado del hecho a probar, la prueba es un hecho ajeno a lo que dice la víctima que le pasó. Ningún juez condenaría a alguien con los solos dichos del denunciante, si previamente no se aporta algún dato externo a su relato que lo ratifique. Expresó la defensa que, de las constancias de la causa, surgen graves imprecisiones por parte de Eluney Mardones que no permiten que se determinen los hechos con claridad, como así tampoco, ningún aporte probatorio independiente de los dichos de la propia víctima confirma su testimonio. Que el hecho por el que se lo acusa a Paillalef va desde enero 2013 hasta el 19/04/14, y esto tiene relación con lo dicho por la niña en Cámara Gessel, quien dijo que el último acto de abuso fue cometido "un mes atrás" (la C.G se efectuó el 23/5/14) sin otro tipo de precisión, ante ello, la fiscalía

pone como fecha límite el 19 de Abril. En el juicio, el padre de la niña, Mardones, declaró -a preguntas de la defensa- que la misma se fue a vivir con él, el jueves 16 de Abril, no regresando más a la casa de Paillalef, dado que en esos días hizo la denuncia. Por lo tanto, un dato fundamental a los fines de la credibilidad del testimonio de la niña, no fue valorado por el Tribunal, quien sólo hace mención a que fue un "viernes o un sábado a la noche", sin ninguna precisión, afirmando que "*la imputación no consignó que en ese fin de semana concreto (viernes o sábado por la noche) ocurrió el último hecho abusivo, sino que fue antes del 19 de abril*" si esto fuera así, como concluye el Tribunal, qué sentido tiene que se diga que fue hasta el 19 de Abril de 2014, si desde el día 16 la niña no volvió a estar con Paillalef, por lo tanto la fecha de comisión del último hecho esta indeterminada, pero es evidente que no fue antes del 19/4, sino que por lo menos lo fue antes del 16/4. La conclusión por lo menos deviene arbitraria por la deficiente valoración de la prueba por parte de los Jueces, cuestión que por lo menos debió generar duda, -entendiendo por duda una cuestión totalmente objetiva- ante la gravedad de la imprecisión fáctica en el enunciado, respecto de la efectiva comisión del hecho. Sostuvo la defensa que con eso solo no alcanza para condenar por un hecho que implica además de la pena, el

desprestigio, la pérdida del honor, la destrucción de la familia, y la cesantía de su lugar de trabajo de un integrante del Ejército con muchos años de antigüedad, que es con lo que sostiene a su familia. Debe ser el tribunal riguroso en la valoración de la prueba de cargo, exigiendo un alto estándar de prueba, por la enorme trascendencia penal, moral y familiar que la condena implica. Por lo tanto ninguna prueba independiente, confirma lo declarado por la niña.

Por lo expuesto peticionó la Defensa se declare la nulidad de la sentencia.

C) A su turno, la Sra. Fiscal, Dra. Sandra González Taboada manifestó, respecto a la errónea aplicación de la ley sustantiva, que la misma no se constata en el caso, dado que el Tribunal tiene la facultad de encuadrar el hecho sobre la plataforma fáctica imputada en una figura menos grave que la sostenida por las acusadoras. Que el tribunal condena por un abuso sexual simple al descartar el gravemente ultrajante por asentarse en el informe médico en soledad (en tanto no se condijo con los dichos de la niña). Tampoco se advierte afectación al principio de congruencia, en tanto la defensa conocía la imputación y pudo defenderse adecuadamente. Respecto de la errónea valoración de la prueba, consideró que el Tribunal valoró los dichos de la niña en congruencia con los del

padre (que recibió el relato de parte de la niña). En igual sentido valoró el Tribunal el testimonio de la Lic. Moro que sostuvo la presencia de indicadores de abuso sexual. Respecto del testimonio de la Lic. Zabala, si bien es cierto que no refirió al hecho concreto, lo relevante es que expresó que la niña sintió miedo, y esa circunstancia fue sostenida por la niña ante su padre y ante el Lic. Colazzo. Asimismo, este último valida diagnósticamente el hecho. Que a ello se suma la circunstancia en la que se efectúa la develación, esto es, al viajar su madre junto al acusado a Chubut, por un traslado laboral, quedando la niña al cuidado de su padre. En relación a la valoración de los dichos de la niña, sostuvo la fiscal que la sentencia valoró la persistencia del relato y la corroboración periférica, merituando los testimonios coherentes de los licenciados Moro, Zabala y Colazzo e incluso el testimonio de la madre, quien declaró que le creía a su hija. Que por su parte, los testigos ofrecidos por la defensa no excluyeron el hecho, limitándose a describir a la persona del acusado. Consideró también que no existió afectación al principio de congruencia, en tanto el encuadre legal dado por el Tribunal es congruente con los hechos imputados. En relación a la afectación del principio de no contradicción, entendió que no se constata la misma, por cuanto la niña informó que los hechos se habían desplegado en varias

oportunidades y en razón de ello es que el Tribunal calificó el accionar como delito continuado. Finalmente, sostuvo que no se verifica arbitrariedad en la sentencia la que ha sido debidamente razonada y motivada.

D) por su parte la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, sostuvo que en el caso el Tribunal calificó adecuadamente los hechos como delito continuado por tratarse de los mismos sujetos con idéntica modalidad durante el segmento temporal imputado. No se afectó el principio de congruencia, en tanto no se modifican los hechos, y en tal sentido la defensa pudo ejercerse adecuadamente. Que el propio código prevé en su artículo 196 la facultad de los jueces de subsumir la plataforma fáctica en una figura menos gravosa para el imputado. Por la misma razón no se constató afectación al principio de no contradicción. Respecto de la valoración de los dichos de la niña, su relato fue validado por los testimonios de los psicólogos Colazzo, Moro y Zabala. Finalmente, sostuvo que la sentencia ha sido debidamente fundada por lo que debe rechazarse la impugnación y confirmarse la sentencia en todas sus partes.

E) Otorgada la palabra a la Defensa, dijo que los jueces no deben tener por acreditado un hecho distinto al sostenido por las acusadoras. Si éstas no logran acreditar la teoría del caso, en función del

principio acusatorio, el Tribunal debe absolver. Preguntado por la Dra. Martini, cuál es su postura respecto de la norma citada por la Querellante, en apoyo a la calificación menos gravosa sostenida por el tribunal de juicio, contestó que la considera inconstitucional por afectar el derecho de defensa.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Florencia Martini**, luego el **Dr. Héctor Rimaro** y, finalmente, la **Dra. Liliana Deiub**.

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.

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



La **Dra. Liliana Deiub**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

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

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

El impugnante se agravió por errónea aplicación de la ley sustantiva, errónea valoración de la prueba respecto de la materialidad del hecho, arbitraria valoración de los dichos de la niña, afectación del principio de congruencia y de no contradicción como así por insuficiente motivación.

Encontrándose íntimamente vinculados los agravios, habré de analizarlos conjuntamente.

Se le imputó a Gustavo Fabián Paillalef que, desde el mes de Enero del año 2013 y hasta el 19 de Abril del año 2014 aprovechando la situación de convivencia preexistente, por ser la pareja de Vanesa Carriel, abusó sexualmente de la menor NAILA ELUNEY MARDONES de 10 años de edad -hija de Vanesa Carriel-, en reiteradas oportunidades y mediante tocamientos inverecundos en sus partes íntimas -pechos y vagina- y digitalización con sus dedos en la vagina de la menor. Los hechos ocurrieron en el domicilio donde la menor Naila Eluney Mardones convivía con su madre Vanesa Carriel, la pareja de su madre GUSTAVO FABIAN

PAILLALEF y sus hermanos Gustavo Paillalef de 7 años y Sofía Paillalef de 5 años, sito en Barrio Militar, de Suboficiales del Ejército casa N° 42 de Zapala. El último episodio habría sucedido un viernes o un sábado del mes de Abril entre las 22,00 y 23,00 hs cuando su madre había ido a visitar a su amiga Alejandra y a sus hermanos él los había mandado a jugar afuera. En esta ocasión Paillalef la habría tocado con sus manos en los pechos y en la cola (parte de abajo, íntima de la mujer, sic) por debajo de la ropa.

Considero que el impugnante yerra conceptualmente en alcances que le otorga a ciertos tramos de la resolución y de este modo tergiversa cuestiones fácticas y jurídicas que han sido adecuadamente resueltas en el fallo. Me referiré en primer término a la errónea aplicación del derecho sustantivo alegada por la Defensa que es analizada conjuntamente por el impugnante con la afectación del principio de congruencia, de no contradicción y la insuficiente motivación.

La defensa entendió que habiendo sido calificado los hechos imputados por las acusadoras como abuso sexual gravemente ultrajante (agravado por la situación de convivencia preexistente), el Tribunal se encuentra limitado a fallar por la culpabilidad en esos términos o, de no encontrar prueba suficiente del

"gravemente ultrajante" (teoría del caso de las acusadoras), absolver. Las afectaciones invocadas se darían por haber declarado la responsabilidad de Paillalef por abuso sexual simple (varios hechos) como delito continuado (agravado por la situación de convivencia preexistente). Lo cierto es que tal como lo alegaron las acusadoras, tal limitación legal no existe por cuanto los abusos simples se hallaban contenidos en la imputación (plataforma fáctica) y conforme lo previsto por el art. 196 del CPP los jueces pueden declarar la culpabilidad por un delito menor incluido, esto es, en favor del imputado.

En este sentido el Dr. Nieves valora: "Respecto de la figura base, es decir el abuso sexual simple, sabido es que requiere para su configuración actos corporales de contacto o tocamiento de carácter sexual. En el presente caso, ha quedado largamente acreditado que Paillalef tocaba a Eluney Mardones en los pechos y en la vagina por debajo de sus ropas, incluso acostándose con ella en la misma cama, cuando ella contaba con diez y once años de edad (nació el 27 de Mayo de 2003). Es decir, cuando carecía legalmente de madurez para comprender el alcance o significado de tales actos ejercidos contra su cuerpo y que, evidentemente, resultaron lesivos para la integridad sexual de la misma. Obviamente, por la cuestión etaria mencionada, aún en la hipótesis de haber mediado

libre consentimiento el mismo hubiera resultado claramente ineficaz. Más aún, también se acreditó que el abusador trataba de callar a la víctima diciéndole que si lo denunciaban lo echarían del trabajo y su madre y sus hermanos pequeños no tendrían para comer. En nuestro caso, como dijera al abordar la materialidad y la autoría, el abuso sexual simple se ha probado debida y suficientemente con los dichos de la víctima, corroborados por los tres psicólogos y por su padre".

La defensa alegó la inconstitucionalidad de tal norma por entender que afecta el derecho de defensa pero no logra especificar de qué modo se afecta tal derecho. Sostuvo también que los jueces, por imperio del principio de contradicción, deben fallar entre alguna de las teorías del caso de las partes, no pudiendo hacerlo por una figura penal distinta.

Una declaración de tal gravedad impone a quien lo pretende, según indicó la Corte en reiteradas oportunidades, demostrar claramente de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto (CSJN Fallos: 310:211 y sus citas; 327:1899 y 328:1415, entre otros). Las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental gozan de una

presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (CSJN Fallos: 247:121; 314:424 y sus citas y 319:178, entre otros).

En el caso concreto, el derecho de defensa no ha sido afectado en tanto la plataforma fáctica comprendía circunstancias que resultan subsumidas legalmente en abusos sexuales simples. Es así que se le imputó al encartado haber realizado tocamientos en los pechos y vagina de la niña. Tales tocamientos encuadran, sin lugar a dudas, en la figura prevista por el art. 119 primer párrafo del Código Penal. La circunstancia de que también le haya sido imputada la digitalización (que por la modalidad y circunstancias de duración configurarían la figura prevista por el segundo párrafo del 119 del CP., por la cual acusaron el Ministerio Fiscal y a querellante del Niño), no impide a los jueces tener por acreditado el delito menor incluido. En consecuencia, la Defensa no se vio sorprendida por la calificación legal dada por el Tribunal a los sucesos debatidos en el juicio, y tuvo pleno conocimiento de los hechos imputados, pudiendo ejercer plenamente el derecho de defensa a su respecto. En el mismo sentido, no se encuentra afectado el principio de

congruencia, en tanto no existió una mutación entre los hechos imputados ni aún del encuadre legal (por hallarse comprendidos los abusos simples en la figura mayor sostenida por las acusadoras), sobre los cuales el Tribunal declaró la responsabilidad de Paillalef.

Igualmente no se vio afectado el principio de no contradicción, en tanto se constata una simetría entre los hechos y el derecho aplicado al caso. Cuando el Tribunal sostiene que no ha sido posible verificar el abuso sexual gravemente ultrajante, en tanto los dichos de la víctima no se condicen con el examen médico, sólo descarta la hipótesis agravada del segundo párrafo del art. 119 del CP., dejando subsistente la figura base del primer párrafo (con el agravante del cuarto).

La defensa también se agravió porque el Tribunal habría mencionado que los hechos ocurrieron cuando la niña tenía diez y once años (teniendo en consideración que la niña nació en mayo, y el lapso temporal que abarca la imputación se enmarca entre enero de 2013 y abril de 2014, los hechos ocurrieron cuando la niña tenía nueve y diez años). Lo cierto es que no demuestra de qué modo este error material produce un agravio a su asistido.

Asimismo alegó el impugnante que el Tribunal encuadró los hechos en la figura del delito continuado, sorprendiendo a la defensa que no tuvo

oportunidad de defenderse de dicho encuadre, y que el mismo Tribunal define al delito continuado como aquel cometido por los mismos sujetos activo y pasivo con idéntica modalidad. Tampoco asiste razón al impugnante en este punto. Ello por cuanto lo que tiene en consideración el Tribunal es el concurso de delitos de abuso sexual (más allá si alguno de ellos agrava la figura base). Cuando sostiene la defensa que la doctrina no es unánime sobre este tipo de delito (el continuado) y que se lo considera *como un solo hecho*, confunde la razón misma de esta creación doctrinaria, que radica en evitar una pena irrazonable. Se lo considera una sola conducta a los fines de la pena, pero no se desconoce que se trata de varios hechos (con identidad de sujetos, modalidad y en un espacio temporal continuado).

El Dr. Nieves afirmó al respecto: "Respecto de la figura de delito continuado, entiendo que se dan los presupuestos toda vez que los ataques sexuales son realizados como parte de un mismo designio delictivo llevado a cabo por un mismo sujeto, contra la misma víctima y con las mismas modalidades dentro de un segmento temporal determinado, lesionando el mismo bien jurídico protegido que es la integridad sexual de Nayla Eluney Mardones (...)Consecuentemente, queda claro que se está en el presente caso ante una unidad de conducta sostenida en el tiempo

(varios hechos distintos, diez veces o más según declaró la niña) y exteriorizada por el mismo ofensor contra la misma víctima en un segmento temporal determinado (entre el mes de enero de 2013 y el 19 de abril de 2014 fecha de la denuncia). Siendo ello así, se torna aplicable en el caso el Art. 54 del Digesto Sustantivo”.

Frente a este tipo de hechos cometidos en una franja temporal de modo reiterado, la posibilidad de encuadre jurídico queda limitado a dos alternativas: concurso real o delito continuado. Evidentemente, la solución adoptada por el Tribunal favorece al imputado en tanto adoptar la solución alternativa (concurso real) implicaría sumar aritméticamente los máximos de la escala penal de cada hecho -para fijar el máximo de la escala total-, lo que perjudica a todas luces a su asistido. En tal sentido no se advierte gravamen para el imputado.

En el delito continuado se verifican *pluralidad de hechos*, unidad de acción y unidad de encuadre típico.

El delito continuado (o continuación el delito<sup>1</sup>) constituye una unidad típica de acción en sentido amplio. Implica un número indeterminado de repeticiones de la conducta consumativa dentro de idénticas o similares circunstancias, con una mayor afectación del bien jurídico

---

<sup>1</sup>También denominado concurso real impropio.



(mayor contenido de injusto en una única conducta típica), y a diferencia del concurso real los hechos no resultan independientes.

El delito continuado exige subjetivamente un dolo unitario o total (enlace óntico de los actos parciales; factor final) también denominado dolo continuado, y objetivamente, requiere identidad del bien jurídico afectado (Reyes Alvarado<sup>2</sup>) e identidad de la ley penal afectada<sup>3</sup>.

Fontán Balestra<sup>4</sup> define esta clase de delitos como la pluralidad de hechos típicamente antijurídicos y culpables, dependientes entre sí, y constitutivos en conjunto de una unidad delictiva. Para Nuñez<sup>5</sup>, en cambio, se trata de una pluralidad de hechos con una única imputación.

Por su parte Zaffaroni entiende que: *"habrá conducta continuada cuando con dolo que abarque la realización de todos los actos parciales, el autor reitere similarmente la ejecución de su conducta en forma típicamente idéntica o similar, aumentando así la afectación del mismo bien jurídico, que deberá pertenecer*

---

<sup>2</sup>"El concurso de delitos", Bogotá, 1990.

<sup>3</sup>Algunos autores consideran que debe existir cierta conexión temporal y espacial; otros requieren identidad del titular del bien, cuando éste sea personalísimo.

<sup>4</sup>"Tratado de Derecho Penal, Editorial AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995, t.II, pag. 55.

<sup>5</sup>"Manual de Derecho Penal, Parte General", Córdoba, Buenos Aires, 1977.

*al mismo titular en el caso que implique una injerencia en la persona de éste*"<sup>6</sup>.

En este contexto, la calificación dada a los sucesos por el Tribunal resulta ajustada a derecho y en beneficio de acusado.

Respecto al concurso ideal citado en la parte resolutive del fallo, se trata evidentemente de un error material por cuanto no se establece que el delito continuado (de abusos sexuales simples) concurse con otra figura penal y no altera la plataforma fáctica imputada. Tampoco en este caso se advierte gravamen para el imputado que funde el agravio del impugnante.

En relación a la errónea valoración de la prueba en lo que respecta a la materialidad de los hechos como así la alegada arbitrariedad en la valoración de los dichos de la niña, la defensa no logró indicar con claridad de qué modo la sentencia incurre en dichas falencias. Afirmó el impugnante que los dichos de la niña han sido imprecisos y contradictorios pero no indica tales imprecisiones o contradicciones, omitiendo precisar en qué consistieron y en qué momento concreto de la Cámara Gesell se advertirían las mismas. Con lo cual incurre en el mismo error que adjudica a los sentenciantes, en tanto sus

---

<sup>6</sup>"Derecho Penal, Parte General", Ediar Buenos Aires, 2001, pag. 862.

aseveraciones aparecen como afirmaciones dogmáticas no realizando una crítica razonada en este punto.

Expresó la defensa que el lapso temporal no resulta coherente con la prueba producida, en tanto se le imputan los hechos sucedidos (desde enero de 2013) hasta el 19 de abril de 2014, cuando se probó que la niña estuvo con el padre a partir del día 16 de abril de 2014. Este desfasaje en tres días respecto de las circunstancias temporales imputadas, no tiene consecuencia alguna en el resultado final, porque justamente se imputa un delito continuado y no varios hechos concretos en concurso real. Por lo que tampoco aquí se advierte gravamen para su asistido.

Alegó también el impugnante que no se efectuó un examen de credibilidad de cada uno de los testigos, y que la credibilidad de la víctima es afirmada dogmáticamente sin contrastar con la prueba producida en el debate. En este punto, en primer lugar cabe señalar que son las partes quienes tienen la carga de cuestionar fundadamente en el debate -a través del contrainterrogatorio, si se trata de testigos de la contraria- la credibilidad de los testigos y que por ello también es carga de las mismas su "acreditación", que consiste en señalar la experiencia previa en la disciplina que se trate, cuando son profesionales de la psicología o

medicina. Asimismo no señaló en la audiencia de impugnación haber cuestionado en el debate acerca de las técnicas utilizadas por la licenciada Moro y la razón de sus conclusiones. No opuso en su alegato impugnación alguna a los antecedentes profesionales y experiencia de los profesionales, ni señaló de qué modo sus dichos carecen de credibilidad en función a circunstancias concretas.

Respecto del relato de la niña, la sentencia afirma su credibilidad analizando su coherencia interna (persistencia del relato frente a su padre y a los psicólogos) y coherencia externa (verosimilitud del relato contrastado con las circunstancias objetivas que rodearon el hecho, que se ha denominado también, "corroboración periférica"). La sentencia analiza también los testimonios de Moro, Zabala y Colazzo, afirmando en este sentido la validación diagnóstica del relato de la niña.

Es así como emerge del primer voto: "Si bien el defensor trató de desacreditar su testimonio, no he advertido contradicciones, ya que explicó razonablemente porque al momento denunciar no supo si la niña -cuando dijo cola- se refería al ano o a la vagina, lo pudo aclarar hablando con ella después de haber denunciado el hecho. También respalda los dichos de la niña y su padre, la licenciada María Soledad Moro, quién declaró que atendió a la menor, que hizo una primera consulta el padre y luego

atendió 3 veces a la nena, que el papá le dijo que era por una situación de abuso, que había hecho la denuncia y ahora estaba con él. Que en la primer visita (el 14 mayo 2014) la niña estaba muy tímida y temerosa, tenía mucho miedo y por eso no le contó a la mamá, y si al papá, refiere que Paillalef la tocaba y sacaba a sus hermanos afuera, que el relato fue espontáneo, siempre ante preguntas que le hacía. Las dos entrevistas siguientes fueron el 21/5 y 28/5, y dejó de ir por problemas de la obra social, que en las siguientes visitas la niña estuvo un poco más relajada, que hizo dibujos donde remarcó la zona genital. Que demostraba inseguridad, retraimiento, inhibición, como indicador más notable el miedo, que ante frases inconclusas completaba con expresiones como que no quería quedarse con cosas feas, o si fuera abogado defendería a chicos que le pase lo mismo que a mí, que no podía visitar a su abuela por las restricciones y que tenía miedo de que aparezca Paillalef en su casa. Finalmente dijo que fueron dos técnicas para determinar indicios en particular por las que concluye en que hay indicadores como la inseguridad, el retraimiento y la inhibición, de que existió alguna situación relacionada a lo sexual. También abona esta versión la licenciada Itatí Zavala, que entrevistó a la nena en enero de este año por pedido de la Defensoría del Niño. En ese momento la niña estaba con su mama porque se iba a vivir a Chubut, y la

menor le dijo a ella que estaba allí porque le había contado a su papa que su padrastro había abusado de ella, que sabía que su madre se tenía que ir a Chubut y que ella tenía miedo por sus hermanitos, que hizo pasar a la madre y esta le dijo que le creía pero que tenía que irse a Chubut, a buscar trabajo, separarse y que la iba a venir a buscar, dijo que entendió "como que le hacía una promesa" (tex.). Finalmente corrobora y sostiene la versión de la víctima el Licenciado Pablo Colazo, psicólogo forense que llevó a cabo la Cámara Gesell. El nombrado dijo que observó cierta generalidad en el relato y por ello entendía que solamente el último hecho narrado presentaba criterios de validación porque detalló que fue cuando su madre se fue a lo de la vecina. Aclaró también, que debido al retraimiento de la niña, era esperable que no aportara detalles porque el relato siempre fue defensivo, por eso sugirió que inicie terapia psicológica. Agregó que no observó fabulación, aunque ello no significa que pueda determinar si miente o no. También dijo que debido a esa actitud defensiva, tuvo que hacer preguntas más incisivas, focalizadas, o más directas. Concluyendo en que el relato es creíble, aunque concentrado en el último episodio. En síntesis, -a mi juicio- el relato de la niña, además de lo que percibimos directamente de la videofilmación reproducida en la audiencia, encuentra pleno respaldo en los otros elementos

de prueba analizados recientemente (...)Y todos esos datos "periféricos" se encuentran presentes, como analizara más arriba (el informe y testimonio del Lic. Colazo que la entrevistó, el testimonio de su padre y el de las psicólogas Moro y Zavala que la atendieron después del hecho)".

El impugnante no señala impersistencias en el relato de la niña (coherencia interna) ni tampoco desajustes objetivos con las circunstancias de los hechos que pongan en cuestión la verosimilitud del relato (coherencia externa).

No es función del Tribunal de Impugnación reeditar el juicio sino realizar un juicio *sobre el juicio* ya realizado, tarea que comprende analizar su regularidad como así también la logicidad y razonabilidad de la sentencia. Es por tanto carga del impugnante ilustrar circunstanciadamente los agravios indicando al Tribunal de qué modo se constata una errónea o arbitraria valoración.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde confirmar la sentencia impugnada, en tanto exhibe un razonamiento integrado, en el cual se conectan los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable. No se ha constatado una fractura en el razonamiento lógico derivando en conclusiones contradictorias o inconciliables con las circunstancias objetivas de la causa, sino que se

ha realizado una valoración adecuada de todos los elementos aportados al proceso, tendientes a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión en la que se apoya. En este sentido, no alcanza la crítica ensayada por la Defensa en cuanto opinión discrepante sobre el valor probatorio de las distintas evidencias que de ningún modo fulmina la coherencia de la motivación en la que se sostuvo el fallo. Mi voto.-

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

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: 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. Héctor Rimaro**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.



La **Dra. Liliana Deiub**, 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 Gustavo Fabián Paillalef, DNI N°25.618.241 (arts. 233, 236 y 239 del CPP).-

**II.- NO HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria deducida, por no constatarse los agravios, confirmando en consecuencia las sentencias de fechas 05 de octubre de 2015 y 05 de abril de 2015 dictadas por el Tribunal integrado por los Dres. Beatriz Martínez, Leandro Nieves y Mario Tomassi (Colegio de Jueces de la tercera circunscripción), por la que se declarara a Gustavo Fabián Paillalef, de demás circunstancias personales consignadas, como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (varios hechos) como delito continuado en concurso ideal, por tratarse de una menor de 18 años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente (art. 119 párrafo primero y cuarto inciso f del Código Penal) imponiéndosele una pena de tres años de prisión de ejecución condicional y costas del proceso.

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

**IV.-** Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración y notificaciones pertinentes.-

Dra. Florencia Martini

Juez

Dr. Héctor Rimaro

Juez

Dra. Liliana Deiub

Juez

Reg. Sentencia N° 54 T° V Fs. 836/852 Año 2016.-