

**SENTENCIA N° 29/2017.** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los doce días del mes de abril del año dos mil diecisiete, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación Provincial conformada por los **Dres. Fernando Zvilling, Héctor Guillermo Rimaro y Federico Augusto Sommer**, presidido por el último de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación en Legajo registrado por el Ministerio Público Fiscal bajo N° **MPFNQ 29728/2014**, caso "**A.... U....., J.....W..... S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL**", debatido en audiencia el 29 de Marzo de 2017 en la que intervino por la Acusación el Fiscal Gustavo A. MASTRACCI y por la defensa Gustavo Barrozo. En el presente caso se encuentra imputado J..... W..... A.... U....., D.N.I. ...., nacido el día ..... en ....., hijo de ..... y ..... , con domicilio en .....de la Ciudad de Neuquén.

**ANTECEDENTES:** I. Por sentencia Nro. 344/2016 de fecha 25 de noviembre de 2016 el Tribunal de Juicio integrado por los Jueces Penales, María Antonieta E. GAGLIANO, Lucas Pablo J. YANCARELLI y Diego H. PIEDRABUENA, por mayoría, declaró a J.....W..... A... U....., D.N.I. ...., penalmente responsable del delito de Abuso Sexual con acceso carnal, en carácter de autor (Arts. 119, párr. 1° y 3°, y 45, del Código Penal).

Realizada la cesura, por sentencia Nro. 397/2016 de fecha 22 de febrero de 2017 el mismo Tribunal de Juicio resolvió condenarlo a la pena de **SIETE (7) años de prisión de CUMPLIMIENTO EFECTIVO**, con más accesorias legales y costas.

**II.** En contra de sendos pronunciamientos, la Defensa Oficial del condenado interpuso recurso de control ordinario (art. 242 del C.P.P.N.), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 de ese cuerpo normativo, oportunidad en que el recurrente expuso los fundamentos y la parte acusadora contestó y refutó los agravios introducidos.

En tal etapa, se cedió la palabra al recurrente para exponer oralmente los agravios -reproduciendo en lo sustancial lo consignado en el escrito impugnativo-, ocasión en la que expresó que pretendía como tesis principal la absolución de su asistido, en subsidio la declaración de responsabilidad por la figura menor de abuso sexual simple con el consecuente reenvío para la realización del juicio de cesura, y finalmente en subsidio de lo anterior, la imposición del mínimo legal establecido para el delito de abuso sexual con acceso carnal.

**III.** En aplicación de lo dispuesto por el art. 245 del ritual, como fundamento del primer agravio sostuvo que el pronunciamiento atacado se asienta en el testimonio único de la víctima, quien no habría afirmado que hubo acceso con penetración sino que sintió dolor, por lo que aduce que la conclusión de la mayoría del Tribunal no surge de la prueba producida.

Agregó que la falta de interrogatorio de la parte acusadora sobre los detalles del suceso que padeciera la presunta víctima, conduce a una duda razonable que no fue ponderada por la mayoría del Tribunal juzgador. En tal sentido, sostiene que la sentencia de aparta de la prueba rendida e incurre en arbitrariedad ya que da por verificadas circunstancias -abuso sexual con acceso carnal

vía vaginal- que ni la propia damnificada refiere y que se aparta del propio relato de la madre de la adolescente, por lo que concluye en su petición de absolución.

En subsidio de ello, solicitó que se modifique el encuadre legal del hecho ante la falta de acreditación del acceso carnal determinado por la sentencia de responsabilidad, y se declare responsable a su asistido en orden al delito menor de abuso sexual simple en base a que no hubo penetración por cualquier vía con anterioridad a los 14 años de edad de la víctima.

Por último y a todo evento, se agravió del monto de la pena impuesta a su pupilo procesal y solicita que para el caso de confirmarse la declaración de responsabilidad se condene a su pupilo a la pena de SEIS (6) de prisión, por cuanto la sentencia de cesura adolece de defectos legales.

En su intervención, el representante de la Fiscalía comenzó por destacar que el pronunciamiento en crisis no presenta ningún déficit, y que incluyó el juez de la minoría propicia la declaración de responsabilidad por el delito de abuso sexual simple. Cita partes pertinentes de la videofilmación del juicio que darían cuenta del dolor relatado luego del acceso carnal padecido, y de la concordancia del relato de la menor con el testimonio de la madre. Luego de ello, dictamina sobre la razonabilidad de la pena impuesta por cuanto aduna que el Tribunal se aparta ligeramente del mínimo legal con fundamento en la situación de vulnerabilidad de la menor víctima.

**IV.** Practicado sorteo para establecer el orden de votación, resultó que en primer término debe expedirse el

Dr. Federico Augusto Sommer, luego el Dr. Héctor Guillermo Rimaro, y, finalmente, el Dr. Fernando Zvilling.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 del C.P.P.N. -de aplicación supletoria- se ponen a consideración las siguientes cuestiones:

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

El **Dr. Federico Augusto Sommer** expresó: La impugnación fue presentada por escrito, en término y ante la Oficina Judicial correspondiente (art. 242 del C.P.P.N.). Se trata, además de una impugnación en contra de una sentencia condenatoria, que fue impugnada por la Defensa técnica de la persona imputada, con lo cual se encuentra satisfecha la exigencia de legitimación desde el plano objetivo y subjetivo (arts. 233 y 236 del C.P.P.N.).

Por otra parte, se advierte que fueron expresados con precisión los agravios y que el recurso resulta autosuficiente, toda vez que en la audiencia celebrada a tenor del art. 245 del C.P.P.N. fue posible conocer como se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone.

Por todas esas razones considero que la impugnación supera el tamiz de admisibilidad formal.

El **Dr. Héctor Guillermo Rimaro** dijo: Acompañar los argumentos y la conclusión vertida en el voto precedente.

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

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

El **Dr. Federico Augusto Sommer** dijo que: Luego de analizado el recurso interpuesto por la Defensa, los pronunciamientos cuestionados y las videofilmaciones de las audiencias de juicio celebradas, anticipo que propongo que la impugnación ordinaria sea declarada parcialmente procedente.

**1)** La Defensa oficial planteó como primer agravio aquel que puede sintetizarse en arbitrariedad en la valoración probatoria y en fundamentación omisiva de la sentencia condenatoria, que concluye en la declaración de responsabilidad penal del acusado.

Repasada la citada pieza procesal en crisis se puede vislumbrar tras las enunciaciones de rigor (cfr. art. 194 inc. 1° del C.P.P.N.), la línea de defensa esbozada en el mismo alegato de clausura se centró en la falta de certeza para declarar la responsabilidad de su asistido. Ahora bien, desarrollando nuestra labor revisora por medio de la simple lectura del pronunciamiento, se puede advertir que el Tribunal de Juicio comenzó por otorgar relevancia probatoria al testimonio de la víctima conforme la teoría del caso de la parte acusadora. Es dable recordar que la sentencia de responsabilidad objeto de crítica, concluyó que J..... W..... A... U..... en forma reiterada, en un número indeterminado de veces y en fechas inciertas, pero en todo caso comprendidas entre los años 2006 y 2008, abusó sexualmente de M..... Y..... M..... (nacida el ... de .... de .....), en distintos lugares de la vivienda del imputado aprovechando que la víctima concurría para jugar con sus hijos, procedió en un principio a realizar caricias y tocamientos en la zona genital, para luego cuando la niña tenía aproximadamente 9 años de edad, accederla carnalmente

al apoyarla contra el capot de su camioneta que estaba estacionada dentro del garaje de la vivienda. Se concluyó luego, en que siguieron luego otros hechos de abuso sexual que consistieron introducirle dedos de sus manos en la cavidad vaginal de la entonces niña y tocamientos.

Como prueba de cargo que sustenta la decisión objeto de cuestionamiento y con relación al primer agravio esgrimido, debo referir lo que declaró la víctima - **M..... Y..... M.....-**, dando cuenta que los abusos sexuales por parte del condenado habrían empezado a ocurrir cuando tenía ella tenía siete (7) años con manoseos que se prolongaron hasta los 9 años. En ese momento, y dando cuenta que su padre estaría de viaje en Brasil explica que un día fue a buscar a su amiga Y..... (la hija del imputado) y al no encontrarse, el imputado la invitó a esperarla, luego de lo cual bajó la persiana para cerrar su negocio y cuando se estaba por ir, el imputado le dijo que salieran por el garaje (detallando que la camioneta estaba con el capot hacia adelante, y que ella vestía una remera amarilla y un pantalón beige), luego de lo cual la agarró, le bajo los pantalones y que fue penetrada sin saber por qué vía en base al dolor que sintió. Agregó que se subió los pantalones, se dirigió a su casa con mucho dolor y se acostó a dormir pretendiendo pensar que todo fue un sueño. Aclaró que si bien fue la única situación donde hubo acceso carnal, hubo luego hechos aislados de abuso sexual en la casa del imputado, cuando fue a la cocina por un vaso de agua y allí el imputado la agarró y la tiró al piso para besarla; otro hecho cuando usando una pollera con "florcitas" momento en que el imputado "fingía" que le hacía cosquillas cuando en realidad la estaba "tocando";

otro en que estaba acostada en el sillón con las piernas apoyadas sobre las del imputado y tapados con una frazada, y este la habría empezado a tocar sin que su hijo, que también estaba presente, se dé cuenta, frente a lo cual, ella no habría dicho nada. Adiciona que un día se fueron de campamento, y que mientras estaba durmiendo el imputado la empezó a tocar desde atrás, por lo que al contar con once (11) de edad había asumido lo que el imputado hacía con ella por lo cual le habría pedido al hijo que cambiaran de lugar.

A preguntas de la fiscalía, la testigo explicó más detalles de los sucesos de abuso sexual y la conducta desplegada por el imputado, aunque debo destacar que las circunstancias del aquel único hecho con acceso carnal no fue objeto de alguna línea de interrogatorio por aquella parte litigante. Acerca del develamiento, adujo que a los doce (12) años se lo había contado a su amigo Y... V....., y años después se lo contó a S..... C..... quien era su novio por aquel entonces, lo que da cuenta de una persistencia en el relato. Una tercera persona a quien le lo contó fue a Y....., la propia hija del imputado cuando tenía 16 años, luego a su tía I....., y finalmente a sus padres quienes radicaron la denuncia.

Anticipándose a un argumento vertido por el recurrente, no resulta controvertido que la propia víctima sostiene que entre el ataque sexual con acceso carnal en el garaje de la casa del imputado y el examen médico que le realizó la Dra. ROBATO, tuvo relaciones sexuales vía vaginal consentidas con otras personas. A su turno, la Lic. Flavia Analía BARRIO luego de haber sido relevada del secreto profesional, informó que asistió en tratamiento

psicológico a la víctima durante el año 2014 por un término de 6 meses, y concluyó que no encontró ningún signo de mendacidad, fabulación, influencia o presión para decir que fue abusada, como tampoco ve la posibilidad de que el autor pudiera ser otra persona distinta al acusado, por lo que es dable concluir como hizo el Tribunal -de modo unánime- en la credibilidad del relato de la adolescente.

En igual sentido sus padres indicaron elementos coincidentes con el relato de su hija víctima, aunque debo detenerme respecto del cuestionamiento formalizado por la quejosa respecto de la valoración probatoria y razonamiento del Tribunal de Juicio en lo que el acceso carnal vía anal originariamente denunciando. Resultó razonable la explicación de la madre de la menor y el razonamiento del juzgador, cuando aquella responde que había referido una agresión vía anal por suponer ello luego que la menor indicara que para consumar el abuso le bajó los pantalones y la tomó por la espalda, por lo que este extremo no resulta suficiente para hacer lugar al planteo absolutorio deducido.

Asimismo y con referencia al relato de la menor, el testigo Y... V....., amigo de la víctima, ratifica que aquella le contó que hacía años la habían "violado", en un lenguaje de voz densa y medio quebrada. En similar sentido, el testigo S..... E..... C..... que tuvo un noviazgo con la menor, también destacó que ella le había develado que había sido víctima de un abuso sexual coincidente con el relato de la víctima.

La ya referida tía materna I..... B..... también reiteró el relato de la menor, informando que le develó el abuso sexual sufrido en el mes de septiembre de

2014. Luego contó en el juicio de responsabilidad sobre las circunstancias del develamiento y los detalles que le dio sobre el abuso, los cuales resultan coincidentes con lo que relató la propia víctima. A su turno y como ya anticipara, la Lic. Karina Beatriz ORTIZ realizó una pericia psicológica que concluyó en que advierte un relato ordenado y coherente, que no hay signos de fabulación, ni trastornos en la memoria, ni ve inducción de terceras personas en el mismo. Agregó que existen "indicios" de stress postraumático, tales como depresión de larga data, decaimiento, fatiga, sentimiento de indefensión, tendencia al suicidio, soledad y frustración, sosteniendo que la descripción clínica se corresponde con el relato.

En suma, entiendo que no ha sido debidamente fundada la crítica ensayada por la Defensa Oficial respecto del razonamiento del judicante que tiene por acreditada la existencia de varios sucesos de abuso contra la integridad sexual de la menor víctima por parte del acusado A... U....., aunque en concordancia con el planteo subsidiario formulada por la quejosa, también entiendo que la calificación legal que corresponde es la que propiciara la minoría del Tribunal de Juicio, esto es, abuso sexual simple bajo modalidad de delito continuado previsto en el art. 119 primer párrafo del Código Penal. Doy razones.

**2)** En primer término, si bien en la mayoría de los casos de delitos contra la integridad sexual en contra de menores de edad la única prueba directa de la existencia de los hechos es la declaración de la propia víctima y la verosimilitud de dicho relato, dicha probanza a la luz de la sana crítica racional puede guiar a los judicantes a la construcción inexorable de un marco cargoso susceptible de

desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. En autos, si bien existen otras probanzas periciales que versan sobre la verosimilitud del testimonio de la menor víctima y sobre el cuadro sintomático que la misma presentara en el período de su develamiento (Lic. BARRIOS y ORTIZ) que llevan a confirmar la declaración de responsabilidad por los hechos de abuso sexual padecidos en un campamento, en el interior del auto del imputado camino a la escuela, encontrándose acostados en el sillón del living de la casa del imputado y el acontecido en el garaje de la vivienda de A... U....., habré de detenerme respecto del abuso sexual con acceso carnal vía vaginal en que concluyera el Juez preopinante del Tribunal -Dr. Diego Piedrabuena- en base a una interpretación del relato de la menor. Insisto, no se advierte que el razonamiento del juzgador que concluye de modo unánime en la verosimilitud del testimonio de M..... y su credibilidad resulte infundado como consigna el Sr. Defensor Oficial, pero tal conclusión no puede inexorablemente extenderse también tener por acreditado el único hecho abuso sexual con acceso carnal por la que solo por mayoría se declaró responsable al imputado. Aclaro que ello no implica poner en crisis dicho relato respecto de los hechos abusivos que con circunstancias de tiempo, modo y lugar fueron tenidos por acreditados por el Tribunal bajo la calificación legal de abuso sexual simple, sino concluir que no han sido debidamente fundados los motivos por los cuales la mayoría del Tribunal de Juicio tuvo por acreditada con la suficiencia necesaria el hecho de abuso sexual con acceso carnal aludido en el pronunciamiento, por cuanto aparece desconectado de cualquier circunstancia fáctica acreditada

en el debate que permita tener por probado el mismo. No lo explica la parte acusadora en el alegato de clausura ni lo hacen los votos de la mayoría del Tribunal en la motivación de la sentencia de responsabilidad.

En el análisis de este planteo subsidiario, adquiere relevancia la pericia médica practicada por la Dra. Clara ROBATO quien en fecha 03/11/2014 examinó a M..... M....., y concluyó que del examen genito-anal surge una desfloración completa de larga data, de tipo crónica, pudiéndose observar el borde de la membrana himeneal, y que el himen no está, y confirmando que la adolescente es una persona que tiene relaciones sexuales regularmente.

En dicho sentido, el judicante no ha fundamentado dicha conclusión en algún elemento objetivo que corrobore la existencia de una penetración en el suceso que la niña alude como ocurrido en el garaje de la vivienda y sobre el capot de la camioneta del acusado, ya que en su relato la menor no dio cuenta ni del acceso carnal ni mucho menos si aquel "dolor" fue por un eventual acceso por vía vaginal o anal, y la conclusión del judicante sobre un eventual acceso carnal vía vaginal constituye una suposición que construye a partir del examen médico efectuado por la Dra. ROBATO que concluye en que no hay evidencia de relaciones sexuales por vía anal. Vale decir que los magistrados de la mayoría tienen por acreditado el acceso carnal y delimitado que debió haber sido por vía vaginal, sólo a partir de una condición negativa como el resultado de la pericia médica practicada en la víctima.

Asimismo, debo destacar que aún cuando en esta instancia de control ordinario se aqueja el Sr. Fiscal

respecto que resultaría contrario a la dignidad de la víctima de autos desarrollar en el juicio de responsabilidad una línea de interrogatorio destinada a acreditar la materialidad del abuso sexual vía vaginal que constituyó parte sustancial de su teoría del caso, cierto es que ni su parte ha aportado en su alegato final ni el voto mayoritario del Tribunal de Juicio en la motivación de la sentencia, algún dato objetivo susceptible de reforzar aquella conjetura que solo sustentan e infieren de la referencia de la menor en "*haber sentido dolor*". En tal sentido, advierto que conforme surge del visionado de la referida audiencia de juicio la menor solo refiere que "*hubo penetración por el dolor que sentí, pero no puedo especificar por qué vía*" (Video Día 1, Parte 2, minutos 21 a 22.03), luego de lo cual el Dr. Mastracci interrogó sobre las circunstancias particulares de hechos de abuso sexual simple que incluían extremos tales como "tocar el miembro del imputado", pero se abstuvo de elementos de esta penetración en el garaje de la casa del imputado más que preguntar sobre la ropa que vestía (Video Día 1, Parte 2, minutos 29.40 a 30.05).

Aquella decisión de estrategia procesal de la parte acusadora de abstenerse de interrogar a la adolescente sobre aquel relevante extremo, a pesar que la misma había prestado conformidad para la realización tanto de la pericia psicológica como de la pericia médica para constatar lesiones vaginales o anales en su cuerpo -examen genital ya referenciado-, conduce a descartar la existencia del grado de certeza requerido para tener por acreditado el acceso carnal vía vaginal por el que fuera declarado responsable cuando no hay siquiera referencia alguna a la

localización física de aquel dolor referenciado. Si bien atento el tiempo transcurrido desde aquella agresión sexual en el garaje de la vivienda del imputado hasta la fecha de develamiento del abuso padecido, no resultaba razonable requerir la existencia de secuelas físicas de aquel acto sexual calificado -existencia de sangre o algún fluido en las cavidades de la víctima o en sus prendas-, ante la inexistencia de verificación médica de la lesión vaginal o anal, resultaba imprescindible acreditar el mismo al menos por el relato de la menor víctima brindando características específicas del hecho abusivo sufrido. Vale señalar que en algunos aspectos, la justificación de un sistema acusatorio o adversarial consiste en que las partes lleven adelante su estrategia probatoria y que produzcan con la mayor claridad posible las pruebas que favorecen su posición. Se supone que la verdad que no surja de un examen directo, surgirá del contra-examen, pero si la parte acusadora que tiene la carga de la prueba de culpabilidad (art. 7 C.P.P.N.) no utiliza correctamente las posibilidades que ofrece el principio de contradicción, aquella carga de la prueba resulta incumplida y genera un estado de duda.

Así las cosas, el voto de la mayoría del Tribunal de Juicio no ha motivado la certeza de que el imputado accedió carnalmente vía vaginal a la víctima de autos, sin que resulte prueba suficiente de aquella materialidad la referencia al dolor sufrido por la adolescente. Por lo que, ante la inexistencia de aquella certeza debe optarse por la figura legal más leve ya propuesta en el juicio de responsabilidad por el recurrente -que fuera receptada por la Dra. Maria Gagliano- y reeditada en el recurso bajo tratamiento en esta instancia.

En total coincidencia, tampoco el testimonio del ciudadano Y... V..... permite descartar que aquella alegada penetración haya sido una percepción de la entonces niña a consecuencia del dolor que sintiera, ya que este sólo explicó que un día que estaban en el colectivo, hace unos cuatro o cinco años, ella le dijo "no me preguntes quién y cuándo, pero cuando era chiquita me violaron" (Video Día 1, Parte 3, minutos 12,50 a 16) y luego lo amplió pero no le dio detalles en una clase de Educación Cívica en el CPEM 47. En similar sentido y sin mayores precisiones respecto del abuso sexual con acceso carnal, se expide el testigo S..... E..... C..... a quien le dijo que había sido víctima de una violación y que el autor fue su vecino quien la puso contra una camioneta en el garaje a los 9 años, por lo que al volver a su casa se acostó y que al levantarse pensó que era un sueño (Video Día 2, Parte 1, minutos 35.34 a 38.50).

En definitiva, como colofón del tratamiento de este agravio y dando respuesta al planteo subsidiario deducido por el Dr. Gustavo Barroso, menester es concluir que los hechos deben calificarse legalmente en orden al delito de abuso sexual bajo la modalidad de delito continuado (art.119 primer párrafo del C.P.), y que la sentencia de responsabilidad que determina aquellos hechos exhibe un razonamiento integrado por el cual ellos se conectan con las pruebas aportadas. Tampoco se evidencia fractura en el razonamiento lógico del judicante que derive en una conclusión contradictoria e inconciliable con las circunstancias objetivas de la causa, sino que el Tribunal de modo unánime ha realizado una valoración adecuada de la prueba para fundar la decisión final, por lo que habré de

rechazar el primer agravio enarbolado por el Sr. Defensor Oficial respecto de la falta de fundamentación y arbitrariedad para valorar la prueba respecto a la materialidad del delito.

En sentido contrario, y en lo que declaración de responsabilidad en orden al hecho que se califica como abuso sexual con acceso carnal, considero que la mayoría del Tribunal aplicó erróneamente la ley sustantiva, motivo por el cual propongo modificar la sentencia de responsabilidad en tanto se han vulnerado las reglas de la sana crítica racional en la valoración de la prueba, al no haberse valorado debidamente los elementos probatorios que planteó la defensa técnica y que la solución del caso ha omitido la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Mención aparte merece que el voto dirimente sobre la única cuestión controvertida -acreditación de la materialidad del abuso sexual con acceso carnal vía vaginal- en cabeza del Dr. Lucas Yancarelli, solo refiere que adhiere a la posición del Dr. Diego Piedrabuena en orden a la calificación legal del hecho ocurrido en el garaje del imputado en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 primer y tercer parr. del C.P.), para luego desarrollar toda su argumentación en sostener la existencia de un relato creíble de la menor -extremo respecto del cual no hay disidencia- y una extensa reedición de los hechos de abuso sexual simple que no fueran objeto de controversia alguna entre los miembros del Tribunal Colegiado, pero obviando cumplir con voto fundado que dirima la única discrepancia existente entre sus integrantes (art. 193 3er. parr. del C.P.P.N.). En referencia a ello, no se advierten opiniones

sustancialmente coincidentes en el voto mayoritario en torno al modo y a la calificación legal del abuso sexual con acceso carnal, por lo que no obra una mayoría absoluta de opiniones con fundamentos concordantes relativas a esta particular cuestión.

Habida cuenta de lo referenciado, propongo hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la asistencia técnica del imputado, en su consecuencia revocar parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado, y declarar a J..... W..... A... U....., como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple bajo modalidad delito continuado (arts. 45, 55 y 119 primer parr. del C.P.), por los hechos ocurridos entre los años 2206 a 2008 en la localidad de Neuquén en perjuicio de la niña M..... Y..... M..... (art. 246 del C.P.P.N.).

A su turno, considero que debe reenviarse el presente caso para que se lleve a cabo un nuevo juicio sobre la pena tomando como base la nueva calificación legal impuesta en esta instancia de control ordinario (arts. 246 y 247 del C.P.P.N.).

**3)** Habida cuenta de ello, deviene abstracto e inoficioso el tratamiento y resolución del restante agravio deducido por la Defensa Oficial y que direcciona sobre el monto de la pena impuesta al imputado.

El **Dr. Héctor Guillermo Rimaro** expresó: Por compartir el tratamiento dado por el Sr. juez preopinante a la segunda cuestión, me expido en el mismo sentido.

El **Dr. Fernando Zvilling** manifestó: Adherir a los argumentos dados por el Dr. Federico Sommer y, en consecuencia, a las conclusiones propuestas.

Sin perjuicio de ello, me permito formular algunas breves consideraciones sobre la calificación jurídica adoptada por los Jueces de la mayoría. En esto estimo que asiste plena razón a la Sra. Jueza del voto en disidencia (Dra. Gagliano) ya que la cuestión no se trata precisamente de un problema de credibilidad, sino de percepción de lo vivido. Si bien la niña sostuvo que fue "accedida" o "violada", como señalara la Dra. Gagliano "... *no hay indicación alguna de tiempo, intensidad o localización física de dicho dolor, no existe referencia de secuelas de dicho acto tal como la existencia de sangre o la de algún otro fluido en las prendas íntimas de la niña, evidencia que, ante la inexistencia de verificación médica de la lesión, resulta sin duda necesaria e imprescindible para tener por acreditada la calificante pretendida por la acusación. Ello, sumado al tiempo transcurrido desde la ocurrencia del hecho hasta la denuncia, esto es 7 años, período que por su extensión resulta propicio para que una niña de tan corta edad reinterprete y resignifique lo vivido, crea un marco fáctico dudoso en relación a las características específicas del hecho abusivo sufrido, en cuanto a la indeterminación cierta de la existencia de acceso carnal que no puede más que ser interpretado en favor del acusado. . .*".

Incluso, además de la posible resignificación o reinterpretación de la joven sobre los detalles del abuso, lo cierto es que se trataba de una niña de sólo 9 años de edad, quien, a partir del "dolor" que sintiera en sus zonas íntimas (que no pudo precisar con mayor detalle), pudo confundir tocamientos, digitalización y/o un posible intento de penetración, con el acto mismo de acceso carnal. No existe otra evidencia y/o vestigios posteriores al abuso que permitan avalar el confuso relato de la menor sobre la

penetración, por lo que la duda debe beneficiar al imputado respecto de la figura penal más gravosa.

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

El **Dr. Federico Augusto Sommer** dijo: En atención al resultado parcial de la presente controversia y que aun la imposición parcial de costas podría significar una suerte de obstáculo para que el condenado puedan ejercer el derecho al contralor por otro órgano judicial de las decisiones contrarias a su interés, propicio la eximición total de las mismas en esta instancia (cfr. art. 268, segundo párrafo *in fine* del C.P.P.N.).

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

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

Por lo expuesto, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

**RESUELVE: I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación ordinaria deducida por la asistencia técnica de **J..... W..... A... U.....** (arts. 233, 236 y 242 del C.P.P.N.).-

**II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE** a la impugnación ordinaria deducida por la asistencia técnica del imputado, y, en su consecuencia revocar la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado declarando a **J..... W..... A... U.....**, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple bajo modalidad delito continuado (arts. 45, 55 y 119 primer parr. del C.P.), por los hechos ocurridos

entre los años 2206 a 2008 en la localidad de Neuquén en perjuicio de Madeleine Yamila Moreno (art. 246 C.P.P.N.).-

**III.- FIRME QUE SEA LA PRESENTE, REENVIAR EL PRESENTE LEGAJO A JUICIO DE CESURA** para debatir el monto de la pena a imponer a J..... W..... A... U.....conforme la escala penal establecida para el delito de abuso sexual simple bajo modalidad delito continuado (art. 119 primer párrafo del Código Penal), y conforme el trámite previsto (arts. 246 y 247 C.P.P.N.).-

**IV.- EXIMIR TOTALMENTE DEL PAGO DE COSTAS PROCESALES** al condenado (art. 268, segundo párrafo in fine del C.P.P.N.).-

**V.-** Regístrese. Remitir el presente pronunciamiento a la Dirección de Asistencia a Impugnación y Coordinación General para su registración y notificaciones pertinentes.-

**FERNANDO ZVILLING**  
JUEZ

**HÉCTOR GUILLERMO RIMARO**  
JUEZ

**FEDERICO AUGUSTO SOMMER**  
JUEZ