

**SENTENCIA N° setenta y dos /2016.-** En la ciudad de Neuquén, a los ocho días del mes de agosto del año dos mil dieciséis, el Tribunal de Impugnación conformado por los Dres. Alejandro Cabral, Marcelo Muñoz y Daniel Varessio, con la presidencia del Sr. Juez nombrado en primer término, se reúne para dictar sentencia en el Legajo OFIJU N° 25 del año 2014, identificado como "B. C. S/ABUSO SEXUAL", de la IV Circunscripción Judicial, seguido contra C. R. B., titular del DNI N° ....., el que fuera declarado autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado, dos hechos, en concurso real, en calidad de autor (Arts. 119, párrafos 3º, 55 y 45 del Código Penal) en perjuicio de C. A. M..

La audiencia prevista por el art. 245 del CPP tuvo lugar el día 25/7/16 e intervinieron en la instancia de impugnación: por la Fiscalía, el Dr. Fernando Rubio, en su carácter de Fiscal Jefe; y, por la Asistencia Técnica, los Dres. Facundo Trova y Alejandro Bustamante, en representación del imputado C. R. B..

**A) ANTECEDENTES:** el día 4 de diciembre de 2015 se DECLARO a C. R. B., titular del DNI N° ....., como autor material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, dos hechos,

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

en concurso real (Arts. 45, 119 3º párrafo, y 55 del Código Penal), hechos por los que fuera traído a juicio en el legajo N° 25 del año 2014, en perjuicio de C. A.

M., con costas al imputado (art. 268 CPPN). Y el día 30 de Diciembre del mismo año, se condenó a C. R.

B., titular del DNI ....., a la pena de siete años y seis meses DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO, accesorias legales y costas (arts. 12 y 19 del Código Penal y 268 y 270 del CPP), por los hechos que fuera declarado responsable.

**B) IMPUGNACIÓN:**

**1. La Defensa del imputado**, representada por los Dres. Trova y Bustamante, solicitó se re programe la audiencia ya que por las condiciones climáticas los jueces no habían podido viajar a la ciudad de San Martín de los Andes, considerando que era importante hacerla allí. Se entendió que si el sistema de videoconferencia funcionaba correctamente, no se afectaba la inmediación y no se hizo lugar al planteo, conforme los argumentos expuestos por este Tribunal en aquella audiencia, a los que nos remitimos en honor a la brevedad.

También se planteó que se suspenda la audiencia, en virtud de que estaba pendiente de resolución

ante el Tribunal Superior de Justicia un planteo referido a la extinción de la acción penal por haber transcurrido el plazo que establece el art. 56 LOJP. Planteo al que tampoco se hizo lugar, en función de los argumentos que obran en la video-filmación.

**AGRAVIOS DE LA DEFENSA**

Al respecto dijo que eran cuatro los ejes sobre los que girarían los agravios de la defensa: violación al plazo razonable; violación del debido proceso por afectación al principio de congruencia; errónea y absurda valoración de la prueba; y, monto de la pena impuesta.

Dice que la presente impugnación es contra la sentencia del tribunal colegiado que con fecha 4 y 30 de diciembre de 2015 resolvió por mayoría declarar culpable a B. por el delito de abuso sexual con acceso carnal, en dos hechos. Dice que anteriormente se había dictado un fallo de absolución por unanimidad, en fecha 25 de junio de 2015.

Esta sentencia de junio de 2015 fue anulada por el tribunal de impugnación, quien ordenó el reenvío para realizar un nuevo juicio.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Se expresaron los defensores sobre la admisibilidad de la impugnación, existiendo un planteo de la fiscalía para que sólo se admita parcialmente no haciendo lugar a los planteos relativos al plazo razonable y a la afectación del principio de congruencia, por considerar que ya habían sido resueltos por el Tribunal de Impugnación al resolver sobre la primer sentencia y no haber sido cuestionados por la Defensa en su momento. Se resolvió no hacer lugar al planteo de la fiscalía y considerar admisible desde lo estrictamente formal la totalidad de los agravios que intentaba esbozar la defensa, en función de los argumentos expuestos por este Tribunal en dicha audiencia, a la que nos remitimos en honor a la brevedad.

**Violación del plazo razonable:** Dice la defensa que el hecho tuvo lugar en el año 2009 y fue denunciado el 14 de abril de 2011. Detalla todos los actos procesales realizados en el año 2011, expresando que para el 28/3/2012 se encontraba en condiciones de realizarse el juicio oral. Que el juicio oral se realizó recién el 26 de junio de 2015. Que para esa fecha la garantía del plazo razonable ya se encontraba violada. Cita los precedentes "Mattei" y "Mosatti" de la CSJN. Agrega que el art. 87 del

CPP establece tres años para la finalización del juicio, y que dicho plazo al momento de realizarse el juicio ya estaba vencido. Por eso solicita se declare extinguida la acción penal por violación de la garantía del plazo razonable y se sobresea o absuelva a su asistido.

**Violación al principio de congruencia:**

Respecto a la violación al principio de congruencia dice que a B. se le imputó un hecho, único hecho por el que también había sido indagado. Que sorpresivamente en la audiencia de control de acusación (art. 168 CPP), el señor Fiscal interviniente -previo cuarto intermedio y entrevista con la presunta víctima-, vuelve al recinto y le imputa un nuevo hecho que supuestamente ocurrió una semana después del primer hecho. Dice que respecto de este nuevo hecho, no se le dio a la defensa la oportunidad de defenderse, salvo en otorgársele unos pocos días en la audiencia de control para armar la defensa. Tampoco la víctima se expresó en la Cámara Gesell sobre este hecho. Entiende que se debería haber efectuado una nueva denuncia, una nueva formulación de cargos y un nuevo requerimiento de acusación por este hecho. Considera que en la audiencia de control se pueden subsanar algunas cuestiones formales, pero no introducir

nuevos hechos. Solicita se declare la nulidad respecto de la introducción de este nuevo hecho.

**Errónea, absurda y parcial valoración de la prueba:** se agravia la Defensa por cuestiones que entiende agregó la Dra. Lupica Cristo, autora del voto mayoritario y que no surgieron del debate. Dice que a su vez, cae en un yerro en cuanto a la temporalidad de los hechos, por lo que es errónea la valoración y es parcial. Dice el defensor, que en su voto la Dra. Lupica Cristo, expresa que en el primer hecho el imputado la penetró en tres oportunidades y luego al efectuar el relato del primer hecho nada se condice con ello. Agrega que de la declaración en el juicio de la denunciante, de 19 años, en ningún momento refiere ese importante dato. La Dra. Lupica Cristo transcribe lo que dijo la testigo: "*...R. la tiró sobre la cama, le bajó los pantalones hasta la rodilla y la penetró con el pene en la vagina, ella le dijo que le dolía y ahí la soltó...*". Por lo tanto, dice la defensa que no se entiende de dónde surge que el imputado la penetró en tres oportunidades. Que ello convierte en arbitraria la valoración, porque dice cosas que los testigos no dijeron.

Otro punto en cuanto a la errónea valoración de la prueba tiene que ver con el requisito de

lo temporal, ya que en ningún momento quedó claro cuándo sucedieron los hechos ventilados en el debate. La magistrada relata en su voto que el segundo hecho es posterior. Hace una referencia concreta a lo temporal, *"hacia fines del verano del mismo año, en el mismo lugar, en el domicilio de la calle ..... casa Nro. .... de ... .., dice R. la conduce a una habitación de la planta alta, mediante el empleo de fuerza le quita los pantalones, la tira sobre la cama y la accede vía vaginal"*. Entiende la defensa que ello no fue dicho por la víctima en el juicio, quien habría referido que el primer hecho lo recordaba porque hacía calor, antes de las fiestas, como referencia indicativa, haciendo presumir que el hecho fue antes del verano, y cuando se refiere al segundo hecho dijo que fue a la semana siguiente del primero -como máximo 10 días-, no correspondiéndose esto con lo expresado en la sentencia que fue al final del verano. Además, se pregunta la defensa, ¿por qué no lo dijo la víctima en la cámara Gesell si hubo una semana de diferencia entre un hecho y el otro?. Esta respuesta entiende que la da el voto en soledad de la Dra. Florencia Martini, quien expone una situación que le quita credibilidad a todo el relato de la denunciante. Agrega el

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Defensor, si el relato era creíble como lo dice el informe de la Licenciada Cassina, ¿cómo no relató el segundo hecho, más cuando se lo preguntaron?. Por eso el voto de la Dra. Martini es coherente. Dice la defensa que el relato es mendaz, que se mejoró para perjudicar la situación de B.. Si como dice Cassina es tan creíble su relato, ¿cómo no recordó el segundo hecho?. Si como dice el Dr. Elosu Larumbe en su voto, era tan importante la Cámara Gesell, ¿por qué allí la víctima no dijo nada de este segundo hecho que había ocurrido una semana después del otro?. Esto quita todo tipo de credibilidad a la totalidad del relato. Entiende que la persistencia en el relato no existe por estas contradicciones. Esta errónea apreciación de la prueba es lo que da por tierra con un elemento fundamental, la persistencia del relato en el tiempo y la coherencia necesaria que debe existir en todos los casos de abuso sexual infantil. Agrega la defensa que el Dr. Trincheri, hace una arbitraria valoración de la prueba porque dice: *"no puede a mi entender parecer ponerse en tela de juicio el testimonio de una víctima que reitero siempre ha declarado lo mismo en referencia a los abusos, porque la parte acusadora tardó en formular cargos por el segundo de los hechos"*. Esta aseveración es errónea, porque la parte

acusadora no conocía el segundo hecho, por lo que deviene en algo completamente arbitrario. Dice que la parte acusadora conoció este hecho en la audiencia de control de acusación, por lo que la aseveración de que siempre declaró lo mismo, es arbitraria y mendaz.

**Monto de la pena:** dice que se le impuso a su asistido la pena de siete (7) años y seis (6) meses de prisión por los dos hechos de abuso sexual en concurso real. Dice que llegan los jueces a este monto de pena, porque sólo tuvieron en cuenta las circunstancias de la víctima y no tuvieron en cuenta los testigos de la defensa. Se queja a su vez de que el psicólogo del Hospital Ramón Carrillo, que declaró en el juicio, no hizo ningún informe. Dice que la extensión del daño no fue probada.

Solicita la defensa del imputado que por aplicación de la violación plazo razonable (art.87 del CPP), se declare extinguida la acción penal y se sobresea a su asistido. Subsidiariamente, se revoque la sentencia condenatoria por errónea y absurda valoración de la prueba absolviendo sin más a su asistido. En tercer lugar, se declare la violación a la garantía constitucional de defensa en juicio por afectación al principio de congruencia, en relación al segundo hecho. Por último, en

relación a la pena, se imponga el mínimo previsto, esto es seis años de prisión, atento no haber quedado demostrado objetivamente la extensión del daño.

**2. La fiscalía contestó:** Con respecto a la violación del plazo razonable, dijo que el día 28 de marzo del 2012, no se encontraba lista la causa para ir a juicio. Aseguró que nuestro código procesal y la CADH a través de los artículos 7, 8 y 25 recepta el concepto de plazo razonable pero no existe plazo concreto, sino que debe evaluarse en el caso concreto y en las circunstancias fácticas que hacen al legajo y a la realidad jurisdiccional de los países. En cuanto al plazo de tres años ya fue tratado y se adoptó la postura de interpretación del artículo 56 de la LOJP de donde surge que para las causas iniciadas bajo el régimen anterior que continúen su trámite bajo el nuevo proceso los plazos totales comenzarán a computarse desde la entrada en vigencia de la ley. Solicita se rechace la petición de extinción de la acción penal.

Con respecto a la afectación al principio de congruencia, quedó zanjado por la jurisprudencia pacífica de los integrantes del colegio de jueces. Dice que como fue necesario readecuar el procedimiento en las investigaciones que se realizaron con anterioridad a la

vigencia del nuevo proceso, en la audiencia del 168 CPP debían solucionarse los inconvenientes. Dice que sí es cierto que antes de la iniciación de la audiencia del artículo 168 CPP, el fiscal tuvo una entrevista con la víctima a la que le consultó si tenía alguna novedad y es allí donde la víctima le amplía la información. En consecuencia, allí se reformuló la acusación. Este segundo hecho no era desconocido porque se había dicho que le tocaba la cola con sentido libidinoso, había una agravante que se puso en conocimiento del imputado, consistente en el "acceso carnal", y como no había sido indagado, se decide darle un plazo a la defensa para que produzca la prueba pertinente y tuvo 20 días hábiles. Ninguna sorpresa recayó sobre el imputado sobre el segundo hecho.

Respecto a las cuestiones sustanciales de fondo, absurda valoración o apreciación de la prueba por el voto de la mayoría, dice que toda la crítica la realiza en base al voto en disidencia de la Dra. Martini, voto que -a su criterio- adolece de un gravísimo vicio porque utiliza una prueba que no fue sometida a debate como es la declaración de la víctima varios años antes, en la Cámara Gesell. Entiende que la Dra. Martini tomó ilegalmente dichos de la menor, parcializados, sin los recaudos

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

elementales y los lleva a extremos de supuestos y de conjeturas, que de ninguna manera se ven respaldados por la prueba. Tan es así, que merecen una crítica razonada y fundada del Dr. Trincheri. La defensa dice que hay un error en la apreciación de la Dra. Lupica Cristo, porque dice que fue penetrada en tres oportunidades, pero en realidad cuando la Dra. Lupica Cristo se refiere a las eventuales tres penetraciones, no está hablando de tres hechos de penetración, está hablando de tres circunstancias en donde la penetra, saca su miembro viril y la vuelve a penetrar y lo saca y la vuelve a penetrar, en el mismo hecho que es el primer hecho. Quedó perfectamente claro esa circunstancia. Dice la defensa que no coincide la temporalidad, porque se basa en la incorrecta interpretación de la prueba ilegal que consideró la Dra. Martini. La víctima dio coordenadas temporales más que precisas, alrededor de las fiestas. El Dr. Trincheri rebate este argumento, y dice claramente por qué entiende que se encuentra zanjado. Con respecto al relato de la Cámara Gesell, tanto la Dra. Martini como los defensores insisten en supuestas contradicciones entre lo declarado por la víctima y lo declarado en cámara Gesell, ese testimonio no podía ser considerado como declaración, así insisten en tomarlo tanto la Dra. Martini como la

defensa. Con relación a la omisión en el segundo hecho, dice el Dr. Trincheri que quien me precediera en la votación, que A. no explica en el debate las razones de tal omisión, sencillamente, no lo explica porque no se le preguntó; ello se puede observar en el video del juicio, tal pregunta no la realizó la defensa. La credibilidad del relato del segundo hecho no fue cuestionada, no hay ninguna posibilidad de no credibilidad sobre el relato de la víctima y mucho menos aún sobre la existencia del segundo hecho. Ninguna razón válida han dado los señores defensores ni la Dra. Martini, para explicar cuál es la falta de credibilidad. El Dr. Trincheri cita un testimonio que es de la Dra. Oporosi, y hace hincapié en que A. hasta antes del ataque sexual era virgen. Por último entiende que deben confirmar la declaración de responsabilidad que ha recaído sobre el señor B..

Con relación al monto de la pena impuesta en la audiencia de cesura, dijo que la pena prevista para los delitos por los que fue declarado responsable, la escala penal va dentro de los seis y quince años de prisión por un hecho; teniendo presente que son dos los hechos que se le imputan, la escala penal asciende de seis a treinta años. Se le impuso siete años y seis meses, es decir apenas

alejado del mínimo legal posible y con un enorme abismo con el máximo de 30 años, por dos hechos de abuso sexual con penetración en contra de una menor. Los señores jueces tuvieron en cuenta las pautas de los artículos 40 y 41 del C.P., tampoco se dijo cuál es el agravio concreto al imponer la pena. Simplemente han venido a decir que la ponderación del daño causado en función del testimonio de testigos que habían declarado en juicio. Particularmente se agravian de que vino un perito al debate, médico estatal, sin un informe previo. Es verdad que informó en la audiencia, pero con la posibilidad de la defensa de un amplio contrainterrogatorio, no se violó ningún derecho de defensa.

**3. El tribunal pidió precisiones a las partes:** si durante el último juicio se utilizó la cámara Gesell como declaración previa de la víctima para contrastar las posibles contradicciones. Informando que se contrastó a través de la licenciada Cassina, quien fuera la receptora de la cámara Gesell.

Concedida la palabra al imputado, dijo: soy padre de familia y necesito trabajar, necesito que se solucione el problema.

C) Practicado el sorteo para establecer el orden de votación, resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Alejandro Cabral**, luego el **Dr. Daniel Varessio** y, finalmente, el **Dr. Marcelo Muñoz**.

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

**PRIMERA: ¿Es formalmente admisible la impugnación ordinaria deducida?.**

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

Que si bien preliminarmente se había resuelto la cuestión relativa a si era procedente respecto de todos los agravios o sólo de algunos, corresponde examinar si se han cumplido las prescripciones legales para que el recurso sea admisible, conforme lo dispuesto por el artículo 242 del C.P.P.

En tal dirección cabe considerar que el escrito fue presentado en término, por ante la Oficina Judicial respectiva, por quien se encuentra legitimado para ello; tratándose de una sentencia definitiva y por ende de una decisión impugnabile en los términos de los arts. 233, 236 y 239 del rito.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

De igual modo, la impugnación resulta autosuficiente por cuanto del escrito presentado y de lo debatido en la audiencia celebrada (art. 245 del CPP), fue posible conocer cómo se configuran los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone.

Por lo expuesto, considero que el recurso de impugnación deducido debe ser declarado formalmente admisible.

El **Dr. Daniel Varessio**, dijo: que adhiere al voto del Dr. Cabral, por compartir la respuesta que propone a esta primera cuestión.

El **Dr. Marcelo Muñoz**, expresó: que comparte la decisión adoptada por el vocal del primer voto en relación a la admisibilidad de la vía recursiva.

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

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

**1) En cuanto al planteo del plazo razonable**, considero que el mismo debe ser desestimado.

Entiendo que la Ley Orgánica para la Justicia Penal resolvió a través del art. 56, cuál era el plazo que debía considerarse razonable para la duración del proceso en las causas de transición, es decir respecto de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

aquellas que venían del anterior sistema que imponía la Ley 1677. El primer párrafo de dicho artículo dice expresamente que las causas iniciadas bajo el régimen de la ley 1677 que continúen bajo el nuevo proceso, *"los plazos totales comenzarán a computarse, íntegramente, desde la entrada en vigencia de la nueva ley"*.

Si ello es así, el plazo total que establece el art. 87 del CPP para las causas que vienen del anterior sistema, comienza a computarse en la presente causa a partir del 14/1/14 y finaliza el 14/1/17, no estando en consecuencia vencido el plazo razonable de duración del presente proceso.

No habiendo sido tachado de inconstitucional dicho artículo de la Ley Orgánica (art. 56), entiendo que es aplicable y debe rechazarse el agravio relativo a la violación al plazo razonable.

En cuanto al segundo párrafo del art. 56 de la LOJP, también regula el plazo razonable para las causas que estaban elevadas a juicio y allí se establece dos años para la adecuación al nuevo proceso, es decir hasta el 14/1/16 para su finalización. Pero en cuanto a este tema, no voy a ingresar porque -de acuerdo a lo

informado por la defensa-, se encuentra actualmente ante el Tribunal Superior de Justicia para resolver.

**2) Afectación al principio de Congruencia:** Entiendo que en relación al presente agravio debe hacerse lugar a la impugnación.

De acuerdo a lo expresado por las partes en la audiencia de control de la acusación, prevista por el art. 168 CPP, se le agregó un nuevo hecho de acceso carnal. Que esta causa estaba elevada a juicio al 14/1/14 por un solo hecho y como el art. 51 de la LOJP establecía que debían pasar a la oficina judicial para realizar la audiencia del art. 168 del CPP, nunca se requirió ni se indagó por el segundo hecho. La defensa entiende que se debería haber efectuado una nueva denuncia, haber formulado cargo y requerido la acusación por este hecho, pero dice que nada de ello ocurrió. Así, entiende que se violó el derecho de defensa. Por su parte, la fiscalía considera que ya estaba denunciado otro hecho de abuso sexual porque se le había dicho "que le había tocado la cola con intención libidinosa", que entonces sólo se agravó la figura, pero no existió un nuevo hecho. Además dice que el Juez le otorgó 20 días para que pueda aportar prueba de descargo sobre este hecho.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Al respecto considero que no es lo mismo subsanar errores formales, que introducir un nuevo hecho en el control de la acusación. El proceso por más simple que se haga tiene una finalidad, que es garantizar un juicio justo a través del ejercicio regular de la defensa en juicio y del debido proceso.

Así, la formulación de cargos tiene una finalidad: poner en conocimiento del imputado que se lo está investigando en relación a un hecho concreto, claro, preciso y detallado en cuanto a las circunstancias.

El requerimiento de apertura a juicio establecido por el art. 164 del CPP, tiene por objeto que el fiscal tome una decisión en relación a la formulación de cargos ya efectuada, para así anotar a la defensa cuál va a ser en definitiva: el "hecho que se le atribuye" con una relación clara, precisa y circunstanciada, "la calificación legal" y "la pretensión punitiva provisoria". Además debe mencionar cuál es la prueba que llevará al juicio. Ello, con el fin de garantizar la defensa en juicio del imputado.

Nada de ello ha sucedido en la presente acusación. Se llegó a la audiencia de control y se le agregó un hecho nuevo. Aclaro que no es lo mismo decir que

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

le tocaba la cola, a decir que la accedió carnalmente, como pretende la fiscalía. Este hecho no es una agravante, es un hecho totalmente distinto.

En este contexto, entiendo que el debido proceso legal y la garantía de la defensa en juicio, no se cumplieron por más que se haya otorgado a la defensa 20 días para ofrecer prueba en relación a este segundo hecho.

Tan es así, que pareciera que se le exige a la defensa probar un hecho negativo. Probar que en vez de dos hechos, tuvo lugar uno sólo de ellos. Es más, en base a la misma prueba, también podría decir la parte acusadora que en vez de uno, fueron 20 hechos y ¿también se aceptaría la reformulación en la audiencia de control de la acusación, aunque no hubiera una nueva formulación de cargos, ni un nuevo requerimiento de acusación?.

Todo indica que ello, amén de vulnerar todo el debido proceso como garantía del imputado, quita al defensor y al imputado toda posibilidad de defenderse. Pareciera que da lo mismo que al imputado se le pueda imponer hasta un máximo de quince años de prisión, que hasta un máximo de treinta años de prisión. Así lo expresó el mismo fiscal, cuando fundamentó que la pena era adecuada

a los hechos porque eran dos. No es lo mismo imputar uno, que dos hechos, el máximo de la pena se eleva al doble.

En la formulación de cargos, hay que determinar de manera concreta, clara, precisa y circunstanciada el hecho, con sus características, fecha y lugar si es posible, a fin de que el imputado pueda defenderse y presentar prueba. También el requerimiento de acusación es sumamente importante, porque allí el imputado sabrá concretamente si va a juicio y qué es lo que se va a debatir y los testigos que se van a ofrecer.

Con la formulación de cargos comienza propiamente la etapa preparatoria, la que finaliza con la acusación, el sobreseimiento o la suspensión del proceso a prueba. Por tal razón, son los actos más importantes de este proceso y, de cualquier otro, para poder llegar al juicio, no pudiendo suprimirse ninguno de ellos, pues son los que permiten una adecuada defensa en el juicio propiamente dicho, etapa central de este sistema procesal.

Al igual que lo era en el anterior Código de Procedimientos Penal, la indagatoria y el requerimiento de elevación a juicio. No se pueden obviar tales pasos so pretexto de que son cuestiones saneables en la audiencia del art. 168 y 169 del CPP. Son actos imprescindibles que

afectan de manera insalvable todo el proceso, violando la garantía del debido proceso legal y la defensa en juicio.

Por tal razón, entiendo que le asiste razón a la defensa y corresponde declarar la nulidad de la incorporación de un nuevo hecho en la audiencia del art. 168 del CPP, debiendo estarse al único hecho por el que había sido oportunamente elevada la causa a juicio.

**4. Errónea, absurda y parcial valoración de la prueba:** Considero que este agravio debe rechazarse en función de lo que seguidamente expresaré.

La defensa fundamentalmente se basa en las contradicciones existentes entre lo que habría dicho A. en la cámara Gesell en el año 2011 y lo que dijo en el debate en diciembre de 2015. La mayor parte de la contradicción se basa en un nuevo hecho que habría sido introducido en la audiencia de control de la acusación y que no habría sido mencionado en el año 2011.

En cuanto a lo que refiere que la juez dice que en relación al primer hecho "*en tres oportunidades le habría introducido el pene*", cabe destacar que ello no afecta el hecho en sí; es claro que se refiere a un mismo hecho. La jueza que emite el primer voto hace una valoración acabada de la prueba que entiende que acredita

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

este primer hecho. Así, valora los dichos de la menor en el debate, de la Lic. Cassina, de lo expresado por el médico, de la inexistencia de animadversión por parte de la víctima al imputado o su familia, de las declaraciones de M.... y R... M..... Todo lo cual funda de manera acabada su voto, el que a su vez es completado -en función de las cuestiones planteadas por la Dra. Martini- por el Dr. Trincheri.

En cuanto al agravio relativo al tiempo en que ocurrió el segundo hecho, considero que es abstracto, pues ya hemos resuelto que dicho hecho no puede ser objeto de la acusación por haber afectado el principio de congruencia.

En cuanto a la temporalidad del primer hecho, está perfectamente determinado en tiempo y lugar: verano del año 2009, cuando habían terminado las clases, en cercanía a las fiestas y que hacía calor.

Por último, entiende la defensa que existe una errónea valoración de la prueba porque en la primera cámara Gesell, cuando se denuncia (2011) existía un solo hecho, mientras que luego en el debate menciona dos hechos. Que nunca explicó la víctima por qué en aquella cámara Gesell no lo había mencionado.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

En este aspecto, comparto lo dicho por el Dr. Trinchero, que la defensa nunca le solicitó una explicación sobre este punto, lo que hubiera correspondido en el contra-examen. Pero sin perjuicio de ello, cabe resaltar que la circunstancia de que la menor en aquel momento, no haya mencionado todos los hechos en los que fue abusada, no invalida el testimonio si existen otros elementos que pueden corroborar la credibilidad del mismo.

Es sumamente común que los menores de edad, en los delitos que afectan la integridad sexual -ya sea por sentirse culpables, por cuestiones de pudor, o de vergüenza-, no digan absolutamente todo lo que les sucedió. Que limiten su relato a lo que consideren más importante y menos vergonzoso de contar, evitando entrar en detalles o cantidad de veces concretas que sucedió, y en muchas ocasiones disminuyendo dicha cantidad. Ello de ninguna manera invalida todo el resto del relato, lo gestual, lo corporal, lo emotivo, y toda la prueba periférica, como los informes psicológicos, médicos, los testigos de oídas, etc.

Por todo ello, considerando que el primer hecho se encuentra debidamente fundado en la sentencia dictada por la mayoría, considero que debe desestimarse el

agravio relativo a la errónea, absurda y parcial valoración de la prueba.

**5. Monto de la pena:** Toda vez que ha prosperado uno de los agravios, justamente el relativo a uno de los hechos (violación al principio de congruencia), considero que no corresponde adentrarme a este agravio y ordenar una nueva cesura por parte del mismo tribunal, a efectos de determinar nueva pena en base a un solo hecho.

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

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

En cuanto a las costas, considero que habiendo prosperado en forma parcial la impugnación, corresponde eximir totalmente al acusado en esta instancia con fundamento en que el ejercicio del derecho constitucional a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena, no puede verse cercenado ante la amenaza o el temor de tener que afrontar el eventual pago de las costas procesales en caso de que el recurso sea rechazado. Por lo que encuentro razón suficiente para eximir totalmente al recurrente en esta instancia (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP).

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

El **Dr. Daniel Varessio**, expresó: Que adhiere a lo resuelto sobre las costas.

El **Dr. Marcelo Muñoz**, manifestó: Que comparte los fundamentos expuestos en relación a la eximición de costas.

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

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por los Dres. Facundo Trova y Alejandro Bustamante, en favor de su asistido C. B. (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

**II.- RECHAZAR los agravios relativos a los puntos 1 y 3.**

**III.- Hacer lugar al agravio relativo a la afectación del principio de congruencia, declarando la nulidad del nuevo hecho introducido en la audiencia de control de la acusación.**

**IV.- REVOCAR LA SENTENCIA EN CUANTO AL CONCURSO REAL, SIENDO CONFIRMADA EN RELACIÓN AL PRIMER HECHO, por el delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (art. 119, 3º párrafo del CP).**

V.- Ordenar la remisión a la Oficina Judicial a fin de que el mismo Tribunal que intervino, realice nuevo juicio de cesura.

VI.- Sin costas en esta instancia (art. 268 CPP).

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

Dr. ALEJANDRO CABRAL

Juez

Dr. DANIEL VARESSIO

Juez

Dr. MARCELO MUÑOZ

Juez

Reg. Sentencia N° 72 T° VI Fs. 1113/1126 Año 2016.-