



Sentencia N° cincuenta y uno /2022. En la ciudad de Neuquén, a los nueve días del mes de agosto del año dos mil veintidós, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Dres. **Fernando Zvilling, Florencia Martini y Andrés Repetto**, presidida por el último de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado "**V., A. S/ ABUSO SEXUAL**", identificado bajo **Legajo MPFZA 34294 Año 2020** del registro de la Ciudad de Zapala, en el que se encuentra imputado **A. V.**, titular de **D.N.I.-...**, nacido el 2 de mayo de 1974, domiciliado en ... del Barrio ... de la Ciudad de Zapala.

A) ANTECEDENTES:

Por sentencia de fecha 27/04/22 del Tribunal de Juicio integrado por las Dras. Bibiana Ojeda, Carolina González y Leticia Lorenzo, se resolvió absolver al Sr. A. V., titular del DNI ..., de demás datos existentes en el legajo, por incongruencia entre los hechos sostenidos en la acusación y la prueba producida con relación al período comprendido entre abril de 2014 y enero de 2018. Absolver también por existencia de una duda razonable con relación al período comprendido entre enero de 2018 y febrero 2018. 2. Imponer las costas del proceso al Ministerio Público Fiscal.

La Fiscalía y la Querrela institucional de los Derechos de la Niñez y Adolescencia interpusieron impugnación ordinaria (art. 243 del CPP) contra la sentencia de fecha 27/04/22, celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el día 26 de julio de 2022, oportunidad en que las impugnantes expusieron los fundamentos.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa, el Dr. Lucas Guiñez, por la Fiscalía el Dr. Marcelo Jofré y por la Defensoría de los Derechos de la Niñez y Adolescencia las Dras. Paula Castro Liptak y Natalia Díaz.

B) El Dr. Jofré dijo: que la impugnación resulta admisible por haber sido interpuesta en plazo legal y provocar un gravamen irreparable. Sostuvo que la sentencia carece de fundamentación ya que las juezas sostienen que le creen a la víctima y sin embargo absuelven al imputado por entender que hay un desacople en el tiempo. Ello porque el

hecho inicial acaecido en la garganta del diablo en inmediaciones de Aluminé, se fija en el año 2014 cuando la víctima tenía 10 años, y en esa fecha la familia residía en Aluminé, cuando la adolescente afirma que regresaban a su domicilio en Zapala. Afirma la fiscalía que hubo una convención probatoria sobre los domicilios en los que residió la familia y se trata de un delito continuado (entre abril de 2014 y febrero de 2018). Las juezas asimismo indican que sobre los hechos imputados en los meses de enero y febrero de 2018, cuando convivían en ... de Zapala, dado que el lapso es breve y la vivienda de escasas proporciones separado el dormitorio por una cortina, por lo que la posibilidad de que acontezcan los hechos resulta no supera la duda razonable.

Sostuvo el Dr. Jofré que se constata una absurda valoración del testimonio de la niña, a la que las juezas otorgan credibilidad y sin embargo absuelven al acusado. Agregó que la fiscalía sostuvo su acusación no solo por el domicilio de ... sino también a los domicilios a los que concurriesen aprovechando el imputado que se encontraran a solas y reitera que se trata de un delito continuado, por lo que la sentencia carece de fundamentación suficiente. Por ello solicita se revoque la sentencia y en ejercicio de competencia positiva se condene a A. V. por los hechos imputados.

Respecto de las costas impuestas a la Fiscalía cita los precedentes Castillo y Temux que exceptúa la regla prevista por el art. 268 del CPP en atención al ejercicio de la función pública, asimismo entiende que las juezas no explican porque se habría afectado la tutela judicial efectiva tal como lo sostienen a fs. 40. Solicita en consecuencia que se revoque la sentencia respecto de la imposición de costas.

C) A su turno las querellantes institucionales dijeron: Que las juezas advierten la discordancia entre la acusación y el testimonio de M.. La primera vez, en la garganta del diablo cuando ella tenía diez años, en Rahue. Hay una contradicción en creer el relato y no condenar. La acusación sostuvo también *en cualquier lugar en que ocurriera* y ello no fue atacado por la defensa. En 2014 vivían en Aluminé, en 2016 y 2017 vivieron en calle ... de la Ciudad de Zapala y en 2018 se mudaron a ... de



la misma ciudad. Debe tenerse en consideración la naturaleza del delito, la duda cae si se valora con perspectiva de género. El relato de M. es acompañado por la pericia y el testimonio de la madre. Debe tenerse en consideración la relación de poder, la asimetría vinculada a la edad, la fuerza y que el acusado sea el proveedor. V. controlaba la familia. En definitiva, la palabra de M. fue desestimada. Por otra parte, resulta arbitrario considerar insuficiente el lapso de dos meses (en calle ...). Se trata de una sentencia superficial que se aparta de la realidad. M. relata ante fiscalía y mantiene en juicio.

D) Por su parte, el Dr. Lucas Guiñez dijo: que la impugnación es inadmisibles porque no se constata arbitrariedad ni absurda valoración de la prueba.

Se constató un problema en la acusación, el hecho circunstanciado en tiempo y espacio no fue corroborado por la prueba en juicio. En abril del 2014 M. no tenía diez años; los cumplió en septiembre. En ese año no vivían en Zapala, M. estudiaba en la Escuela 52 de Aluminé. En 2015 los niños vivieron con los abuelos L.. En ese año V. era chofer de docentes de Aguada Florencio entre las 7 y las 18 hs. En 2016 vivieron en Barrio ..., calle ... dijo M.. La acusación no se corresponde con la prueba producida. La fiscalía no nombra la calle ... de B° ... (2016/2017). En 2018 se mudaron a ..., a un monoambiente dividido por una cortina, habitado por seis personas (V., B., y los cuatro hijos de M.). Los niños iban a la misma escuela. No es una cuestión menor el tiempo. El art. 164 inc. 2do del CPP exige una relación precisa y circunstanciada de los hechos. El hecho circunstanciado en tiempo y lugar constituye una garantía; en el caso hubo un desacople importante entre la acusación y la prueba. Por su parte, la sentencia advierte que M. no refiere el último tramo de la acusación (tentativa de acceso carnal).

Respecto de las costas, se otorgó un plazo de dos meses de prórroga en la investigación y no corrigieron la acusación. Describen hechos no relatados, hechos incongruentes con la calificación. Sobre el ejercicio de competencia positiva, la regla general

establecida por el art, 246 es el reenvío. La fiscalía no explica porqué habría que apartarse de la regla, además la competencia positiva es admisible solo para sobreseer o absolver, cita Mohamed de la CIDH. Solicita se declare inadmisibile y se confirme la absolución y las costas.

E) Otorgada la palabra al Sr. A. V. dijo: que M. es una excelente mamá. En el legajo 27910 insistieron que vivía entre el 2013 y el 2016. No se hizo planimetría. ... no es una casa, sino un campamento. Agrega que fue excluido en septiembre de 2019.

F) Dada la palabra a M. B., madre de M., a pedido de la Defensora de los Derechos del Niño, dijo: que no siente odio hacia él ni su entorno. Le abrió las puertas de su casa, "un galpón". Pide que se haga justicia, que se valore la palabra de mi hija.

Practicado el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Florencia Martini, Dr. Andrés Repetto y Dr. Fernando Zvilling.

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

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?

La Dra. Florencia Martini, dijo:

Considero que la impugnación deducida contra la sentencia fue interpuesta en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente. No obstante lo cual, en tanto se trata de una impugnación de la querella institucional contra una sentencia absolutoria previsto por el art. 237 del CPP, es necesario ingresar al fondo de la cuestión planteada para analizar la legitimación objetiva en los términos previstos por la norma citada. Ello en el entendimiento que, contrariamente a la regulación amplia plasmada en el artículo 236 del CPP, en estos supuestos, se establecen importantes restricciones objetivas de admisibilidad que, sin llegar a romper plenamente con el sistema de bilateralidad recursiva, circunscriben la posibilidad de control a casos de verdadera excepción. La ley 2784, en el citado artículo 237 ha delimitado la posibilidad de impugnar la sentencia absolutoria a dos motivos específicos: arbitrariedad y apreciación absurda de las pruebas recibidas en juicio.



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

El **Dr. Fernando Zvilling**, dijo: Adhiero al voto de la jueza preopinante.

SEGUNDA: ¿qué solución corresponde adoptar?.

La Dra. Florencia Martini, dijo:

Se agravan las acusadoras por entender arbitraria la sentencia, por insuficiente fundamentación y absurda valoración del testimonio de M. L.. Ambos impugnantes plantean la contradicción insalvable que se constata en la sentencia al atribuir credibilidad al relato de M. y no condenar. La fiscalía afirma que existió una convención probatoria sobre los domicilios en los que convivieron y que fundamentalmente se trata de un delito continuado. La Querrela institucional por su parte, considera que los hechos acaecidos en calle Sarmiento de la ciudad de Zapala quedan abarcados por la circunstancia comprendida en la acusación de "cualquier lugar a que concurrieran" circunstancia que no fue atacada oportunamente por la defensa. Ambas acusadoras consideran arbitraria la conclusión de las juezas respecto al tramo final atribuido en calle ..., durante los meses de enero y febrero de 2018 en tanto descartaron la posibilidad material de que estuviesen en soledad en el monoambiente separado por una cortina en un período temporal extremadamente reducido. Sostienen que, en realidad, la sentencia desestima la palabra de M. pese a afirmar su credibilidad.

Por su parte, la fiscalía se agravia también por la imposición de costas por tratarse de una excepción a la regla procesal, conforme a los fallos Castillo y Temux, por tratarse del ejercicio de una función pública.

Del análisis de la sentencia advierto que asiste razón a las acusadoras, motivo por el cual corresponde declarar su nulidad y reenvío a nuevo juicio. Doy razones.

Las juezas sostienen la decisión absolutoria en la existencia de un desacople entre la acusación y la prueba (comprendida entre ella la prueba fundamental en este tipo de delito, que es el testimonio de la víctima). Adjudican credibilidad al testimonio de M. a resultas de un

análisis pormenorizado sobre las credenciales de la prueba siguiendo lo establecido por Anderson, Schum y Twining en el Capítulo 2, 20 apartado C del texto Análisis de la Prueba (Ed. Marcial Pons, 2005, p. 93 y ss) pero afirman que la acusación se aparta de sus dichos, es decir, habría un desacople entre la acusación y el relato de la víctima que les impide condenar, presuntamente por afectación del derecho de defensa, aún cuando la defensa no alegó tal afectación y efectivamente se defendió de los hechos endilgados en el tramo temporal fijado en la acusación (entre abril de 2014 y febrero de 2018). Esto se constataría respecto del tramo temporal mayor (entre abril de 2014 y diciembre de 2017, aunque en la parte resolutive -quizás por error- lo extienden a enero de 2018). Sobre el tramo subsistente -no afectado por el "desacople"- que fijan entre enero y febrero de 2018, concluyen -pese a la credibilidad otorgada al relato de M.- que no habría posibilidades materiales de consumación del delito en virtud de las características de la vivienda en la que convivían en calle ..., un monoambiente separado por una cortina, que habría impedido que víctima y victimario se encontraran en soledad en un período temporal extremadamente reducido (dos meses), razón por la cual no logran superar la duda razonable, absolviendo también por este tramo, incurriendo aquí en una evidente contradicción lógica si parten de la credibilidad del relato avalado por otras pruebas (V. y B.). Relato en el que M. explica que los hechos sucedían cuando la madre viajaba a Aluminé (para el reparto de garrafas) o salía a comprar, y V. mandaba a jugar a fuera a sus hermanitos.

Más allá de la arbitraria segmentación de los hechos imputados en carácter de delito continuado que realizan las juezas, la sentencia resulta arbitraria por lógicamente contradictoria, porque todos los hechos relatados por M. son excluidos pese -insisto- a que le otorgan credibilidad fundada en la prueba producida en juicio.

Las juezas también otorgan credibilidad al testimonio de la Lic. Vieira que realizó la pericia concluyendo en la existencia de indicadores de victimización sexual desechando los cuestionamientos efectuados por la defensa y sostienen que el testimonio de M. es corroborado por información periférica (testimonio de V. y el de su madre



M. B.). Afirman que el relato se mantuvo entre la denuncia y el juicio (coherencia interna); que no hubo cambios en la identificación del autor ni descripción de los hechos pero que habría discordancia entre la acusación y la declaración de M., por lo que descartan el primer hecho descripto por M.. Lo cierto es que, tal como lo sostienen las acusadoras, realizan una absurda valoración del testimonio de M. (aunque lo endilgan a una defectuosa acusación), ya que M. dio circunstancias concretas que permitían fijar este hecho temporalmente dentro del tramo temporal acusado. M. dijo que la primera vez aconteció en la garganta del diablo de regreso a Zapala; que en ese momento ella iba a la Escuela 156 (ubicada a pocas cuadras de la vivienda en la que convivía el núcleo familiar incluido V.), en calle ... del barrio ... de la Ciudad de Zapala. Tanto M. B. como el testigo E. C. dan cuenta que M. cursaba su sexto grado en la escuela 156 de Zapala en el año 2016.

Es entonces el relato de M. el que permite ubicar este primer suceso de abuso sexual dentro del período temporal endilgado a V., aunque erróneamente se halla fijado en el año 2014, a partir de que M. dijo también que el primer hecho había sucedido cuando tenía 10 años (y nació en 2004). Se trató de un error de precisión de M., que no obstante pudo superarse a tenor de las circunstancias precisas que aportó sobre el domicilio en el que vivía y la escuela a la que concurría en la localidad de Zapala. En realidad, M. tenía 11 años en aquella oportunidad (tomando en consideración que cumple años el 17 de septiembre). Bastaba con excluir del tramo temporal imputado los años 2014 y 2015, y dejar subsistente a partir del año 2016.

Que además la acusación no haya hecho expresa mención del domicilio señalado por M. (... B° ..., Zapala) mencionando el domicilio al que se mudaron en enero de 2018 (... Zapala), no impidió el ejercicio del derecho de defensa de V., ya que se imputó que abusaba de la niña desde 2014 al 2018 mientras convivían, la defensa tuvo acceso a la declaración de M. en Fiscalía (2018) y posiblemente a la declaración previa de M. B. que ubica tal domicilio; el Sr. V. sabía que había convivido en ese domicilio y estaba dentro del período del delito continuado imputado. Máxime si, como afirmó la querrela, también se

sostuvo en la acusación como circunstancia de lugar "en cualquier lugar a que concurrieran" y no fue objetado oportunamente por la defensa, y el propio fiscal, en el alegato de cierre refiere a "otro domicilio" donde sucedieron los abusos, sobre el que la defensa nada objetó.

No obstante, como adelanté en párrafos precedentes, ni siquiera el defensor planteó en el debate afectación del derecho de defensa y efectivamente lo ejerció, controlando y desplegando su actividad a lo largo del juicio.

Finalmente, y pese a que las juezas comparten la postura sentada en el Acuerdo 4/21 sobre la forma en que deben valorarse los testimonios de víctimas de este tipo de delitos conformen lo afirman en la sentencia, y de las múltiples sentencias de la CIDH que a ello se refieren ("Fernández Ortega Vs México" 30/8/10; "J Vs Perú" 27/11/13; "Espinoza González Vs Perú" 20/11/14) entiendo que *afirmar la credibilidad de la víctima en función de la prueba producida en juicio* para luego prescindir de su relato sin razones suficientes, consume el riesgo real e inmediato de revictimización contrariando la manda convencional de debida diligencia reforzada (Recomendación General n° 19, Comité CEDAW, 1992; art. 7 Belem do Pará; Campo Algodonero Vs México, 16/11/09; Veliz Franco Vs. Guatemala, 19/05/2014), que no sólo opera en los primeros momentos de la investigación sino también al momento de valorar la prueba en juicio con perspectiva de género.

Por la conclusión a la que arribo, no trataré el segundo agravio de la fiscalía sobre la imposición de Costas.

Por los motivos expuestos, la sentencia impugnada padece de vicios de motivación que la invalidan como acto jurisdiccional, por lo que corresponde declarar su nulidad y consecuente reenvío ante un Tribunal con diversa integración.

Si bien la fiscalía solicitó el ejercicio de competencia positiva, lo cierto es que, tratándose de la nulidad de la sentencia y, no encuadrando la situación planteada en la excepción prevista en el último párrafo de art. 246 del CPP, corresponde aplicar la regla del reenvío. Mi voto.

El **Dr. Andrés Repetto**, dijo: He de disentir con las conclusiones a las que arriba la Sra. Magistrada del primer voto.

Tal como ya fue señalado, para que proceda la impugnación de



una sentencia absolutoria debe acreditarse que ésta es arbitraria y/o que las pruebas producidas fueron valoradas de manera absurda. El concepto de arbitrariedad de sentencia ya fue definido por la CSJN, tal como lo señaló el TSJ en el precedente "MARDONES PONCE, CLAUDIA R; S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO" (Legajo MPFNQ N° 145502/2019, RI N°48 del 26/8/21), entre otros. Allí se sostuvo que *"...en lo referente a la arbitrariedad de sentencias, se recuerda que "(...) la Corte Suprema ha determinado una serie de lineamientos sobre lo que **no** es sentencia arbitraria. a) Los fallos que cuentan con fundamentos 'suficientes', 'mínimos', 'adecuados', 'serios', 'bastantes', que impidan su descalificación como acto judicial, incluso en el supuesto de error en las resoluciones del caso []. b) Los fallos que se expiden adoptando una entre varias posibilidades interpretativas (cuestiones opinables) [], siempre que se opte por una interpretación razonable []. (...) d) Los fallos que no contienen errores u omisiones sustanciales para la adecuada solución del litigio []. e) Las sentencias que no se apartan manifiestamente de la ley, cualquiera que sea su acierto o error []. (...) g) Los fallos que evalúan razonablemente la prueba acumulada []"* (cfr. Sagüés, Néstor Pedro; *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, 4a ed., Astrea, Bs. As., 2002, T. 2, pp. 112/113)..."

A poco de leer la sentencia cuestionada se advierte de manera evidente que la misma cuenta con fundamentos suficientes, adecuados y serios, lo que impide descalificarla como un acto jurisdiccional inválido, más allá de que sus conclusiones puedan o no ser compartidas. En este punto debo resaltar que los jueces del Tribunal de Impugnación no pueden descalificar una sentencia de grado por considerándola arbitraria, fundado únicamente en que ellos hubieran valorado la prueba de manera diferente y que por ende hubieran arribaron a una conclusión distinta a la que llegaron los jueces de juicio. Para que proceda la declaración de arbitrariedad la sentencia de juicio debe cumplir con los extremos señalados por la CSJN, e indicado más arriba. En el caso de autos, como ya indiqué, la sentencia se encuentra fundada adecuadamente.

Los acusadores sostuvieron que los abusos que denunció M. se

habrían consumado entre los primeros meses del año 2014 y hasta febrero de 2018, período de tiempo en el que la niña tenía entre 10 y 14 años de edad. Afirmaron además que el primero de los abusos habría ocurrido a principio de 2014 cuando ella tenía 10 años de edad, en un lugar denominado "La garganta del Diablo", y que éstos continuaron en el domicilio de la calle ... de Zapala.

El fiscal en el alegato de cierre lo planteó en estos términos: *"...se les presentó un caso ocurrido entre el 2014 y el 2018, un caso que se presentó ante Uds. como un caso de abuso sexual simple, continuado, con dos agravantes: la convivencia preexistente con una mujer, una adolescente menor de 18 años de edad, y el otro agravante que se le presentó a Uds. es el tema de la guarda... el primer hecho ocurrió cuando tenía 10 años de edad, en una circunstancia de un viaje, en una circunstancia de un lugar ubicada como La Garganta del Diablo... esto continuó con distintos tocamientos en las partes de la niña... ¿dónde ocurrían éstos? Ocurrían en la vivienda de ... de la ciudad de Zapala. Sobre estos hechos escuchamos a M.. M. fue clara, precisa y contundente..."*.

La querella, por su parte sostuvo la misma acusación, manifestando en el alegato de cierre lo siguiente: *"...el hecho que se trajo, por el cual acusamos con el MPF, quedó acreditado primeramente a través del relato de M. quien nos dijo 'la primera vez pasó en la ruta, nos habíamos mudado a Zapala, A. viajaba a Aluminé por el gas, cuando volvíamos era de noche y hay una cascada que se llama Cascada del Diablo, me tocó los pechos, la cola, me desabrochó el jean y me tocaba por arriba y por debajo de la ropa. También nos dijo que los abusos transcurrieron y dijo 'fue en el transcurso entre que tenía 10 hasta los 14 años'. Siempre indicó a V. como el autor de los abusos, de este primer abuso y del resto de los abusos que sufrió en la calle ... de la ciudad de Zapala, donde convivían..."*.

Queda claro entonces que ambos acusadores finalmente reprocharon a V. haber realizado las conductas de abuso sexual entre principios de 2014 y febrero de 2018, y que éstas se produjeron en el lugar denominado "La Garganta del Diablo" y en el domicilio de la calle ... únicamente, conforme la acusación formulada. Esa fue la imputación



precisa que efectuaron el fiscal y la querrela en el alegato de cierre, y fue el reproche en contra del cual la defensa ejerció su derecho a la defensa material.

Para determinar si la sentencia es o no arbitraria deberemos verificar si en ésta existen o no argumentos que den un fundamento razonable a la decisión adoptada, y además si éstos se relacionan o no con la prueba producida.

Lo que está fuera de discusión es que la acusación quedó circunscripta a lo que el fiscal y la querrela sostuvieron en sus alegatos de cierre, más allá de que esas acusaciones coincidan o no con las pruebas producidas en el juicio. Ello necesariamente nos obliga a afirmar que no resulta admisible considerar la posible existencia de abusos cometidos en otras ubicaciones diferentes a los lugares mencionados por los acusadores en sus alegatos de cierre, o en períodos de tiempo distintos, más allá de que otros lugares puedan o no haber sido mencionados por la niña M. en su declaración, o que otros abusos hayan existido fuera de la franja temporal indicada.

Los acusadores al inicio del juicio sostuvieron que *"...estos actos (los abusos) V. los llevaba adelante siempre en ocasiones en que la niña se encontraba a solas y a su cuidado. Ya sea en el domicilio familiar ubicado en ... de Zapala, en la vivienda de los padres de V. cita en ... de Zapala y en cualquier lugar a que concurrieran, aprovechando que la niña estuviera sola..."*, dando cuenta de que éstos se habrían producido en varios lugares distintos. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que resulta jurídicamente inadmisibles pretender incluir abusos sexuales que habrían sido cometidos en lugares distintos a los indicados en los alegatos de cierre (otros lugares diferentes a "La Garganta del Diablo" y al domicilio de ... de Zapala), porque así fue circunscripto por el fiscal y la querrela, siendo esa la acusación de la que se defendió V.. Ninguna atribución de responsabilidad penal puede prosperar por fuera de las indicaciones temporo-espaciales de la acusación en sus alegatos finales.

Por otra parte, más allá de que las juezas de grado hayan sostenido en la sentencia que no encontraban problemas de credibilidad en el testimonio de la niña M., ello no obsta a que las acusaciones del

fiscal y la querrela deban ser corroboradas, más allá de toda duda razonable por pruebas producidas a lo largo del juicio. De allí que, como primer punto, deba resaltar que no encuentro contradicción alguna entre la afirmación de las magistradas de que el testimonio de M. posee credibilidad, con la absolución dictada en favor de V. como consecuencia de no haberse desvirtuado la duda razonable, en razón de que la acusación no logró verificar los hechos estrictamente delimitados temporal y espacialmente en su anuncio final, conforme surge de la sentencia.

Para llegar a esa conclusión las magistradas analizaron todas las pruebas producidas de manera integral. En primer término consideraron que no quedó acreditado el primero de los hechos de abuso reprochados, el que habría ocurrido a principios de 2014 en el lugar denominado "Garganta del Diablo". Para ello las juezas consideraron que los hechos no pudieron ocurrir a comienzos de 2014 cuando M. tenía 14 años de edad, simplemente porque ella nació el 17 de septiembre de 2004, por lo que a comienzos del año 2014 tenía 9 años y no 10, como afirmaron el fiscal y la querrela erróneamente.

Como bien sostuvo la defensa, ese hecho no quedó acreditado no porque los acusadores hubieran errado la edad de la niña (9 años en lugar de 10), sino porque, conforme el testimonio de M., en ese viaje al que hizo referencia se dirigían de regreso a su casa en la ciudad de Zapala, lo cual es incorrecto porque ella no vivía en Zapala a comienzos del año 2014, en razón de lo cual no podían estar regresado de Aluminé como ella indicó.

Estos dos elementos impidieron tener por acreditado ese hecho, el que bien pudo haber ocurrido en otro momento posterior (quizá en algún período del año 2016 o 2017), pero más allá de ello, lo cierto es que aun cuando ese hecho hubiera efectivamente ocurrido en otro año distinto al 2014, lo cierto es que la imputación de ese abuso sexual no puede tenerse por acreditada por la simple razón de que si se probó que la conducta atribuida **no** ocurrió cuando el fiscal y la querrela dijeron que había ocurrido, conforme su acusación. No hace falta aclarar que la defensa, como ya indiqué, se defendió de la acusación del fiscal y la querrela, no del testimonio de M.. La niña pudo



cometer un error al indicar el momento del abuso, y ello es comprensible, pero ese error no justifica el error en el que incurrieron los acusadores al atribuir una conducta que se sabe que no ocurrió cuando ellos dijeron que sucedió.

Si los acusadores cometen un error al indicar el tiempo en el que el delito fue cometido, este error resulta inexcusable porque afecta el derecho de defensa en juicio. No es indistinto que el hecho, conforme la acusación, haya ocurrido en 2014 o en cualquier otra fecha no identificada. Si el fiscal sostuvo que ese hecho ocurrió en 2014 deberá probar que ocurrió en esa fecha, y no lo hizo, no probó ese extremo, por lo que ese hecho no puede tenerse como acreditado, aun cuando el testimonio de M. Luzca creíble y se hubiera equivocado al indicar la fecha.

En cuanto al lugar en donde ocurrieron los hechos, es absolutamente cierto lo que las juezas afirmaron en la sentencia, respecto de que los acusadores en sus alegatos de cierre no mencionaron en ningún momento otro domicilio distinto que no fuera el de ... de la ciudad de Zapala. Fiscal y querrela sostuvieron que los abusos ocurrieron en La Garganta del Diablo el primero (ya descartado por error en la fecha atribuida) y en la dirección señalada. En el alegato de cierre no mencionaron que estos hechos hubieran ocurrido en otros domicilios distintos.

Debo poner énfasis en que resulta absolutamente indiferente si en el alegato de apertura mencionaron además otros domicilios, o si del testimonio de M. surge que los abusos se cometieron en otros lugares distintos al domicilio mencionado. La atribución de responsabilidad penal de la que la V. se defendió fue la que enunciaron el fiscal y la querrela en su alegato de cierre. La defensa respondió los argumentos presentados por los acusadores en su alegato final, no lo que pudieron o no haber dicho al comienzo, o lo que dijo la niña, o lo que surge de cualquier otra prueba. Es el alegato de cierre el que circunscribe y determina la acusación final de la que el imputado debe defenderse. Y en esas acusaciones no se mencionó un domicilio distinto que el indicado. Como fue resaltado en la sentencia en el domicilio de ... vivieron desde

enero de 2018 en adelante, por lo que la imputación solo puede abarcar los meses de enero y febrero de 2018.

Respecto de este período de tiempo las juezas de juicio sostuvieron lo siguiente: *"...en cuanto al período enero 2018 - febrero 2018 que sería el que quedaría subsistente una vez contrastado lo sostenido en la acusación con la prueba producida en el juicio, se torna muy difícil superar la duda razonable con relación a las afirmaciones realizadas por la defensa en su alegato de clausura: se trataba de un monoambiente separado por una cortina; convivían la hermana y los dos hermanos de MDL, además de la Sra. B.. ¿Puede afirmarse más allá de toda duda razonable que existiera la posibilidad de que estuvieran en soledad?..."*. Si bien en este período de tiempo sí pudieron haberse consumado los hechos reprochados de abuso sexual simple, lo cierto es que el análisis de las pruebas producidas llevaron a las juezas a considerar que no se podía superar el estándar de duda razonable, en razón de las pequeñas dimensiones del domicilio, tratándose de apenas un mono ambiente en donde convivían 6 personas.

Es de resaltar que los acusadores no exhibieron a las juezas las fotografías tomadas del domicilio, lo que les impidió poder verlo y valorar las dimensiones del lugar. En tal sentido sostuvieron que *"...lamentablemente, no hemos podido observar ni las imágenes ni la filmación de la inspección ocular realizada en el domicilio..."*. Bajo esas circunstancias, y en función de tener que contar únicamente con la información de que se trataba de un único ambiente, es que las juezas no pudieron concluir, más allá de toda duda razonable, que los hechos sucedieron en ese domicilio, tal como fueron reprochados por los acusadores. Quizá sí pudieron ocurrir en otro lugar, pero resulta que ningún otro domicilio fue mencionado por el fiscal o la querrela en sus alegatos de cierre.

En definitiva, todo se trata de la forma en la que las magistradas valoraron las pruebas producidas en el juicio, en particular la falta de acreditación por parte de la fiscalía y de la querrela las dimensiones del interior del domicilio de Si la vivienda era un mono ambiente y M. vivía allí junto con sus hermanos, con los que iba a la misma escuela, en el mismo horario, no es irrazonable que las magistradas concluyeran el caso de la manera en que



lo hicieron. Era carga del fiscal y de la querrela probar que las dimensiones del lugar permitían que estas conductas ocurrieran sin que los otros habitantes de la vivienda pudieran advertirlo, y no lo hicieron, ni siquiera les exhibieron las fotografías a las magistradas para acreditar tal extremo.

Siendo ello así la sentencia, lejos de ser arbitraria, es acorde a las pruebas producidas, en razón de lo cual no se dan los supuestos exigidos por la CSJN para considerarla como una sentencia arbitraria.

En función de todo ello considero que la misma debe ser confirmada.

En relación al otro agravio presentado por la fiscalía, y referido a la condena en costas, adhiero a lo sostenido por la Jueza de primer voto, en razón de lo decidido por la mayoría.

El **Dr. Fernando Zvilling**, dijo:

Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto adhiero a sus fundamentos y conclusiones.

El caso que nos ocupa y que me corresponde dirimir presenta algunas aristas muy particulares. Sin dudas, la falta de precisión de los acusadores genera un problema que, según el Tribunal de Juicio, conlleva necesariamente a la absolución del imputado. En el proceso deliberativo de este Tribunal de Impugnación no se arribó a una decisión unánime por lo que, acompañando el voto de la Dra. Florencia Martini, entiendo que corresponde declarar la nulidad de la sentencia de Juicio y disponer el envío del caso para nuevo juzgamiento.

Como sostuviera la Dra. Jueza del primer voto, existe una contradicción insalvable en la sentencia, y que, con el mayor respeto, no permite ser salvada sobre la base de los argumentos de mi colega del segundo voto, Dr. Andrés Repetto.

Voy a señalar brevemente cuáles son los problemas que advierto en la sentencia absolutoria de Juicio, que afectan los derechos de la víctima (mujer menor de edad). La lectura de los fundamentos del voto de la sentencia de Juicio, elaborado por la Dra. Leticia Lorenzo, permite advertir consideraciones dogmáticas vinculadas con criterios de análisis de la prueba, que sin embargo no fueron

objeto de evaluación en el caso concreto sobre la base de las evidencias producidas en Juicio. Ello, porque en definitiva, la decisión sobre todos los hechos -menos uno de ellos, el de calle ... de la ciudad de Zapala- conllevó la absolución por un problema vinculado con un defecto de la "atribución" de los hechos por parte de los acusadores, más que con problemas de credibilidad de la víctima, aspecto sobre el cual las Sras. Jueces de Juicio afirmaron que no podía dudarse. La niña, sostuvieron *"ha contado lo que ha podido, cuando ha podido"*.

Sin embargo, y como lo indica el voto de la Dra. Florencia Martini, existe una contradicción lógica, desde que mientras que no se duda de la "credibilidad" del relato de la menor, sin embargo, V. fue absuelto por el hecho de calle ... de la ciudad de Zapala, por no haberse satisfecho el estándar de duda razonable. Ello, a pesar de que el relato de la menor fue validado por la Lic. en Psicología Ayelén Vieira, lo que no fue debidamente considerado. O más bien, según la sentencia, el relato era creíble, pero las circunstancias de perpetración de este delito no pudieron ser acreditadas, más allá de toda duda razonable, fundamentalmente porque no tuvieron a su disposición, como consecuencia de que los acusadores privaron a las Sras. Juezas de la posibilidad de observar las filmaciones y fotografías de la Inspección Ocular llevada a cabo en ese domicilio de calle ...

Ahora, si al comienzo del voto se sostuvo que la menor era creíble, y que la niña no sólo había sido veraz, sino que no observaron sesgos cognitivos y/o problemas perceptivos (sensibilidad observacional), no puede afirmarse, sin el riesgo de caer en una contradicción de orden lógico, negar lo que previamente se afirmó: el relato era "creíble". Recordemos que en la sentencia se señala que *"... Esto porque efectivamente escuchamos a MDL mencionar en su declaración que no tenía una buena relación con Vi.; pero tomar ese dato y saltar a la conclusión de que esa fue la razón por la que generó la acusación sería extender demasiado una porción de información, sobre todo observándola desde los resultados que presentó la Lic. Ayelén Vieira en su intervención. Como lo mencionamos al momento de dar el veredicto oral, no encontramos problemas de veracidad, objetividad o capacidad sensorial en el relato*



brindado en juicio por MDL. Es decir: no encontramos problemas de credibilidad ...”-

Además, la información de respaldo del testimonio, concretamente la testigo experta Lic. Ayelén Vieira, cuestionado por la Defensa, fue considerada confiable como consecuencia de las técnicas empleadas. *“... en ningún caso se verificó una intención de parte de MDL de presentarse de una forma mejorada o empeorada con relación a su situación real; al respecto detalló cómo se verifica esa situación: - Que en todos los casos las escalas en las que obtuvo puntajes superiores a la media fueron las vinculadas con la sexualidad y la victimización sexual. Ello le permitió concluir que efectivamente existe victimización sexual y que el resto de las circunstancias de MDL (relación tensa con su padre, enfermedad de su madre, etc.) son circunstancias de vulnerabilidad pero no son la explicación de la presencia de trauma, como sí lo es la victimización sexual...”.*

El segundo punto a considerar es la absolució n por los hechos que según la sentencia, y el voto disidente, no formaron parte de la acusación en los alegatos de clausura por parte de la fiscalía y la querrela. Como intentaré demostrar a continuación, no sólo fueron objeto de imputación, sino que tampoco fue considerado por la Defensa como una atribución que pudiera afectar el derecho de defensa en juicio, a punto tal que ensayó las defensas de fondo sobre todos los hechos, incluidos aquellos que, según la sentencia, no habrían formado parte de la acusación final. Para despejar dudas sobre estas cuestiones, veamos qué sostuvieron los litigantes en los alegatos de apertura del Juicio. La fiscalía indicó que acreditaría durante el Juicio que V. llevaba adelante los actos abusivos *“... El primer episodio de abuso sexual sucede en el transcurso de los primeros meses del año 2014, en horario nocturno... Desde este hecho abusivo y hasta febrero del 2018, sin poder determinar fechas y horarios exactos, mediando abuso de autoridad dado por el vínculo familiar con la víctima, abusó sexualmente de forma continuada de M. durante su adolescencia. Esto en ocasiones en que la niña se encontraba a solas y a su cuidado, ya sea en el domicilio familiar ubicado en ... de Zapala, en la vivienda de los padres de V. cita en ... de Zapala y en cualquier lugar al que concurrieran, aprovechando que la niña estuviera sola... ”.*

En tanto que la querrela adhirió, sin mayores consideraciones, a la acusación planteada. En tanto que la Defensa sostuvo que *“Ya conoce los hechos narrados porque fueron “pasados” en el Control de Acusación. Su asistido niega cada uno de los hechos narrados por la acusación. Por ello la acusación*

deberá probar cada uno de los extremos que alega en el juicio con todos los testigos que va a traer, en atención a que el Sr. V. goza de la presunción de inocencia y es la acusación quien tiene la carga de destruirla. La defensa, por ende, va a discutir tanto la materialidad cuanto la autoría de los hechos narrados por la acusación y querella ”.

Es decir, no planteó cuestiones vinculadas con algún tipo de problema en la determinación del hecho objeto de acusación, como tampoco lo había hecho previamente en el Control de Acusación. De hecho, ya conocía -sostuvo- los hechos narrados.

Más allá de eso, veamos qué dijeron los acusadores en los alegatos de clausura, lo que define -coincido con la sentencia y el Dr. Repetto- el objeto de acusación, y por ende, los hechos sobre los cuales una persona puede ser condenada.

La fiscalía desarrolló puntualmente dos hechos, el de Garganta del Diablo y el de calle Pero, y aquí el problema, no limitó los hechos objeto de acusación a esos dos lugares, sino que sostuvo que *“... prueba directa la tuvimos: fue clara, precisa, circunstanciada, mantenida en el tiempo para poder ubicar que V. hacía lo que la fiscalía sostuvo desde la formulación de cargos. Ella, después de sus 14 años de edad planteó que le pegaba patadas, que se lo quería sacar de encima, ocurrían amenazas: que si se negaba le iba a hacer algo a su mamá. Un relato de la víctima desde lo que vivió y sintió. Lo que su situación de develamiento permitió producir ... Pero se quedaban solos en alguna oportunidad y esta oportunidad era aprovechada para cometer los abusos sexuales simples agravados. ... S. M. acreditó que V. trabajaba en la venta de gas, reforzando lo que dijo M. B..*

M. salía, salía a pagar cosas. No quedó que todo el día estuviera afuera. T. nos habló de trabajo con horarios rotativos . . . Lo que queda claro en este punto es que el hecho sucedió tal como lo planteó el Ministerio Público Fiscal. Hubieron otros hechos que no se trajeron a juicio porque entendieron que no tenían evidencias para poder probar el abuso sexual . . . Sí tuvieron la prueba directa: la víctima. La prueba periférica se tuvo a través de su mamá, del personal policial, de Daniela Trifilio . . . Esto ocurría cuando se quedaban solos en la casa de De hecho surge otro domicilio donde convivieron que no fue descartado por la adolescente ni por M. B.. . . M. no pudo precisar horarios pero dejó claro que los hechos ocurrían cuando estaban en soledad. La acusación no pudo acreditar que ocurrió a la tarde, a la mañana . Pero sí que ocurría en momentos de soledad . . .”.

La querella, en tanto, se refirió a los hechos originariamente descritos por M.: *“... M. vino y dio cuenta del mismo hecho*



que dio cuenta ante el Ministerio Público Fiscal hace ya casi dos años. . .en los términos en que fuera manifestado al inicio de esta audiencia de Juicio” .

Por su parte, la defensa sostuvo “... como lo dije en el alegato de inicio, la defensa niega todos los hechos acusados por la fiscalía y la defensoría de los derechos del niño y es carga de ellos probar cada uno de los extremos atento a que mi asistido niega todos los hechos acusados. La defensa discutió la materialidad y la autoría de abusos sexuales. Mi asistido niega haber abusado a M. tal como lo dice la fiscalía. . .”.

Ahora, se refirió la Defensa a problemas concretos de la imputación que dificultaban la Defensa en Juicio?. En parte, sí, aunque limitado a “... la coordinada temporal de inicio de los presuntos abusos no quedó acreditada en los extremos que la acusación lo dice, porque el Sr. V. justamente se defiende de la acusación traída por la Fiscalía y la Defensoría de los Derechos de los Niños ... Más allá de la complejidad en este tipo de casos cuando no se ponen días no se ponen horarios, ponen coordenada temporales entre 2014 y 2018, cuatro años de lapso temporal en la cual la persona tiene que analizar los 365 días del año qué hizo, qué no hizo, para poder defenderse en este periodo de tiempo tan prolongado. Pero con respecto específicamente en este caso en abril de 2014 no sucedió porque en abril de 2014 vivían en Aluminé, y que recién en el año 2015 vivían en Zapala, por lo tanto no se corresponde con la acusación... No hay un relato con coherencia e información periférica... la información debe ser corroborado para ver si lo que está diciendo es cierto o no... .uno dice me abusó, el otro dice no la abusé se tiene que buscar otra información para ver si lo que está diciendo la presunta víctima tiene coherencia con su relato, si no bastaría la palabra de la víctima, no existirían los Juicios.... Dijo que pasaba cuando ella no tenía clases y nadie los veía: pero su hermana iba al mismo grado y escuela y sus hermanos también. Es decir: si no había clase se quedaban los cuatro en la casa. Sumado a que la madre supuestamente estaba enferma y acostada. ¿Cómo hacía v. para dejar a todos fuera de la casa? Porque lo dijo la mamá de MDL: se trataba de un monoambiente dividido por una cortina... A la madre la mandaba a trabajar, pero en ese período de tiempo, 2015 a 2018, la madre trabajaba con V..... La madre recién cambió de trabajo en 2019, que no está en discusión en la plataforma fáctica del juicio... que muchas veces la madre estaba acostada por

este problema de salud que tenía y que V. la tocaba, cuestión que no queda acreditada por las condiciones de la casa, era una casa muy chica, un monoambiente pequeño, no una casa con varias habitaciones, con espacios separados que habilitara que una persona estuviera encerrada en una habitación y la otra persona alejada en otro lugar abusando a alguien ... Por todo esto entiende que la plataforma fáctica traída por la acusación, que es lo que debe analizarse y fue la base de la defensa para ejercer el control técnico, no permite acreditar más allá de toda duda razonable. Hay una duda insuperable que no permite al Estado aplicar una condena. Más aún cuando el imputado niega todos los hechos acusados: no hay coordenada temporal, no se corresponde con la circunstancia familiar, no se corresponde con la carga horaria de v., no se corresponde con la supuesta enfermedad de la madre que supuestamente la tenía inmóvil, no se corresponde la identificación de la garganta del diablo con la noche en que se dice que ocurrió, no se corresponde el color del auto anunciado por MDL con los autos descritos como de uso de V....".

Es decir, de lo alegado por la Defensa surgen más o menos claras dos cosas. Una, que el defecto de la imputación es limitado al período del año 2014. Otra, que el resto de los alegatos de cierre dan respuesta desde el punto de vista probatoria a la totalidad de los hechos atribuidos por los acusadores, respecto de los años 2014 al 2018. Y, muy importante, todas las consideraciones de la Defensa guardan relación con problemas de credibilidad (más precisamente veracidad) de la menor, y no con los defectos de imputación en la que se basaran las Sras. Juezas para la absolución de V..

En concreto, la sentencia acoge un planteo que nadie realizó, y si bien podría ser oficioso ante la afectación de una garantía constitucional, no es el caso. Lo cierto es que la interpretación de lo que finalmente fue objeto de reproche en los alegatos de clausura es más extensa que lo indicado en la sentencia, y que limitara a esos dos lugares puntuales. No podemos obviar que el relato de la joven, por hechos sucedidos -validados técnicamente, como la propia sentencia lo afirma- en otros lugares y que fueran motivo de refutación desde el punto de vista probatorio por la Defensa, debieron



ser considerados en el resolutorio, tal como lo sostuviera la Sra. Jueza del primer voto, Dra. Florencia Martini.

Considerando que existe arbitrariedad en la decisión como consecuencia de los vicios señalados, y que afecta los derechos de la víctima tal lo señalado en el primer voto, corresponde el reenvío del caso para un nuevo enjuiciamiento.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: Sin costas atento el resultado de la impugnación (art. 268 CPP).

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

El **Dr. Fernando Zvilling**, dijo: Adhiero al voto de la jueza preopinante.

De lo que surge del presente acuerdo, por mayoría se:

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal el recurso interpuesto por las acusadoras.

II.- HACER LUGAR a las impugnaciones deducidas, anulando la sentencia absolutoria por vicio de motivación, reenviando a nuevo juicio con diversa integración.

III.- SIN COSTAS en esta instancia.

IV.- DEJAR CONSTANCIA que el Dr. Fernando J. Zvilling no refrenda la presente por encontrarse en uso de licencia, sin perjuicio de haber participado de la correspondiente deliberación y haber emitido su voto.

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

Firmado

digitalmentepor:

REPETTO Andres

Firmado
digitalmente por:MARTINI
Florescia María

Reg. Sentencia n° 51 Año 2022.-