

SENTENCIA N° setenta y nueve /2014.- En la ciudad de Neuquén, Provincia de Neuquén, a los ***once días del mes de agosto de dos mil catorce,*** se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los doctores: **GLADYS MABEL FOLONE, FEDERICO SOMMER y LILIANA DEIUB,** bajo la presidencia de la última nombrada, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial en el **Legajo 10010/2014,** caratulado: **"C., J. F. S/ABUSO SEXUAL"** del Registro de la Oficina Judicial de Cutral-co, debatida en la audiencia celebrada el día 28 de Julio del año en curso en Cutral-có, seguida contra **J. F. C.,** argentino, soltero, nacido en Cutral Có el 28/06/....., hijo de N. M. y P., D.N.I. N°, con instrucción Primaria Completa; en la que intervinieron por la Defensa los Sres. Defensores Marisa Mauti y Diego Simonelli, quienes al ser interrogados expresaron que su pupilo no concurriría a la audiencia, así como que no tenían inconvenientes que la audiencia se celebrara sin su presencia por tratarse los planteos de estricta técnica jurídica; y en representación del Ministerio Público Fiscal, el Sr. Fiscal Jefe Dr. Santiago Terán.

ANTECEDENTES:

A) Por Sentencia dictada en fecha 30 de Abril de 2014, el Colegio de Jueces del Interior de la Provincia, integrado por el Dr. Leandro Nieves y los doctores Andrés Repetto y Fernando Zvilling -estos últimos por subrogancia legal-, dispuso declarar a J. F. C. autor penalmente responsable de los delitos de Robo Simple, Abuso Sexual Gravemente Ultrajante y Abuso Sexual con acceso Carnal vía vaginal en grado de tentativa (arts. 164, 119 2do. y 3er. párrafo en función del 1ro., 42 y 55 del C.P.), en perjuicio de I. C. F..

Posteriormente y mediante sentencia dictada el 29 de Mayo de 2014, se le impuso la pena de Cinco (5) años de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación absoluta por igual término (art. 12 C.P.), debiendo cargar con las costas del proceso (art. 270 del C.P.P.).

B) La Defensa interviniente en representación de los intereses del encartado dedujo, el día 12 de Junio de 2.014, recurso de impugnación ordinaria contra las dos fases del referido pronunciamiento.

Abierta la audiencia prevista en el art. 245 del CPP a fin de debatir oralmente los fundamentos del

recurso interpuesto y cedida la palabra a la Sra. Defensora, Dra. Marisa Mauti, sostuvo: que se agravia por la arbitrariedad de la sentencia en la interpretación de la autoría, por cuanto el único testimonio que la sustenta es el de la víctima que no se concatena con las restantes pruebas, tomando la sentencia como válido dicho testimonio fundándolo en la credibilidad de la víctima.

Entiende que no resulta racional el relato de la víctima en tanto sostiene que estuvo todo el tiempo boca abajo, identifica al imputado y lo relaciona con el hecho cuando lo observa pasar por la calle y no antes. Va a un reconocimiento con imágenes superpuestas. No se puede tener por cierto que sea la misma persona cuando en el momento de la violación no lo asoció, ni lo recordó.

De igual modo, la defensa cuestionó la calificación legal en tanto la sentencia no precisó adecuadamente los elementos de la tentativa atendiendo al relato de la víctima y lo informado por los médicos, entendiéndose que en tal caso pudo tratarse de un abuso sexual simple, que por otro lado la sentencia nada dice sobre la tentativa de abuso sexual vía anal. No se toma en cuenta que

la víctima sostiene que el imputado quiso "penetrarla por atrás, que parece que no le gustó, después la da vuelta y la penetra por vagina y por último la accede por la boca". Esta versión no se encuentra corroborada por el informe médico que no constata lesiones ni en vagina ni en ano. No se toma en consideración el dictamen médico que sostiene que tratándose de una persona de 87 años no necesariamente deben constatarse lesiones. El médico sostuvo en juicio que encontró una vagina rosada y lisa, y que de acuerdo a su edad -disminución de estrógenos- no es probable la ausencia de lesiones si hubo penetración, atendiendo a la ausencia de lubricación natural. La víctima negó lubricación externa. Otro médico sostuvo que pudo haber existido un contacto ya que presentaba irritación externa en labios y no en vagina. Con estos elementos se interpretó en la sentencia que el autor no pudo accederla y condenan por tentativa de acceso carnal vía vaginal y no por vía anal, no explica la sentencia nada al respecto.

Expone la defensa, que la sentencia viola la garantía que su defendido sea juzgado por un tribunal que actúe de manera imparcial ya que la única prueba en la que se

sostiene la sentencia es el testimonio de la víctima que no es solvente.

En relación al robo, manifiesta que las lesiones -al menos- se corresponden con el relato de la víctima.

Agregó que no se valoraron en favor del imputado las declaraciones de los testigos de descargo -madre y hermana del imputado-, por considerar el tribunal no creíbles sus dichos, fundando esta aseveración en circunstancias no acreditadas.

Finalmente y con respecto a la pena impuesta la defensa entendió que no deberían aplicarse los agravantes avanzada edad de la víctima y daño psicológico, que repercutiera en su salud ante la notoria pérdida de peso, ya que no se encuentran vinculadas a la culpabilidad.

C) El Ministerio Público Fiscal representado por el Sr. Fiscal Jefe Dr. Santiago Terán sostuvo que el reconocimiento practicado por la víctima no fue casual, fue buscado por el imputado que volvió al lugar del hecho y fue visto por la víctima, quien le pide ayuda a B..... -el peluquero- mencionando que había visto a quien

la había abusado, ante lo que el peluquero le exhibe una foto del imputado quien era su cliente en el comercio y la víctima lo reconoce.

El peluquero respaldó en el juicio el relato de la víctima recordando que en una oportunidad anterior el imputado buscó a la víctima en su casa y él le dijo que no estaba. Agregó el fiscal, que el imputado cambió su fisonomía con posterioridad al hecho, ya que antes tenía bigotes.

En relación a la calificación sostuvo que la víctima vio al imputado en la oportunidad en que este la obliga a mantener sexo oral y describe el tamaño de su pene, tamaño que también es corroborado por el médico policial. Agregó que la víctima sostuvo su relato en forma inmediata ante los funcionarios policiales, siendo además ratificado su relato por la Psicóloga Aranda.

En relación a la pena, expuso que se aplicaron correctamente las pautas de ponderación de los artículos 40 y 41 del código penal referidos a la naturaleza de la acción y daño causado.

Expresa que la sentencia reúne los criterios lógicos que hacen a la valoración de la prueba. Solicita se rechacen las pretensiones de la defensa, confirmándose la misma.

Peticiona finalmente que se ordene la inmediata detención de C. J. F..

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. LILIANA DEIUB**, luego la **Dra. MABEL FOLONE** y, finalmente, el **Dr. FEDERICO SOMMER**.

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

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

La **Dra. Liliana Deiub** dijo:

Que 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 una decisión impugnabile en los términos de los arts. 233 y 236 del rito.

De igual modo, la impugnación resulta autosuficiente por cuanto de la audiencia celebrada (art. 245 del CPP) fue posible conocer cómo se configuran -a juicio de los recurrentes- 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. Tal es mi voto.-

La **Dra. Mabel Folone**, dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que propone a esta primera cuestión. Así voto.

A su turno el **Dr. Federico Sommer** sostuvo: que comparte la decisión adoptada por la vocal del primer voto.

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La **Dra. Liliana Deiub** dijo:

Que tal como se adelantó, la defensa cuestionó la autoría y calificación por los hechos en función a los que resultó condenado su asistido, refiriéndose en forma exclusiva al delito de tentativa de abuso sexual con acceso carnal, omitiendo referirse al hecho de Abuso Sexual Gravemente ultrajante por el que también fuera condenado.

Hago esta aclaración atendiendo a que los Señores defensores no expresaron cuestionamiento alguno en referencia al delito de robo simple por el cual también resultó condenado su asistido, surgiendo de la sentencia impugnada que se mantuvo igual temperamento en el alegato de cierre del juicio al no objetar la materialidad y autoría de ese hecho. Paralelamente, en la audiencia en la que sostuvo y fundamentó su recurso expresó que las lesiones que la víctima presentaba en referencia al robo, -al menos- se compadecen con su relato.

Por ende no se reedita toda la discusión, sino solo aquellos puntos que el recurrente ha atacado al fundar el recurso. Esto provoca que el tribunal revisor debe tener por ciertos todos los aspectos de la decisión impugnada

no alcanzados por el recurso, lo que conduce a la "cosa juzgada parcial".

En esa dirección y en relación a la autoría, resulta contradictorio que la defensa cuestione el relato de la víctima referido a las circunstancias relativas a los delitos contra la integridad sexual y consienta el delito de robo, cuando ambos hechos ocurrieron en las mismas circunstancias fácticas y por el mismo imputado.

Sin perjuicio de ello, las circunstancias invocadas por la Defensa relativas a la confusión de la víctima sobre la persona del imputado, interpreto que fueron debidamente esclarecidas en la sentencia dictada con sustento en la aclaración realizada por la víctima en el juicio sobre el color de los ojos del imputado, exponiendo que no hizo tal manifestación ante la policía y que sólo se refirió al brillo de los mismos.

En lo que respecta a la edad atribuida al encartado, que según la defensa resta credibilidad al relato de la víctima atendiendo a que en la denuncia policial sostuvo que "tendría entre 25 y 30 años", recobra máxima validez lo expuesto por la víctima en el juicio al referir

que se trató de un error del policía que tomó la denuncia, resultando corroborado esto por el Agente Policial Jara quien entrevistó a la víctima inmediatamente a la ocurrencia de los hechos en el Hospital, a quien ésta le manifestó que el autor era "un hombre morocho, robusto pero sin panza y de 30 a 40 años". Concatenado con ello, en la sentencia se destacó que Campos -a la fecha del hecho- tenía 35 años de edad, por lo que el agravio de la defensa en el punto carece de sustento, y permite ratificar la credibilidad del relato de la víctima que fuera reseñado en el pronunciamiento impugnado.

Similar temperamento se debe adoptar en relación a la queja formulada por la defensa con respecto al reconocimiento "impropio" efectuado por la víctima cuando C..... pasaba por la vereda de su casa, toda vez que este reconocimiento espontáneo fue también convalidado con la testimonial del peluquero B., quien presenció lo sucedido corroborando el relato de la víctima sobre su encuentro con C.. Dicho testigo sostuvo que "como la vio tan angustiada y nerviosa trató de alcanzar a C. para cagarlo a trompadas, pero que C. es de caminar ligero y cuando llegó a la esquina ya no lo vio". Tenía en su celular la foto que le exhibió a

la víctima y que ésta reconoció, en razón de habérsela sacado para agendar a sus contactos el mismo día del encuentro que tuvo el imputado con la víctima. Sobre la credibilidad de este testigo -que la defensa no ha cuestionado-, en la sentencia se valora la serenidad y contundencia de su relato, que se considera ausente de intenciones en perjudicar al imputado, ante la inexistente enemistad para con el mismo, rescatándose la relación que mantenían al tratarse el imputado de un cliente habitual del comercio.

A diferencia de lo sostenido por la defensa, entiendo que el testimonio de B., si bien directamente no acredita la autoría, robustece aún más el relato de la víctima cuando lo describe y lo reconoce como la persona que la abusó el día en que sufrió el robo en su casa y así se lo manifiesta a B..

Asimismo la afirmación de B. de haber visto al imputado tiempo antes del hecho "golpeando las manos en la casa de la abuela", tangencialmente colabora sosteniendo el testimonio indirecto del testigo que ubica a C. en el lugar del hecho con anterioridad al mismo, circunstancia ésta que no relata la víctima y paralelamente permite refutar el

argumento defensorista, puesto que la ausencia de . de la ciudad de Cutral-có y su mudanza a Neuquén se producen con posterioridad a que fue reconocido por la víctima, avalada con el testimonio de B..

Ante esta contundencia, resulta evidente que la sentencia descarta la veracidad de los testigos de descargo ofrecidos por la defensa, que además eran la madre y hermana del imputado, quienes a pesar de la falta de cuestionamiento por la defensa de la autoría en el delito de robo, pretendieron situar al imputado en el domicilio familiar en la fecha del hecho.

Por estas circunstancias el agravio de la defensa debe ser rechazado, confirmándose la credibilidad del testimonio rendido por la víctima, sostenido con los testimonios ya referidos, y el informe de la Psicóloga Elizabeth Aranda que se refirió a los criterios de validez del relato, lo que descarta asimismo la parcialidad alegada.

Continuando con la impugnación defensorista, ahora en su queja sobre la calificación aplicable al caso, debe remarcarse en primer lugar que la revisión que se hace

en la presente a partir de la impugnación de la parte, no puede convertirse en la reedición del juicio.

En esa inteligencia deben considerarse seguidamente los agravios de los impugnantes, que en primer término objetan la calificación legal de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, atendiendo a que en la sentencia no se precisaron adecuadamente los elementos que constituyen la tentativa del delito.

En el punto, si bien con una descripción escueta, entiendo que la sentencia cumple con los requisitos de debida argumentación, excluyendo la arbitrariedad, habiendo valorado correctamente la prueba producida durante el debate y otorgándose fundamentos claros de las razones que llevaron al tribunal a inclinarse por la figura penal referida y en grado de tentativa.

Así la cosas, el vocal del primer voto al referirse al acceso carnal vía vaginal sostiene, apoyado en el informe del médico forense, que dicho acceso no fue completo.

Y directamente al referirse a la cuestión ajena a la voluntad del autor que le impidió consumar el

hecho, hace mención específica a la conformación física de la víctima quien por carecer de secreciones o lubricación de acuerdo a su edad, se transformó en un obstáculo para concretar completamente la penetración.

En el punto, es claro lo referido por el Forense en la audiencia al certificar lesiones recientes en labios internos de la vagina, informando asimismo sobre lesiones en el meato. Sostuvo que por la edad de la víctima, su cuerpo no genera estrógenos, no hay secreciones ni lubricación por lo que el daño depende, en gran medida, del tamaño del pene.

En el caso, los argumentos de la defensa enfocados a aseverar -sin sostén probatorio alguno- que de haber sido penetrada, la víctima debía presentar lesiones visibles, terminan confirmando los fundamentos de la sentencia, toda vez que las lesiones que se advierten en el examen médico avalan que el ingreso del miembro, no fue en forma completa tal como sostuvo el forense en el debate.

También en esa dirección debe analizarse la queja de la defensa sobre la falta de tratamiento en la sentencia del intento de penetración anal, que considero no

fue valorado con base en la ausencia de lesiones de la víctima en la zona anal y que en su testimonio referido por la defensa, expuso que "intentó penetrarla por atrás, que parece que no le gustó, después la da vuelta y la penetra por vagina y por último la accede por la boca".

Esta situación particular se podría describir como aquella en la cual el sujeto encamina o inicia su marcha hacia la comisión del hecho, y desiste voluntariamente del intento comenzado, no resultando punible su conducta (art. 43 C.P), y por ende se confirma la ausencia de gravamen a la defensa impugnante.

La defensa asimismo acusa de incongruente a la sentencia, bajo el motivo que ante la acusación fiscal bajo la modalidad de delito consumado, concluye condenando por la misma figura pero en la modalidad tentada.

Al respecto y de acuerdo a lo mencionado precedentemente, en la sentencia se analizó todo el material probatorio en su conjunto, concluyéndose en que se había acreditado el delito de abuso sexual con acceso carnal, vía vaginal en grado de tentativa; lo que no transforma en incongruente la sentencia, toda vez que la Fiscalía en su

presentación del caso, refiere a la introducción del órgano masculino en la vagina de la mujer -fs. 2v- sin precisar si se trató de una introducción completa o parcial.

Del mismo modo, y al otorgar la sentencia una calificación menos gravosa que la propuesta por la acusación pública no se violenta el derecho de defensa del imputado.

Concluyendo, entiendo que la declaración de responsabilidad del encartado debe confirmarse.

Finalmente se agravia la defensa ante la pena impuesta a su asistido.

En el punto se ha sostenido que: “[l]a determinación o individualización de la pena es el acto o procedimiento mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito, adecuando la pena abstractamente determinada por la ley al delito cometido por el autor. Para ello, el juzgador pondera la infracción, el ilícito culpable, y lo transforma en una medida de pena determinada” (cfr. Andrés J. D’Alessio y Mauro Divito, “Código Penal. Comentado y anotado”, Ed. La Ley, Bs. As., 2005, pp. 421 y 422); situación que no deja de proyectarse, aún tratándose de

hipótesis concursales (RI N° 59 del 13 de abril de 2009 del Registro de la Secretaría Penal del Tribunal Superior de Justicia).

En esa dirección entiendo que las pautas de mensura valoradas por el tribunal de juicio tienen estricta relación con la culpabilidad, al ponderarse la diferencia de edad entre la víctima y el imputado; la contextura física -robusta y fuerte visible en las imágenes y reconocida por la defensa en su Alegato Final en el Juicio- de C. en contraste con la de la víctima -quien según se relata en la sentencia es una persona de 87 años de edad, que no escucha bien, que se traslada apoyada en un bastón con evidente dificultad en sus movimientos- tal como se desprende de la video filmación de la audiencia.

Asimismo entiendo que no resulta válido el cuestionamiento de la defensa referido al testimonio de las hijas de la víctima, destacando la sentencia el de la ciudadana A. M. quien describe las consecuencias psicológicas del hecho en su madre, que ilustra con la pérdida notoria de peso sin otra causa posible; máxime cuando -reitero- surge de la video filmación que las hijas la acompañaron durante su

testimonio, conteniéndola y calmándola permanentemente y evidentemente dan fe de su percepción acerca de las secuelas del hecho.

Por lo expuesto, entiendo que la pena aplicada respetó las pautas de mensura previstas en la normativa de fondo, se encuentran vinculadas a la culpabilidad del imputado y se relaciona con la prueba producida en el juicio de cesura.

Por último resta analizar la petición Fiscal dirigida a que este tribunal ordene la detención del imputado.

Adelanto que el pedido no va a recibir favorable acogida, atendiendo a la competencia limitada del Tribunal de Alzada que prevé el art. 229 del C.P.P., cuando establece que el tribunal a quien corresponda el control de una decisión judicial, sólo será competente en relación a los puntos que motivan los agravios, salvo el control de constitucionalidad.

Ello implica que la competencia del Tribunal de Impugnación en el caso se encuentra circunscripta y limitada exclusivamente a los agravios deducidos con la

única excepción que radica en el control de constitucionalidad, por lo que ante la inexistencia de agravios de la Fiscalía en la oportunidad pertinente, el tribunal tiene vedado ir más lejos de las cuestiones introducidas por las partes al incoar el recurso.

La **Dra. Mabel Folone**, dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que propone a esta cuestión. Así voto.

A su turno el **Dr. Federico Sommer** sostuvo: que comparte la decisión adoptada por la vocal del primer voto.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. Liliana Deiub** dijo:

Atento al modo de resolver el presente litigio, considero que debe eximirse al acusado del pago de las costas procesales correspondientes a esta etapa revisora (art. 268 segundo párrafo, a *contrario sensu* del CPP), 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).

La **Dra. Mabel Folone**, dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que propone relativa a las costas. Así voto.

A su turno el **Dr. Federico Sommer** sostuvo que comparte la decisión adoptada al eximir de las costas al recurrente.

Déjese constancia que la Dra. MABEL FOLONE no refrenda la presente por encontrarse en uso de licencia, sin perjuicio de haber participado de la correspondiente deliberación y haber emitido su voto.-

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

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por la Sra. Defensora Dra. Marisa Mauti y el Dr. Diego Simonelli (arts. 233, 236 y 239 del CPP).-

II.- RECHAZAR la impugnación deducida por la Defensa Oficial de J. F. C. contra sendos pronunciamientos dictados en fechas 30 de Abril de 2014 y 29 de Mayo de 2014, por el Colegio de Jueces del Interior con asiento en la Segunda Circunscripción Judicial, por la que se condenara a **J. F. C.**, de demás circunstancias personales consignadas en el exordio, por considerársele autor de los delitos de **Robo Simple, Abuso Sexual Gravemente Ultrajante y Abuso Sexual con acceso Carnal vía vaginal en grado de tentativa** (arts. 164, 119 do. y 3er. párrafo en función del 1ro., 42 y 55 del C.P.), a la **pena de cinco (5) años de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación absoluta por igual término** (art. 12 C.P.), debiendo cargar con las costas del proceso (art. 270 del C.P.P.).

III.- NO HACER LUGAR al pedido efectuado por el Sr. Fiscal en el que solicita que este Tribunal de Impugnación ordene la inmediata detención del imputado (arts. 229 y 231 del CPP).

IV.- EXIMIR la imposición de **COSTAS** (art. 268, segundo párrafo *in fine* del CPP) por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia.-

V.- DEJAR CONSTANCIA que la Dra. MABEL FOLONE no refrenda la presente por encontrarse en uso de licencia, sin perjuicio de haber participado de la correspondiente deliberación y haber emitido su voto.-

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

Dra. Liliana Deiub

Juez

Dr. Federico Sommer

Juez

Reg. Sentencia N° 79 T° IV Fs.

Año 2014.-