

SENTENCIA n° cien /2014. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los ***ocho días del mes de septiembre de dos mil catorce,*** el Tribunal de Impugnación conformado por los **Dres. Héctor Guillermo Rimaro, Daniel Varessio y Mario Rodríguez Gómez,** bajo la presidencia del último nombrado, emite la presente sentencia en relación a la audiencia celebrada en esta ciudad capital el día veinticinco de agosto del corriente año, en el caso judicial "**F. O. J. S/ Abuso sexual**", identificado como **Legajo OFINQ 851/2014,** en el que figura condenado (con sentencia no firme) **O. J. F.,** sin apodos, DNI N° ..., hijo de ... y de ..., argentino, nacido en San Patricio del Chañar (Pcia. de Neuquén) el 01 de enero de mil novecientos setenta y siete, soltero, de ocupación empleado de la construcción, domiciliado en calle ... de San Patricio del Chañar; prontuario de la Policía del Neuquén TP: 228062, ID: E 3333 V 2222.

En la audiencia prevista por el art. 245 del CPP estuvieron presentes el Sr. Defensor Oficial Pedro Julio Telleriarte, por la asistencia técnica del imputado O. J. F. (quien no ha comparecido a la audiencia), y el Dr. Rómulo Alberto Patti, en representación del Ministerio Público

Fiscal. El Dr. Telleriarte prestó anuencia para la celebración de la audiencia sin la comparecencia de su pupilo.

ANTECEDENTES :

A) Por sentencia N° 21, dictada el día veinticinco de junio del año dos mil trece, la ex Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad resolvió condenar a J. O. F., de demás circunstancias personales ya indicadas, a la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta por igual término y demás accesorias legales y costas (art. 12 del CP y 492 del CPP), en relación a los hechos cometidos en la localidad de San Patricio del Chañar por los hechos que fueron materia de imputación.

B) El justiciable, notificado que fue del fallo, presentó escrito manifestando su rechazo a la pena impuesta, actividad que derivó en la presentación de recurso de casación en forma pauperis.

En el libelo recursivo, refrendado por el Sr. Defensor Oficial, el Dr. Gustavo Vitale solicitó la absolución de culpa y cargo de su pupilo y, subsidiariamente, se disponga la suspensión del proceso a prueba, ordenándose a ese fin la audiencia correspondiente.

Se invocó arbitrariedad de la sentencia que condenó -se dice- sin comprobar una imputación e incluso es comprobadamente contradictoria.

En prieta síntesis, en la mentada presentación se argumentó, para fundar la pretensión absolutoria, no haber prueba alguna de abuso sexual. Ello - continuó expresando el letrado recurrente- se presenta por no haber certeza de la ejecución de actos típicos de abuso sexual. Se trata de un hecho que sólo se pretende tener por probado por la palabra de quien se presentó como víctima, respecto de un hecho ocurrido supuestamente varios años antes. La única información es la palabra de quien se presenta como víctima, tanto formulada en Cámara Gesell como ante algún familiar, pero siempre estamos ante sus dichos. Asimismo, los peritos sólo se basan en esas manifestaciones verbales. No hay signos físicos ni psíquicos comprobados que permitan corroborar la imputación. Es más -agregó el impugnante- los propios dichos de quien se presentó como víctima no fueron veraces. Esto último se extrae porque la propia chica en el debate sostuvo que el imputado "la entró con su pene en la boca" y que, también, él "la penetró por atrás, mientras ella lloraba y él seguía". Asimismo, eso lo expresó su prima, quien

agregó que L. M. d. C. F. C. le comentó que "fue penetrada por vía anal". Esto no es cierto porque no sólo no lo mencionó en Cámara Gesell (sexo oral y violación) sino porque el examen médico arrojó normalidad en vagina y ano. Sobre el punto, también destacó la Defensa que tanto la Lic. Leschevich como la Lic. Moya dijeron, claramente en debate, que la niña nunca invocó sexo oral.

Para colmo -adunó la asistencia técnica de F.- había motivos para mentir, enunciados por la propia madre de la joven: sacarse de encima a F..

Se hizo reserva del caso federal.

En la audiencia prevista por el art. 245 del CPP la Defensa, ahora ejercida por el Dr. Telleriarte, señaló dos agravios: 1) Orfandad probatoria y 2) Falta de fundamentación en lo concerniente a la fijación de pena.

Respecto al primero, reiteró que el único elemento cargoso es el testimonio de la entonces menor. Además, varios aspectos de ese testimonio han sido controvertidos, incluso la pericia médica practicada por la Dra. Caunedo demuestra la inexistencia de signos de abuso. Recuerda además la Defensa que la prima de quien viene figurando como víctima expresó en el debate que L. M. le dijo

que fue violada, penetrada y, eso, está descartado. Por lo expuesto, se impetró la absolución.

En lo atinente al segundo agravio, mencionó el Dr. Telleriarte que se vincula con la parte más endeble de la sentencia y que proyecta a su nulidad. Concretamente, refirió que es evidente la falta de fundamentación lo vinculado a la pena. Memora que la vocal ponente, la Dra. Florencia Martini, señaló como atenuantes la falta de antecedentes y el buen comportamiento procesal de F. y, como agravantes, la extensión del daño moral de la víctima y el impacto del hecho en la trama familiar.

Esto, afirmó el impugnante, es una fundamentación aparente y, en consecuencia, es un supuesto de nulidad. No se hace referencia tendiente a demostrar - sostuvo la Defensa- por qué se dejó de lado una posible condena de ejecución condicional. Asimismo, el Dr. Trincheri, quien concurrió a formar mayoría, mencionó lo mismo, por ende no existe seria fundamentación; no la hay vinculada a la necesidad de imposición de una condena de efectivo cumplimiento.

Adunó la Defensa que, si bien las cuestiones conectadas con el monto punitivo resultan

facultativas de los jueces de mérito, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene manifestado en el precedente "Oyarce" que, sin perjuicio que el art. 26 del CP contiene expreso mandato de fundar una condena de ejecución condicional, no puede dejarse de valorar que el magistrado tiene un mandato que lo obliga, con el fin de asegurar la defensa en juicio, a dictar sus fallos en términos de derivación razonada del derecho vigente, conforme a las constancias de la causa, para resolver una pena a cumplir en prisión.

En definitiva, la parte recurrente solicitó la absolución por falta de pruebas y, subsidiariamente, la nulidad de la sentencia por fijar una pena de efectivo cumplimiento sin fundamentar por qué llegó a esa conclusión.

C) Cedida que le fue la palabra a la Fiscalía, su representante comenzó por interrogar por qué no estaba presente el imputado, contestando la OFIJU que fue debidamente notificado.

Ingresando al fondo del asunto, el Dr. Patti dijo que la sentencia fue adoptada en un marco de razonabilidad y es ajustada a la sana crítica racional. Los

votos emitidos en el pronunciamiento en crisis han evaluado la situación específica traída a conocimiento. Se afirmó la relación de abuso intrafamiliar. El relato de la menor se ajusta a lo denunciado, si bien con algún matiz. No hay una construcción -prosiguió la Fiscalía- que descarte lo que la menor manifestó, concretamente la realización de una fellatio por parte de F.. Asimismo, con el soporte científico se concluye que se trata el de la víctima de un relato coherente, consistente, que no tenía experiencia sexual al momento de la denuncia. Destacó la parte acusadora que la situación encuentra cobijo en la categoría N° 1 de la calificación de Muram. También recordó el funcionario de la Fiscalía que la niña comienza a develar lo sucedido a raíz de un tratamiento que aborda. Conforme a los dichos de la menor, que no evidenciaron mendacidad y, más allá que había una relación de conflicto preexistente entre imputado y víctima, quedó fuera de discusión que la niña fue víctima de lo que se denunció. Finalmente, sobre este primer agravio, destacó que la agravante quedó también acreditada.

Acerca del segundo agravio traído por la Defensa en la audiencia mencionada, expresó el representante de la vindicta pública que, si nos ajustamos como corresponde

a la estructura y modalidad del anterior procedimiento, la imposición punitiva está debidamente fundamentada. Concretamente, surge del voto de la Dra. Martini que ponderó como atenuantes la ausencia de antecedentes y el buen comportamiento procesal y, como agravantes, la extensión del daño moral provocado a la víctima y el impacto del hecho en la trama familiar.

Si bien escueto -adunó el funcionario Fiscal- no veo que no esté debidamente fundado, al menos en el marco de los arts. 40 y 41 del CP y de las evaluaciones que deben hacerse para la mensura y aplicación de la sanción. Todo lo cual le permite sostener que están dados los requisitos mínimos indispensables.

Ante la posibilidad de otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, expresó el Fiscal que se remite a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Góngora", el cual tiene alcance nacional. Por otra parte, ello es concordante -sostuvo- con la tesitura que viene manteniendo sobre el punto el Ministerio Fiscal, toda vez que no lo permite la Convención de Belén Do Pará por resultar éste un hecho de violencia contra la mujer y, más aún, una niña.

En consecuencia, solicitó la desestimación de la impugnación.

Culminó su intervención interrogando ¿por qué no está el imputado?. Era sumamente relevante su presencia. A pesar de estar debidamente notificado no vino y no sabemos por qué. El no comparecer reafirma aún más la necesidad de cumplimiento efectivo de la sanción impuesta, pues esta situación va en contra de un correcto comportamiento procesal.

D) Ejerciendo el derecho a expresar la última palabra, la Defensa replicó manifestando, en primer lugar, que la presencia de F. en la audiencia es facultativa y no puede por lo tanto su incomparecencia ser interpretada en su contra. Luego, mencionó el Dr. Telleriarte que no dijo que no haya fundamentación en lo referente a la pena, sino que esa fundamentación es sólo aparente. Después agregó que el daño moral y la influencia en la trama familiar son circunstancias comunes a cualquier abuso. Finalizó expresando que la sentencia impugnada no satisface los estándares establecidos por el Címero Tribunal Federal en "Squillario" y "Oyarce" ni, tampoco, el principio pro hómine que se desprende del precedente "Acosta" de esa sede judicial.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Héctor Guillermo Rimaro**, luego el Dr. **Daniel Gustavo Varessio** y, finalmente, el **Dr. Mario Rodríguez Gómez**.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge del art. 246 del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

El **Dr. Héctor Guillermo Rimaro** dijo:

La impugnación fue deducida en tiempo y forma, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento impugnado, por parte legitimada y contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo y legal (arts. 233, 236 y 239 del CPP). Conjunción de requisitos cumplidos que proyecta a la conclusión que corresponde su tratamiento.

Sin perjuicio de ello, en este plano analítico de la viabilidad formal de la impugnación deducida, menester es efectuar una importante aclaración, la que será presidida de una acotada sinopsis de lo acontecido sobre el particular.

El Sr. Presidente del Tribunal de Juicio, ante la manifestación de J. O. F. realizada en escrito a mano alzada de que "es inocente de lo que se me acusa", interpretó su intención de recurrir la sentencia condenatoria y, con acierto, otorgó intervención a la Defensa Oficial para que "lo funde en derecho". Corolario de esa manda es la presentación del recurso de casación in pauperis en trato.

Claramente se desprende del libelo recursivo que uno fue el agravio introducido: Arbitrariedad en el pronunciamiento "por no haber certeza de la ejecución de actos típicos de abuso sexual" y, pese a ello, sin reunirse pruebas que avalen la mera imputación de quien se presenta como víctima, se arribó a la condena. Subsidiariamente, en caso de no dictarse sentencia absolutoria, se petitionó la suspensión del proceso penal a prueba.

Conforme surge del art. 245 del Digesto Adjetivo, en la audiencia allí prevista las partes "podrán ampliar la fundamentación" o desistir de los motivos ya invocados. El entrecomillado ha sido insertado al sólo efecto de destacar un extremo de singular significación. Si la norma procesal reza que las partes pueden ampliar la fundamentación en ese acto procesal, lógicamente implica que hubo un acto

precedente en el que se expresaron, aunque sea escueta o mínimamente las razones o fundamentos por las que el decisorio impugnado es materia de censura.

Lo apuntado tiene relevancia porque si se abrevia, como debe ser, en el escrito recursivo, esto es en la pieza intelectual creada por la Defensa Oficial para fundar en derecho la intención recursiva manifestada por el imputado, surge, indudablemente, que aquella sólo consideró como motivo de crítica de la sentencia el señalado supra, esto es la insuficiente y contradictoria prueba -a su criterio- en que se sustentó la condena. Y, luego, sólo en plano subsidiario, solicitó la suspensión del proceso a prueba por las razones mínimas que también entregó en esa ocasión de interposición del recurso.

Como se ve, en ningún pasaje de la otrora casación deducida se expresó agravio concreto y aunque más no sea escueta fundamentación referida a la imposición de pena. Esto recién sucedió en el marco de la audiencia del art. 245 del CPP, con lo cual cabría afirmar que la invocación de este motivo fue extemporánea y la entrega de razones huérfanas de apoyatura. Esto último porque no pueden ser consideradas, conforme a la exigencia del Código como ampliación de

fundamentos. Se amplía algo existente, algo que es. A la inversa, no se amplía lo que no existió, no es posible ampliar la nada. Con denodado esfuerzo el Dr. Telleriarte procuró dar razones, serias por cierto, para procurar revertir lo fallado en orden a la imposición punitiva, pero lo hizo con la intención de cubrir un vacío emergente de la presentación recursiva.

No está demás recordar que el Tribunal de Impugnación sólo es competente para decidir en la medida de los agravios presentados (cfr. art. 229 del CPP) y, agrego, en tiempo y forma. Una vez más digo, el agravio atingente a la pena fue introducido extemporáneamente y, por ende, con fundamentación que no es ampliación de ninguna previa, aunque más no sea acotada. Ergo, el motivo y las razones dadas por la Defensa en este aspecto no responde a exigencia legal.

Siendo ello así, la admisibilidad formal del recurso debería ser parcial, limitada su concesión sólo en lo atingente al único agravio introducido en el tiempo oportuno y que está relacionado con la insuficiencia y aptitud de la prueba colectada. Además de considerarse que, en caso de no prosperar, tal como lo peticionó el Dr. Vitale (presentante

de la impugnación) se otorgue la suspensión del proceso a prueba a favor de J. O. F..

Ahora bien, pese a estar persuadido que en un plano teórico debería conocer y decidir este Tribunal de Impugnación sólo en lo relacionado a la mentada orfandad probatoria y, eventualmente, acerca de la suspensión del juicio a prueba, por atenernos estrictamente a cómo y cuándo fueron presentados los planteos, no puede dejarse de atender la grave consecuencia que derivaría para la persona imputada; nada más y nada menos que la imposición de una pena privativa de la libertad personal de efectivo cumplimiento sin posibilidad de ser controlada. Sólo por ello, por la humanización que no puede estar ausente de la labor jurisdiccional, debe soslayarse la estrictez de la fundada postura enunciada para dar paso a una necesaria flexibilidad que habilite sortear la valla de admisibilidad formal. Conclusión cuyo acierto se robustece si se considera que en la audiencia del art. 245 del CPP la Fiscalía no sólo no se opuso a la introducción del agravio sobre la pena en ese momento sino que, además, contestó el mismo.

Entonces, con las aclaraciones pertinentes efectuadas, es que me inclino por el tratamiento excepcional del agravio sobre la pena.

El **Dr. Daniel Gustavo Varessio** expresó: Por compartir los argumentos entregados por el Sr. Juez preopinante, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez** manifestó: Participando de los términos y conclusión vertidos en el voto inaugural, me expido en el mismo sentido.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. Héctor Guillermo Rimaro** dijo:

Teniéndose presente que los actos procesales antecedentes, en virtud de las fechas de su gestación, no se encuentran resguardados en soporte audiovisual, para brindar adecuada respuesta al único agravio al que se ha reducido la intervención de este Tribunal se impone examinar todo el material probatorio que fue incorporado oportunamente como prueba que el Tribunal de Juicio estaba habilitado a ponderar. A ello se aduna el contenido de las actas de las audiencias celebradas los días

cinco y catorce de junio de dos mil trece y, obviamente, el de la sentencia impugnada.

Sobre los primeros aludidos habré de hacer una aclaración, aunque pareciera resultar casi innecesario realizarla. Consiste ella en que todos los actos procesales practicados con regularidad bajo el amparo de un régimen procesal penal diferente al vigente son plenamente válidos y, por otra parte, ninguno fue tachado de nulo. En tal sentido, menester es mencionar que el compendio prescriptivo contenido por la norma general provincial identificada con el N° 1677, hoy desplazado por la ley N° 2784, se trataba, como no puede ser entendido de otra manera, de un conjunto de disposiciones reglamentarias de normativa de rango constitucional. Sin lugar a dudas ese ordenamiento procesal penal vigente hasta el 13 de enero del corriente año significó en su momento un significativo avance por sobre el régimen anterior imperante y un paso trascendente hacia la instauración del sistema de enjuiciamiento que llegó de la mano de la ley N° 2784. Sistema éste que, huelga decir, está mucho más a tono con las mandas emergentes de fuente jerárquicamente superior. Ambas creaciones legislativas hacen gala de ser un paso adelante, por haber resultado importante aporte despojar al proceso

penal de resabios inquisitivos, hacia la implementación del modelo acusatorio. Que el plexo normativo procesal penal actual haya perfeccionado, en pos de ese objetivo, el conjunto de disposiciones otrora vigente, no implica que ellas deban ser descalificadas al punto de que los actos jurídicos producidos a su amparo carezcan de entidad para fundar un pronunciamiento jurisdiccional a la fecha. Máxime cuando, como en este caso, todo el proceso (desde su inicio hasta el dictado del pronunciamiento -no firme- que le puso final) se desarrolló íntegramente a la luz del anterior régimen. En otras palabras, que la regulación procesal actual haya perfeccionado el sistema de enjuiciamiento no empece a la regularidad y plena validez de los actos procesales ajustados a la ley N° 1677.

Arribada a esa definición, corresponde examinar el bagaje probatorio finalmente conformado como plataforma en la que se asentó el pronunciamiento en crisis.

Sabido es que en esta clase de imputaciones de comportamientos lesivos de la integridad sexual, por el particular contexto de comisión ("a las sombras"), el aporte de quien viene figurando como víctima cobra particular relevancia. Al punto que, efectivamente, su

único testimonio puede constituir central basamento de un pronunciamiento condenatorio. Lógicamente que, conforme a las exigencias de la sana crítica racional, ese aporte debe ser sopesado no sólo en su individualidad sino cotejado con el resto de la información acopiada.

La trascendencia que cobra ordinariamente la atestiguación de la presunta víctima no es ajena en este caso. En efecto, después de una minuciosa mención de cada una de las pruebas que conforman el plexo a considerar, el Sr. vocal ponente recaló en la declaración que M. prestara en debate. Tras anticipar que se le otorga pleno crédito a sus dichos, apuntó el por qué de esa definición. En tal sentido, se manifestó en la sentencia que la joven recordó varios hechos de carácter abusivo de parte de F., habiendo suministrado algunos pormenores que le dan fiabilidad a su relato.

Asimismo, el valor convictivo de ese relato se reforzó- conforme la apreciación del magistrado que emitió su voto en primer lugar- porque "encuentra correspondencia, en lo esencial de sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las declaraciones de la Lic. Carolina Leschevich y Moya, respectivamente". Estas profesionales

afirmaron haber recibido de parte de M. el develamiento de los ataques abusivos hacia su integridad sexual que sufrió de parte de F.. Entre otras consideraciones dadas en esta parte del decisorio en crisis se manifestó que el relato de M. ante las profesionales citadas, efectuado cuando contaba con catorce años de edad, impresionó con "mucha claridad" y "creíble".

Sobre estas dos cualidades, devenidas de la inmediatez, se adosó que ese relato "no luce armado" - conforme la visión profesional-, "ni inducido". El relato preciso es difícil de sostenerlo si es impuesto por otra persona y la carga de sentimiento, la posición corporal, la angustia, es muy difícil de exteriorizar. También se expresó en el resolutorio en trato que la Lic. Leschevich dijo que durante todo el relato L. M. no dejó de angustiarse, de llorar y manifestar que nunca se lo contó a nadie porque no estaba segura que la entendieran.

En la labor axiológica del Tribunal también se trajo a colación lo que manifestara en audiencia de debate la Lic. Moya, lo cual resulta concordante con lo de la colega mencionada con anterioridad.

Concurre asimismo en enaltecer el valor convictivo de los dichos de M. lo informado por otra profesional de la psicología, ahora perteneciente al Poder Judicial, como es el caso de la Lic. Karina Ortiz, quien hizo alusión a un relato claro y coherente de la joven. También el Juez ponente destacó que esta profesional hizo referencia a la observación de un hilo conductor organizado, sin contradicciones fundamentales, estando el discurso acompañado de correlato emocional compatible con vivencias de sufrimiento y victimización. Por si fuera poco, se ponderó en el fallo, siguiendo las conclusiones de la Lic. Ortiz, que la información dada por la joven es consistente, que no se detectó elementos fabulatorios ni mendaces, como tampoco indicadores de permeabilidad de la joven a la influencia de terceros.

Un detalle no menor es aquello que se cita en la fundamentación de la sentencia en el sentido que las explicaciones brindadas a lo largo de la audiencia por las profesionales Leschevich y Moya, consolidado con el aporte de la Lic. Ortiz, no fue refutado adecuadamente por la Defensa, Ministerio que no aportó ningún elemento consistente y serio para contrarrestar las afirmaciones de las licenciadas. Y digo

detalle no menor porque, al reparar en el desarrollo de la audiencia celebrada a la luz del art. 245 del CPP, tampoco se advierte que la impugnante haya ejercido crítica o censura concreta y profunda sobre estos extremos señalados en la sentencia y que constituyen fuertes argumentaciones para el dictado de la condena impuesta. En efecto, el Dr. Telleriarte sostuvo orfandad probatoria porque el único elemento de juicio cargoso era el testimonio de la entonces menor, testimonio que básicamente trató de desacreditar en función de alguna contradicción emergente de las manifestaciones de la víctima contrastadas con el informe de la médica forense, Dra. Caunedo, y con los dichos de Y. F. S..

Resulta claro que hubo menciones de M. que no encuentran apoyatura, más aún que no son ciertas. Aludo, sin ambages, a penetraciones vía vaginal y/o anal, lo que queda descartado ante la evidencia irrefutable emergente del examen genital efectuado en la faz investigativa. Himen intacto y ano normoconformado son extremos que con elocuencia erradican toda idea de coito forzado o consentido.

Ahora bien, ello no tiene el efecto de desmerecer in totum el aporte vivencial de la presunta víctima. Evidentemente no se encuentra sedimento para achacar

comportamientos prima facie subsumibles en el art. 119, tercer párrafo del CP, tanto que nunca algo así integró la descripción de los hechos dirigidos al imputado. Del mismo modo, en coincidencia con la posición que prevaleciera en la votación, tampoco habría crédito para tener por acreditado comportamientos que quedaran receptados en el segundo párrafo del artículo aludido. Pero, sin lugar a dudas, el relato de la joven, sostenido por la abundante información de profesionales especializados, cuyas conclusiones no fueron desvirtuadas ni antes ni ahora, es suficiente sustento para abonar el juicio de certeza sobre la existencia material de los hechos, la autoría de los mismos achacada a O. J. F. y su anclaje en el art. 119, primer párrafo del CP; obviamente con las agravantes contempladas en la sentencia impugnada y que no fueron puestas en crisis.

No puede soslayar una acabada valoración en este acto que en el pronunciamiento atacado también se valoró, armónicamente, consolidando el juicio de certeza de culpabilidad de F., expresiones de la madre de M., Sra. M. C. F. C., de la tía L. d. C. F. C. y algunas apreciaciones de su hija Y..

Sin perjuicio de todo lo expuesto, debe tenerse presente que al culminar la producción probatoria, en la segunda audiencia de debate, se produjo la incorporación por lectura de las piezas procesales allí detalladas (ya consignadas en el decreto de Presidencia del Tribunal sentenciante datado el 27 de diciembre de dos mil doce y notificado debidamente a las partes). Cabe destacar que ni en esa ocasión, ni en la segunda audiencia de debate, hubo objeción de partes al respecto. Esa incorporación de material probatorio del que el Tribunal estaba habilitado de valerse para forjar su decisión, no está demás recordar se nutría, entre otros elementos de juicio, del informe de las Lic. Moya y Leschevich (fs. 33/4) que refiere el recuerdo por la menor de "los abusos cometidos en la temprana infancia por el señor F." y, por el de las mismas profesionales (fs. 43/5) del cual - entre otros interesantes pasajes- se desprende que ella (M.) considera que las reacciones de él son exageradas y rememora situaciones de niña (entre 7 y 8 años) "donde él se acostaba en su cama y la manoseaba". Ello, como se expresara, conteste con el informe de la Lic. Karina Ortiz (fs. 27/9), incorporado sin objeción por el decreto del 27 de diciembre de dos mil

doce, que ya mencionaba a la declaración de M. como creíble y válida.

En función de las consideraciones vertidas, no existe arbitrariedad de sentencia basada en la invocada orfandad probatoria. Surge diáfano que la prueba liminar es el aporte de la víctima L. M. d. C. F., pero la misma encuentra suficiente apuntalamiento en los elementos de juicio aludidos, lo cual desvirtúa la idea introducida de orfandad y, por ende, destierra la posibilidad de arbitrariedad por ese agravio. El plexo probatorio ha sido adecuadamente ponderado a la luz de presupuestos de la sana crítica racional. Por ello, respecto del agravio en trato se propone su desestimación.

Corresponde entonces inmiscuirse en el agravio que, aunque extemporáneo, excepcionalmente por las razones dadas se abordará.

Se advierte, sin mayor esfuerzo, que la Dra. Martini (vocal que se expidiera en segundo término y quien propusiera una sanción significativamente menor a la propiciada por el Dr. Dedominichi, en función del cambio de calificación que sostuvo) dio razones que precedieron a la expresión del quantum de cuatro años y la modalidad de

cumplimiento que propuso. Evaluó atenuantes (falta de antecedentes y buen comportamiento procesal) y dos agravantes de significativo valor, pues reparó en el daño moral que los comportamientos delictivos produjeron en la víctima y el impacto del hecho en la trama familiar; esto último evidenciado (y consta en la sentencia) en la desvinculación que la víctima menor de edad tuvo con su madre.

Compártese con la Defensa que esas dos agravantes suelen concurrir en situaciones de abuso contra la integridad sexual intrafamiliar, aunque no siempre están presentes. Por ello, cuando lo están, como en el caso que nos ocupa, deben ser materia de mensuración que razonablemente separan el monto punitivo de la mínima expresión posible.

Por otra parte, conforme se desprende del acta de la segunda audiencia de debate, el Ministerio Público Fiscal petitionó al finalizar su alegación se imponga una elevada pena (el doble de la finalmente impuesta por la sentencia en crisis), fundando su postura en la forma en que se develó el hecho, en la extensión del daño causado y en que se ha cortado el vínculo entre madre e hija. Repasado lo que consta en la misma pieza procesal acerca de lo que alegó la Defensa sobre ese concreto extremo, la respuesta es nada,

silencio. Situación que se repitió en el libelo de presentación del recurso de casación in pauperis; en efecto, como ya se dijera, nada concreto se expresó en él, sólo una forma elíptica de referirse a una mutación de la sanción impuesta cuando se peticionó subsidiariamente que se accediera a la suspensión del proceso penal a prueba. Circunstancia que no puede tener ninguna posibilidad operativa si no mediara una alteración del monto de pena de prisión y de su forma de cumplimiento.

Como bien lo señalara la Fiscalía en audiencia del art. 245 del CPP, la fundamentación que entregara la Dra. Martini y a la que adhiriera el Dr. Trincheri, además de real (no aparente) es escueta, pero ello no implica que no supere airoso la exigencia de entrega de mínimas y coherentes razones que avalen lo decidido. Máxime cuando el acto procesal atacado no era fruto de una audiencia previa de cesura, como ahora está instaurado por la vigencia de la ley N° 2784.

En función de lo expuesto, propongo al acuerdo la confirmación del decisorio impugnado también en orden al agravio relacionado con la pena impuesta.

Resta entonces analizar no el agravio sino el planteo subsidiario ingresado por la Defensa Oficial en el escrito recursivo y a lo que, someramente, a instancia del Sr. Presidente del Tribunal de Impugnación, hizo referencia el Dr. Telleriarte en audiencia.

Si bien es cierto que, tal como lo mencionara el Dr. Vitale, el cambio de calificación jurídica recién operó con el dictado de la sentencia y esa, la de interposición del recurso, fue la primera ocasión que tuvo de efectuarse una solicitud semejante, el planteo no puede prosperar. Ello, porque no es menos veraz que con la confirmación que corresponde hacer del decisorio en crisis en orden al agravio sobre la imposición punitiva, está ausente un requisito básico, esencial, para la procedencia del instituto de la suspensión del proceso a prueba en el presente caso. En efecto, si la condenación ha sido a pena de prisión de cumplimiento efectivo no se satisface el requisito elemental emergente del art. 76 bis, primer párrafo del Digesto Sustantivo, reiterado en el cuarto párrafo del mismo artículo, *ibidem*. Determinación del legislador nacional que está en consonancia también con lo prescripto por el art. 76 ter, tercer párrafo del CP.

Congruente con ello, sostengo el rechazo de la solicitud subsidiaria de suspensión del proceso aprueba por improcedente.

En función de todas las consideraciones expuestas y de conformidad con la petición articulada por el Ministerio Público Fiscal, propongo al acuerdo se confirme en todos sus términos la sentencia impugnada y se rechace por inadmisibile la solicitud de suspensión del proceso penal a prueba.

El **Dr. Daniel Gustavo Varessio** manifestó:
Adherir a los fundamentos y la resolución propuesta en el voto del Sr. juez preopinante.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez** expresó:
Compartir los argumentos entregados y la resolución propiciada en el voto inaugural, razón por la que me expido en el mismo sentido.

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

El **Dr. Héctor Guillermo Rimaro** dijo:

No hallar razón para imponer costas en el presente caso (art. 268, segundo párrafo del CPP), toda vez que ha existido ejercicio de actividad impugnativa tendiente a

asegurar la defensa en juicio dentro de cánones de razonabilidad.

El **Dr. Daniel Gustavo Varessio** manifestó:
Coincidir con la resolución propuesta para esta cuestión.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez** expresó:
Adherir a la decisión propiciada en relación a este punto.

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

RESUELVE:

I.- DECLARAR la admisibilidad formal de la
impugnación deducida (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

II.- CONFIRMAR la sentencia N° 21/2013
datada el veinticinco de junio del año dos mil catorce,
dictada por la ex Cámara en lo Criminal Segunda con asiento en
la ciudad de Neuquén, por la que se condenó a J. O. F., de
demás circunstancias personales consignadas en el exordio,
como autor penalmente responsable del delito continuado de
Abuso sexual simple, agravado por la calidad de guardador
(art. 119 primer y cuarto párrafo, inc. "b" del CP), a la pena
de cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta por igual
término y demás accesorias legales.

III.- RECHAZAR la solicitud de suspensión del proceso a prueba que, como planteo subsidiario, introdujera la Defensa Oficial, por inadmisibles (cfr. arts. 76 bis y 199, párrafos primero y cuarto inc. "b" del CP).

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.- Tener presente la reserva del caso federal introducida por la Defensa Oficial.

VI. Dejar constancia que los Dres. Héctor Guillermo Rimaro y Daniel Gustavo Varessio participaron de la deliberación y emitieron sus votos, pero no refrendan la presente por encontrarse ambos en uso de licencia.

VII. Remítase la presente a la Oficina Judicial correspondiente, para su registración y notificaciones pertinentes, con devolución del Legajo identificado como OFINQ 851/2014.

Dr. Mario Rodríguez Gómez - Juez

Reg. Sentencia N° 100 T° V Fs. 921/935 Año 2014.