

SENTENCIA N° setenta y uno /2015. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **dieciocho días del mes de septiembre de dos mil quince**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los Sres. Jueces, **Dres. Daniel Gustavo Varessio, Héctor Dedominichi y Florencia Martini**, presididos por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial "**O., G. J. S/ABUSO SEXUAL AGRAVADO**", identificado como **Legajo MPFNQ 14.792 Año 2014**, seguido contra **G. J. O.**, DNI n°, de nacionalidad argentina, de estado civil soltero, nacido en Machagal, Departamento 25 de Mayo Provincia del Chaco, el ... de de ..., de ocupación carpintero, hijo de N. F. y C. C. M., domiciliado en calle de la ciudad de

ANTECEDENTES:

A) Por sentencia N° 148/2015 dictada el dos de julio de dos mil quince por el Tribunal de Juicio integrado por las Dras. Ana Malvido, María Gagliano y Mara Suste, se resolvió declarar culpable a G. J. O. en relación al hecho por el que fuera juzgado -en perjuicio de V. V. C. - y que fuera calificado como abuso sexual con acceso carnal en calidad de autor (art. 119 tercer párrafo en función del primer párrafo y 45 del Código Penal), conforme la acusación de la que fuera objeto

en el proceso, con accesorias legales y costas. Mientras que, por sentencia N° 158 dictada el 28 de julio del año dos mil quince se resolvió imponer al nombrado una pena de diez años de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación por igual término con costas.

La Defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP) contra ambas sentencias, celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el día cuatro de septiembre de dos mil quince, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa el Defensor oficial, Dr. Raúl Caferra, por la Fiscalía, el Dr. Mastracci y por la Querella, la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, Dra. Marcela Robeda, celebrándose la misma en ausencia del imputado.

B) El Dr. Caferra, en primer término sostuvo la admisibilidad del recurso en tanto se constata legitimidad subjetiva y objetiva para impugnar conforme lo previsto en los artículos 233, 236 y 239 del CPP.

Estructuró los agravios en dos fases, el primero contra la sentencia de responsabilidad y el segundo contra la sentencia de imposición de pena.

Ausencia de fundamentación suficiente del juicio de autoría: Afirma la defensa que las magistradas

para sostener la autoría de su asistido valoran únicamente dos indicios probatorios cuales son la referencia del niño al sujeto agresor como "G. , el chaqueño" y el testimonio de la Sra. S. C. -madre de V. V. C.- quien explicitó que había llegado a la conclusión de que, el tal "chaqueño", era G. O. a partir de una identificación que el niño habría realizado en una fotografía en la que se encontrarían junto al nombrado O. y un equino tipo pony. Dicha fotografía, que el niño habría tenido en su mesa de luz, habría permitido concluir a la Sra. C. que el autor del hecho era su asistido. Advierte la defensa un claro déficit probatorio de las partes acusadoras en función de tres ejes, a saber: a) que el menor identifica en su testimonio a una persona llamada "G." como así también que sería de origen "chaqueño" cuando a partir de varios testimonios (de la madre, el tío y el empleado G. J.) se evidencia que existieron muchas personas de ese origen en la mueblería en el tiempo en que los hechos habrían ocurrido. O. ni era el único chaqueño ni el único G.; b) tanto el niño como su madre aluden a la fotografía que habría sido aportada en el transcurso de la investigación pero no se presentó como prueba en el juicio y, c) jamás se realizó una rueda de reconocimiento del imputado en legal forma dándose por sentada su autoría.

Irrazonabilidad del monto de la pena

impuesta: sostiene el Dr. Caferra que se omitió considerar el atenuante consistente en los padecimientos sufridos por la difusión de afiches en su barrio de residencia que lo sindicaban como violador, y en los que incluía su fotografía, como así el ataque a su vivienda compartida con su núcleo familiar, sumado a las amenazas recibidas que lo obligó a mudarse de la ciudad para radicarse en la localidad de A., debiendo abandonar su trabajo y vínculos sociales, todas ellas circunstancias que implicaron un anticipo de pena que debió ser valorado como atenuante. Asimismo en esta misma dirección considera que se omitió computar como atenuante la considerable duración del proceso extendido por un período de más de dos años.

Finalmente se agravia la defensa por cuanto a pesar de que se descartaron como agravante las secuelas psíquicas, la extensión del daño, la madurez del encartado y se admitieron como atenuantes la edad, su condición de primario en el delito, la constante sujeción de su pupilo al proceso, ello no se refleja en el monto de la pena, en tanto no se especifica qué incidencia se reconoce a cada "agravante y atenuante", ni se expresa desde qué punto de la escala penal se parte, por lo que se impide cuestionar y refutar mediante argumentos. Solicita, en consecuencia, se revoque la sentencia y se disponga la absolución de su

asistido y subsidiariamente se revoque la sentencia que fija la pena reenviando a nuevo juicio o en su defecto fijando la pena adecuada al caso.

C) A su turno, el Sr. Fiscal manifiesta discrepar con los argumentos vertidos y la solución del caso que ya ha sido juzgado y sentenciado. El primer agravio estriba en la falta de certeza de identificación del autor, esta situación de duda no se ve reflejada en la sentencia y menos a lo que pasó en la audiencia. Esta fotografía, servía para reafirmar lo que V. contó, porque fue alguien que abusó de él por un año, lo tenía plenamente identificado y sabía quién era. Esa fotografía refleja el estado de cosas y lugar que ocupaba O. en el seno familiar. Al imputado, a la víctima y un equino. La madre dijo en el juicio que le llamó la atención que hiciera desaparecer la fotografía luego de la develación; viene a reafirmar el estado de certeza, no hay duda alguna que G.O. es el autor. Muchos de los empleados eran chaqueños pero uno sólo de ellos era G.. Los padres nunca tuvieron duda de que el autor es G. Ot., ¿qué sentido tenía llamar adelante una rueda de reconocimiento si estaba totalmente identificado?. En cuanto a la pena, un acceso carnal reiterado en el tiempo, fue comprobada la extensión del daño, y este es el punto crucial. El acceso reiterado, crónico, provocó en V. incapacidad de

continencia fecal. Un daño irreversible. No tuvieron en cuenta el supuesto conocido escraque, no hay ninguna acreditación policial o judicial y si así fuese, ¿qué se intenta? ¿una especie de pena natural? No tiene que ver con la culpabilidad del encausado. Tampoco se acreditaron los presuntos autores del escraque. En cuanto a la excesiva duración del proceso, le parece que se resolvió desde el inicio de la investigación hasta la condena dentro de los plazos estipulados e incluso O. está y estuvo en libertad. El monto de la pena resulta razonable conforme a la extensión del daño y demás pautas consideradas, por lo que solicita se rechace el recurso y se confirme la sentencia.

D) Por su parte, la Sra. Defensora de los Derechos del Niño expresó que el recurso resulta admisible por tratarse de una sentencia condenatoria encontrándose legitimado para impugnar el imputado. En segundo término coincide con el Ministerio Fiscal y agrega que -en relación a la autoría- tanto el niño como la madre identificaron perfectamente al autor de los hechos, no fue un solo hecho, fueron reiterados en el tiempo durante un tiempo prolongado. Pudo identificar el lugar donde se encontraba esta persona que trabajaba en la mueblería del tío y ocupaba una habitación en la misma casa del tío. Había varios chaqueños pero G. era uno solo. El testigo J.

dijo que ninguno se llamaba G. más que O.. El tema de la fotografía lo introduce la madre en su relato cuando hace saber en qué momento v. le revela los hechos, es ahí cuando descubre que la foto no estaba más en su mesa de luz. Es a partir del develamiento. Así como la defensa reconoció la materialidad del hecho y la extensión del daño, no hay duda de quién fue el autor de estos hechos. Con relación a la pena, las juezas tuvieron en cuenta los agravantes fundamentales al momento de establecer la pena y también los atenuantes. En primer lugar la extensión del daño por la incontinencia, que esto dio cuenta de las lesiones padecidas durante este largo período. La pretendida atenuante por pena natural por supuesto escraque sin determinar quiénes habían sido los autores fue traído al momento del juicio y de ello se dejó constancia. Esta querrela pidió catorce años, por ende se tuvieron en cuenta las atenuantes que pidió el señor defensor. Así como se dice que el proceso se extendió con la incertidumbre de O. sobre el resultado del juicio también estuvo en libertad, si bien se presentó a cada una de las instancias, también el niño necesitaba y requería una resolución, ya que el plazo razonable también es un derecho de la víctima. Por ende no se considera que sea tenido como atenuante. Considera que deben rechazarse cada uno de los agravios.

E) Otorgada la palabra en último término a la defensa sostuvo que reitera los argumentos que dio.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Florencia Martini**, luego el **Dr. Daniel Varessio** y, finalmente, el **Dr. Héctor Dedominichi**.

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 el recurso interpuesto?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

Considerando que la impugnación deducida contra la sentencia fue interpuesta en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnable desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

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

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

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

En relación al primer agravio consistente en la ausencia de fundamentación suficiente del juicio de autoría adelanto que no habrá de tener acogida en tanto la sentencia expone adecuadamente las razones que llevaron a las magistradas a sostener la autoría del acusado, realizando una valoración integral y contextualizada de las pruebas producidas en el juicio de responsabilidad. Es así que las magistradas valoran que el imputado es el único G. de origen chaqueño sumado a que tanto el niño como su madre conocían al nombrado, razón por la cual resultaba innecesaria la realización de un reconocimiento en rueda de personas. Respecto de la foto que no habría sido incorporada como prueba (foto que tenía y retira de su mesa de luz el menor describiéndola como que extractara un momento vivido entre el niño y O.), lo cierto es que - tal como lo puntualiza la sentencia- la referencia a la misma se introduce a través del testimonio de la madre del niño, quien resulta testigo directo de dicho momento en el que el niño devela la ocurrencia de los hechos atribuidos. En la práctica, los hechos en los cuales *la persona es identificada por la víctima* no requiere de una rueda de reconocimiento de personas para confirmar su identidad,

máxime en este caso en el que los hechos se desarrollaron durante un lapso de tiempo prolongado (un año) respecto de una persona que la familia del niño conocía a través de la relación laboral que mantenía aquel con el tío de V., el Sr. M.; sumado ello a que el acusado vivía en la casa de este tío, tal como lo señaló el niño en Cámara Gesell y lo declaró la Lic. Díaz en el juicio. Y como consecuencia de dichas circunstancias los hechos ocurrieron en base a "la confianza que gozaba el autor de los dueños de casa -sus empleadores- y de la tranquilidad que usufructuaba dentro de su dormitorio para abusar del niño". Todas estas circunstancias fueron expuestas con claridad en la sentencia.

En relación al agravio concerniente al monto de la pena, entiendo que no es una exigencia legal el declarar el sistema adoptado por los sentenciantes para fijar el quantum de la pena (si parten del mínimo, del "justo medio" como se sostuvo en el legajo "Fernández-Godoy", o bien desde el máximo, como se sostuvo en el legajo "Salcedo" (ambos antecedentes de la cuarta circunscripción). Máxime cuando el sistema o metodología a utilizar para fijar el monto de pena no fue motivo de discusión entre las partes en el juicio de cesura, por lo que no puede exigírsele a las magistradas que se expidan al respecto. Más allá del caso concreto, considero que sería

conveniente revelar el método utilizado para fijar la pena, sin embargo ello no exime a las partes que así lo reclaman, la carga de introducir este extremo en el debate correspondiente cuando lo consideran indispensable para ejercer el debido control de la decisión a adoptarse.

Tampoco existe una exigencia cuantitativa en torno a los agravantes y atenuantes receptados, sino que deben ponderarse cualitativamente, es decir que no se cuentan sino que se pesan -de modo similar a lo que ocurre con la valoración de los testimonios-. Por tanto, que se hallan receptado tres atenuantes (edad, ausencia de antecedentes y constante sujeción al proceso) y descartado uno (padecimientos sufridos como anticipo de pena por la difusión de escraches, ataque a la vivienda y amenazas que determinó la mudanza del núcleo familiar) y, como contrapartida, se hallan receptado dos agravantes (reiteración de hecho y extensión del daño) y descartado tres (secuela psíquicas, extensión del daño al grupo familiar y madurez del encartado) no incide el monto final determinado.

A título de ejemplo, la extensión del daño (íntimamente vinculada con la reiteración del hecho) ha sido tan relevante que, si bien no dio lugar al agravante del inc. a) del cuarto párrafo del art.119 del Código Penal que prevé una escala penal de 8 a 20 años

("resultare grave daño en la salud física o mental de la víctima"), determina una impronta relevante en el quantum de la pena, sobre el cual no ha de perderse de vista que, de un mínimo de seis años y un máximo de quince, la pena establecida no alcanza el "justo medio" de la escala penal.

Finalmente, en lo que respecta a la excesiva duración del proceso, entiendo que no ha sido introducido en la etapa procesal oportuna, esto es, la audiencia de cesura, por lo que excede el objeto de impugnación (que es la sentencia de pena fijada por los extremos introducidos oportunamente por las partes). Aun así, considero que el proceso transcurrió dentro de los límites legales establecidos por el código vigente con carácter fatal, por lo que no corresponde su receptación como atenuante de la pena, máxime cuando su asistido estuvo en libertad (por la constante sujeción al proceso que se computó como atenuante), por lo que tampoco reviste la relevancia que le asigna la defensa. En torno a los padecimientos sufridos como consecuencia de haber sido sindicado como "violador", ataque a la vivienda y amenazas, constituyen una circunstancia que debe ser merituada, tal como lo expresa Patricia Ziffer ("Determinación judicial de la pena", Buenos Aires, Ad Hoc, 1996) y lo sostuve en la sentencia de cesura del legajo "Ancatel" (de la cuarta circunscripción), lo que, no obstante, no tiene incidencia

directa en el monto de la pena del caso que se revisa, por cuanto -como ya lo expresé-, la mensura de la pena a partir de agravantes y atenuantes no es aritmética (cuantitativa) sino cualitativa.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde confirmar la sentencia impugnada, en tanto exhibe un razonamiento integrado, en el cual se conectan los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable. No se ha constatado una fractura en el razonamiento lógico derivando en conclusiones contradictorias o inconciliables con las circunstancias objetivas de la causa, sino que se ha realizado una valoración adecuada de todos los elementos aportados al proceso, tendientes a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión en la que se apoya. En este sentido, no alcanza la crítica ensayada por la Defensa en cuanto opinión discrepante sobre el valor probatorio de las distintas evidencias que de ningún modo fulmina la coherencia de la motivación en la que se sostuvo el fallo. Mi voto.

El **Dr. Daniel Varessio**, manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Hector Dedominichi**, expresó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

Por tratarse de una impugnación ordinaria y a fin de no menoscabar el derecho al recurso del imputado considero que debe eximirse de costas al impugnante.

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

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

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

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por el recurrente en favor de G. J. O., DNI N°..... (arts. 233, 236 y 239 del CPP).-

II.- NO HACER LUGAR a la impugnación ordinaria deducida, por no constatarse los agravios, **confirmando** en consecuencia **las sentencias N° 148/2015 y 158/2015** dictadas por el Tribunal integrado por las Dras. Ana Malvido, María Gagliano y Mara Suste por la que se declara a **G. J. O.**, de demás circunstancias

personales consignadas, como autor material y penalmente responsable del delito de **abuso sexual con acceso carnal** (art. 119 tercer párrafo en función del primero del Código Penal), **imponiéndosele una pena de diez años de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación por igual término y costas del proceso.**

III.- EXIMIR DE COSTAS a la Defensa por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia.-

IV.- No firma la presente el Dr. Daniel Varessio, sin perjuicio de haber participado de la deliberación y haber compartido los argumentos y la decisión adoptada, por encontrarse en uso de licencia.

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

Dra. Florencia Martini

Juez

Dr. Héctor Dedominichi

Juez