

SENTENCIA N° 55/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los trece (13) días del mes de agosto de dos mil quince, esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial conformado por los **Dres. Federico Sommer, Liliana Deiub y Gladys Mabel Folone**, presidida por el primero de los nombrados se reúne con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación en el caso **"G., E. A. S/ABUSO SEXUAL"** identificado como Legajo OFINQ 891/2014 del registro de la Oficina Judicial, seguido contra E. A. G., DNI n°, argentino, nacido el 31 de abril de 1991 en - Provincia de, hijo de y, soltero, empleado, con estudios primarios completos, y con domicilio en calle, B°de la Ciudad de

Intervinieron en la instancia de impugnación a tenor de lo normado en el art. 245 del C.P.P.N, la Dra. Marcela Robeda por la Querrela (Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente), la Dra. Laura Barbé por el Ministerio Publico Fiscal y los Dres. Manuel Balboa y Martin Balboa por la Defensa.

ANTECEDENTES: Por sentencia n° 74/13 dictada el día 21 de noviembre 2013, la ex Cámara en lo Criminal Segunda de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia del Neuquén, condenó al imputado a la pena de tres (3) años de prisión de efectivo cumplimiento, por considerarlo autor penalmente responsable de los hechos ocurridos en fecha indeterminada, pero anterior al 10 de junio de 2012 y en el transcurso de ese año, aprovechando la circunstancia de encontrarse al cuidado de su hermana A. J. G., nacida del 15 de septiembre de

2008, y la convivencia en el domicilio ubicado en la calle del Barrio Valentina Norte de la Ciudad de, abuso sexualmente de ella. Este accionar reprochado tuvo lugar en varias oportunidades en la citada morada y consistió en maniobras de digitalización de neto contenido sexual, en la zona anal de la niña. Calificaron la conducta en el tipo penal previsto en el art. 119, segundo párrafo, apartado "b" del Código Penal.

La defensa técnica del imputado impugnó la sentencia condenatoria dictada y se agravió por la errónea valoración de la prueba de descargo y de la indebida prevalencia de la prueba de cargo. Por su parte, la parte querellante se agravia y critica el encuadre legal adoptado por el Tribunal de Juicio.

Por aplicación de la Ley 2784, que sancionó el nuevo Código Procesal Penal de Neuquén y de lo dispuesto en el art. 55 de la Ley 2891, las presentes actuaciones fueron remitidas a la Oficina Judicial para que se les imprima el trámite correspondiente al recurso ordinario de impugnación previsto por los arts. 243 y siguientes del nuevo ordenamiento adjetivo. En función de lo dispuesto por el artículo 245 del C.P.P.N. se convocó a las partes a la audiencia oral en la que se escucharon los argumentos que fundan las impugnaciones interpuestas, y los que rebaten esas manifestaciones. Es dable referir, que en la audiencia celebrada el Dr. Manuel Balboa inició su argumentación agraviándose por la afectación de la garantía de "non bis in idem" a consecuencia del dictado del Acuerdo Nro. 1/2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén. Que dicha línea argumental fue rechazada por esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial por no resultar

competente para resolver respecto de dicho decisorio y por no haberse interpuesto por el quejoso recurso o impugnación alguno a su respecto conforme resulta del legajo.

Habiendo sido escuchadas todas las partes, esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial se encuentra en condiciones de dictar sentencia (Artículo 246 del C.P.P.N.), por lo que, cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los Magistrados, resultó que los Sres. Jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el **Dr. Federico Sommer, Gladys Mabel Folone y Liliana Deiub** y respectivamente.

CUESTIONES: 1) ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por las partes litigantes?, 2) ¿Son precedentes los mismos? y en su caso ¿Qué solución corresponde adoptar? y, por último, 3) ¿A quién corresponde la imposición de las costas?

VOTACIÓN: I.- A la primera cuestión el **Dr. Federico Sommer** dijo: El recurso de casación fue presentado por la defensa particular del imputado en término, ante el entonces órgano judicial correspondiente, por parte legitimada para ello, revistiendo la misma el mismo carácter definitivo, pues ya que pone fin a la causa. Por todo ello considero que debe declararse la admisibilidad formal del recurso deducido.

Por su parte, la parte querellante criticó como arbitraria, nula, contradictoria y violatoria de las reglas de la sana crítica a la calificación legal adoptada por el Tribunal de Juicio, y sin perjuicio de lo normado por el actual art. 240 del ritual, atento la fecha de interposición del recurso, la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Superior de Justicia del Neuquén y

que no fuera objeto de controversia por las partes en la audiencia celebrada, postulo que debe declararse la admisibilidad formal del recurso deducido. En tal sentido, y tratándose de una causa que se inició y sentenció con el sistema procesal anterior resulta admisible el recurso. En dicha inteligencia, se ha pronunciado el máximo tribunal local y ha establecido en caso **"DR. TERÁN SANTIAGO S/ IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA E/A. 'TOBARES, ANGEL MIGUEL..."** (Expte. N° 31/2014 del registro de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén) que no conferir legitimidad al recurso de casación deducido -en este caso por la parte querellante- "no solo colisiona con lo establecido en la Ley Orgánica de la Justicia Penal, sino también con pacífica normativa de nuestro Máximo Tribunal Nacional en cuanto a que si bien nuevas normas procesales se aplican inmediatamente a las causas en trámite, ello lo es siempre que no se prive de validez a los actos procesales ya cumplidos ni se deje sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores (C.S.J.N., Fallos: 232:32; 302:263; 314:280 y 329:5586, entre muchos otros)".

La **Dra. Gladys Mabel Folone** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la primera cuestión.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

II.- A la segunda cuestión el **Federico Sommer** dijo:

II.a) Que por razones metodológicas, corresponde principiar el análisis por el recurso interpuesto por la defensa del imputado contra la sentencia condenatoria, por

cuanto dicha parte se agravó por una errónea valoración de la prueba y una inobservancia de los artículos 8 y 193 del C.P.P.N., y en caso de resultar procedente la absolución requerida la cuestión referida a la calificación legal aplicable al hecho devendría en una cuestión abstracta para la dilucidación del presente.

En tal sentido, postulan los asistentes técnicos del encausado que su asistido fue condenado sobre la base de los dichos de la víctima de autos y de la ciudadana Adelina Jazmín Gutiérrez -hermana del imputado-; el informe presentado por la Lic. Zulema Díaz, que asevera que es improbable que una niña de tres años mienta; el dictamen de la Dra. Clara Robato que certificó la estampa de un esfínter parcialmente relajado compatible con maniobras de digitalización reiterada y los dichos de Sandra Marisol y Cecilia Gutiérrez, a quien la víctima (su hermana) les habría dicho que E. G. le tocaba la cola y le hacía doler.

Sin embargo, sumó el defensor que el Tribunal de juicio sin motivo aparente, soslayó cuatro testimonios, concordantes, veraces y creíbles de personas adultas, que manifestaron que A. J. había mentado sobre los ataques sexuales, y que había sido inducida a mentir por su hermana. En dicha línea de argumentación sostiene que V. G. -padre de E. y de A.-, luego de radicar la denuncia se dio cuenta que se trataba de una maniobra para inculpar falsamente y que la niña se lo confesó llorando y que la había convencido su hermana S.. Afirma que dicha tesis, también fue ratificada por P. G. -hermano-, quien ratificó la versión desinriminatoria y fue testigo que ella misma le dijo que

era mentira lo que había contado sobre E.. A su turno, invoca el testimonio de L. R., quien cuidaba a la niña cuando su madre tuvo un accidente cerebral y quien en audiencia dijo que estuvo presente cuando la menor expresó que no era verdad que su hermano la había tocado. Por último cita a una vecina de la familia, P. A., quien también sostuvo que presenció el momento en que se develó que A. había sido mendaz, ella misma lo reveló y acusó a su hermana M. de haberla convencido. En suma, sostiene que los testigos referidos no tenían interés en mentir.

En segundo lugar, formuló una crítica al informe de la Lic. Zulema Díaz al indicar que la menor no se prestó al primer encuentro de fecha 18 de junio de 2012 y recién lo hizo cuando ya vivía con S. G., y recién fue entonces cuando afirmó que el imputado le hacía cosquillas y le tocó la cola, y a posteriori desaconsejó como profesional celebrar una nueva entrevista para determinar por los cuales le dijo a su padre, Loida Robles, Pilar Ayala, y Pedro Gutiérrez que había mentido. En la audiencia celebrada, también se agravió de la ausencia de la Dra. Robato como médica forense a la audiencia de juicio celebrada y a la incorporación por lectura del informe oportunamente practicado.

Finalmente el imputado, al concluir la audiencia de impugnación y hacer uso de la última palabra dijo que es absolutamente falsa toda la acusación, que era imposible que le haga una cosa así a su hermana, ya que jamás se ocupó de cuidarla ya que ella se encontraba bajo la custodia de su padre y que se encontraba al cuidado de su madre cuando ocurrieron los hechos.

Habida cuenta de ello, el otrora recurso de casación de la defensa se agravia por cuanto la sentencia en crisis habría omitido valorar el mérito de la prueba testimonial que sostiene la teoría de la defensa y habría conferido una indebida prevalencia de los dichos de la menor y de los peritos forenses.

Ahora bien, en lo que respecta a la disímil valoración de los dichos de los testigos de cargo y a los de descargo, lo real es que la sentencia de juicio dictada refiere una fundada ponderación de los mismos y de los motivos por lo que otorga preeminencia al relato de la víctima de autos por resultar "*coherente, persistente y creíble relato de J.*". En tal sentido, debo advertir que los invocados testigos de descargo referidos por el quejoso resultan contradictorios entre sí en cuanto describen las circunstancias en las cuales se dio la suerte retractamiento de la menor víctima y que había sido inducida a mentir. En oposición a ello, luce el relato de la niña bajo la modalidad Cámara Gesell y el informe profesionales que especifica la calidad del relato y las características del mismo en cuanto no resulta producto de influencia de terceras personas.

En tal sentido, y anticipando la respuesta que habrá de tener el recurso deducido por la defensa particular indico que no advierto arbitrariedad en la valoración de la prueba por parte del Tribunal de Juicio ni una valoración parcial de la prueba de cargo del imputado.

En tal sentido, Pilar Milagros Ayala sostuvo en juicio que había escuchado tanto sobre el abuso sexual padecido como sobre la confesión ulterior de que aquello fue una mentira, pero su versión sobre las partes presentes

en oportunidad de presenciar esto último discrepa de modo grosero con lo que sostienen los restantes testigos. Veamos. Ella postula que estaba junto al progenitor de la menor y de la ciudadana L. R.. En esa serie de contradicciones por parte de los testigos de descargo, resulta conducente indicar que de las constancias del legajo surge que V. G. indicó que la de lo sucedido por parte de su hija se materializó "retractación" en su sola presencia. En lo pertinente a L. R., se destaca que luego que le comentaran del abuso sexual infantil padecido, la víctima se desdice de ello en presencia de M., V. G. y de otras personas, sumándose a las contradicciones existentes en dichos relatos.

En sentido contrario a estas contradicciones en los testigos de descargo, el Tribunal de Juicio valoró conforme las reglas de la sana crítica racional las pruebas periciales rendidas en debate. En primer término, obra el informe de la Dra. Robato (fs. 25/26) que fue incorporado por lectura al debate en legal forma -conforme facultaba el anterior sistema procesal penal vigente-, y que da cuenta de la presencia de *"el esfínter anal externo parcialmente relajado con una luz de apertura que no condicen con parámetros de normalidad"*, y que si bien descarta la existencia de signos agudos, indica su *"compatibilidad con maniobras de digitalización reiteradas"*. En tal sentido, el agravio de la quejosa resulta inconducente por cuanto la citada profesional forense fue citada al debate y ante su incomparecencia fue la misma parte hoy recurrente quien se agravia de la incorporación de tal informe técnico quien

prestó conformidad para que dicho informe se incorporara por lectura.

En segundo término, la Lic. Zulema Díaz recepcionó el relato bajo la modalidad Cámara Gesell y confeccionó el pertinente informe técnico a su respecto. En igual sentido, la perito forense también recepcionó los testimonios bajo la misma modalidad pericial a las hermanas de la menor víctima de autos. Cuando declara en la Cámara Gesell, la menor J. sostuvo que el imputado le había tocado la cola, que le hacía cosquillitas, que le besó la cola, extremos que la Lic. Zulema Díaz valida informado que no es posible que haya ideado este tipo de situaciones.

En lo que a la "retractación" de la menor víctima se refiere, amen que la profesional psicóloga descarta una posible inducción a dicho relato y concluye en que es imposible poner estas palabras en boca de una niña de tan corta edad, es dable reiterar que en supuestos de abuso sexual intrafamiliar resulta frecuente que la víctima se retracte de denunciado.

Ahora bien, del análisis de los agravios introducidos en el recurso de casación interpuesto y su ulterior debate en la audiencia de impugnación celebrada, me lleva a concluir que el Tribunal de Juicio valoró debidamente la prueba rendida en audiencia y que la queja del recurrente configura una mera discrepancia con la labor desarrollada por el juzgador pero sin efectuar una crítica concreta, fundada y razonada a su respecto. En particular, la alegada retractación de la menor como fundamento central del recurso interpuesto contra la sentencia condenatoria dictada, incurre en un grave déficit de motivación. Ello así, en cuanto procura asignar como consecuencia jurídica

toda fuerza probatoria al relato de la menor recepcionado bajo modalidad Cámara Gesell y por una profesional forense que elaboró un informe bajo el Protocolo aplicable al caso. Los agravios referidos a la valoración de la prueba de descargo favorable al imputado y la inteligencia asignada a la retractación de la menor víctima, resultan contrarias a las reglas de la experiencia forense y al principio de inmediación, por lo que concluyo que el razonamiento efectuado por los jueces de juicio se ajustó a los estándares de razonabilidad, habiendo fundado debidamente sus conclusiones, y explicado con detalle en qué pruebas se sustentaron para tener por acreditada la responsabilidad penal que las partes acusadoras atribuyen a E. A. .

II.b) La querrela se agravió de la calificación legal establecida por la sentencia y que fuera requerida por el Ministerio Público Fiscal en su alegato final, y sostuvo, que de la interpretación de la prueba reunida - sobre todo del informe de la Dra. Robato-, se desprende un cuadro de abuso sexual crónico, con maniobras de digitalización reiterada. Esta frecuencia y cronicidad, en una niña de tres (3) años, configuran, a su criterio, los dos datos medulares para determinar que se trató de una conducta de abuso sexual gravemente ultrajante calificado, tipifica el párrafo segundo y cuarto inc. b) del art. 119 del C.P.

En sentido contrario a lo postulado, tanto el alegato fiscal como la sentencia condenatoria en crisis califican legalmente el hecho objeto de juzgamiento como abuso sexual simple calificado por el vínculo. El decisorio descarta la pretensión de la parte querellante en juicio -

petición que se reeditada en el recurso de casación bajo análisis-, con cita de prestigiosa doctrina respecto de los requisitos establecidos para la subsunción del hecho bajo el delito de abuso sexual gravemente ultrajante.

En contra de ello, la quejosa refiere en sustento de su crítica al fallo que no consideró la presencia de un cuadro de abuso sexual crónico que no se condice ni con la pena fijada -extremo que no fue objeto de agravio- ni con la calificación legal establecida por el juzgador, el padecimiento sufrido, la verificación de un abuso sexual prolongado en el tiempo. Sin embargo, el recurso interpuesto no logra formular una crítica concreta que permita revocar el citado resolutorio, y sin reenvío alguno, calificar el hecho bajo la figura legal propuesta.

En tal sentido, el Dr. Héctor Dedominichi sostuvo como Vocal preopinante que las maniobras de digitalización no constituyen el '*plus*' necesario requerido para aplicar aquella figura agravante' del tipo básico de los delitos contra la integridad sexual. A su turno, la Dra. Florencia Martini amplió fundamentos sobre la exclusión del tipo legal de abuso sexual gravemente ultrajante, con cita doctrinaria y jurisprudencial que establece los componentes objetivo y subjetivo que se requieren, y que en caso de autos no encuentra presentes. En tal sentido, comparto con la prestigiosa colega que conforme la acusación formulada por la querrela del Niño y Adolescente y la valoración de la prueba rendida en el juicio, no puede concluirse que el abuso sexual padecido por la hermana menor del imputado fuera de un ultraje de tal entidad que exceda el ultraje propio de la figura base. Tampoco la cronicidad esgrimida por la recurrente en base al informe

médico rendido en juicio permite desvirtuar la conclusión del juzgador, atento que el plazo en el que se habrían dado los tocamientos -conforme la propia edad de la niña y el plazo temporal referido por la acusación privada-, permiten apartarse de la figura básica.

Aunque la propia recurrente no formula la cita de doctrina o jurisprudencia en sustento de su postura, a fin de dar debida respuesta a su agravio debo destacar que la agravante requerida no se satisface con que los referidos episodios de abuso se den durante un tiempo, sino que de esa duración resulte una notoria agravación del ultraje. En menor medida aún puedo apartarme del voto del Dr. Fernando Zvilling, en cuanto sostuvo que "encuadrar el hecho como gravemente ultrajante por su duración, implicaría una interpretación laxa del precepto, cuya constitucionalidad ha sido considerada como dudosa, por depender la interpretación de criterios eminentemente subjetivos del juzgador (Conf. Donna, Edgardo, Delitos contra la Integridad Sexual, p. 48)".

Ha sostenido el máximo tribunal local que el término "*gravemente ultrajante*" no resulta preciso, y hasta la prestigiosa doctrina ha referido que '*...La vaguedad de los términos empleados por la ley, deja librado al intérprete la decisión de si en cada caso concreto se da la situación típica [...] La imprevisión del legislador es mayúscula, y la doctrina ha debido hacer un esfuerzo para conceptualizar el tipo en situaciones que incrementan el sometimiento y sufrimiento físico y/o psíquico, la humillación y el vejamen sufridos por la víctima del abuso...*' (David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni - directores- Marco A. Terragni -coordinador-, 'Código Penal

y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial', ed. Hammurabi, Bs. As., 2008, t. 4, pág. 517). En particular, se ha destacado que "'Además de la figura básica, esta forma agravada del art. 119, segundo párrafo del Código Penal requiere que el abuso sexual sea de una duración o llevado a cabo bajo circunstancias tales que impliquen un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima. Por 'duración' se ha entendido que el legislador se ha referido a una excesiva prolongación temporal, que excede el tiempo necesario para llevar a cabo el abuso sexual, lo que represente un peligro mayor para la integridad de la víctima y una mayor afectación de su dignidad y por 'las circunstancias de su realización' a aquellas situaciones en que los actos son intrínsecamente escandalosos, humillantes, peligrosos y de un alto contenido vejatorio' (Código Penal comentado y anotado, Andrés José D'Alessio, Parte Especial, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 169). Y si bien este Sala ya ha comulgado con el criterio que sostiene la dificultad de definir lo que significa la idea de sometimiento 'gravemente ultrajante' (Cfrme. Acuerdo 27/2010, de esta misma Sala), también se comulga en: 'que lo gravemente ultrajante debe medirse en términos objetivos, de modo que no interese la poca o mucha sensibilidad de la víctima, a la hora de medir el ultraje y su gravedad' (aut. y ob. cit. ps. 170/171)..." (R.I. n° 75/2011, "**B., S. E. S/ INFRACCIÓN ART. 119 incs. B y F del C.P.**", rta. el 09/05/2011).

Tomando en cuenta los precedentes de mención, estimo que el agravio no puede prosperar y advierto que la censura expuesta por el litigante no constituye más que una

mera discrepancia con la posición fijada por el Tribunal de Juicio, sin alegar nuevos argumentos que la conmuevan.

Habida cuenta de ello, propicio rechazar el recurso de casación deducido por la querrela y en consecuencia, confirmar la sentencia dictada.

La **Dra. Gladys Mabel Folone** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la primera cuestión.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

III.- A la tercera cuestión el **Dr. Federico Sommer** dijo:

Considero apropiado eximir a los impugnantes del pago de las costas procesales, a fin de garantizar al imputado el derecho al doble conforme reconocido en los Pactos Internacionales, ya que el mismo 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. En lo que respecta a la querrela de autos, resulta admisible tal decisión en función no afectar no afectar el derecho a la tutela judicial efectiva y el pleno ejercicio de los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño. Por ello, encuentro razón suficiente para eximir totalmente al recurrente en esta instancia del pago de las costas procesales (art. 268 segundo párrafo del CPP).

La **Dra. Mabel Folone** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la primera cuestión.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial del Neuquén,

RESUELVE: **I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de los recursos deducidos (arts. 233, 236, 239 y 240 del C.P.P.N.).-

II.- RECHAZAR TODOS LOS AGRAVIOS ESGRIMIDOS POR LOS IMPUGNANTES, confirmando la sentencia en cuando dispone condenar a E. A. G., de demás circunstancias personales ya indicadas, como AUTOR del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL VINCULO previsto en los arts. 119 1er párrafo y 4to párrafo inc. B del código penal, a la pena de TRES AÑOS DE PRISION DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO; por el hecho relatado en los considerandos. Con Costas.-

III.- Dejar constancia que la Dra. Liliana Deiub participó del proceso deliberativo y no suscribe la presente por estar en uso de licencia.-

IV.- Sin costas en esta instancia (art. 268, segundo párrafo C.P.P.N.).-

V.- Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración y notificaciones a los correos electrónicos de las partes y al imputado con copia a su domicilio.-

Gladys Mabel Folone
Juez

Federico Sommer
Juez