

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Sentencia N° sesenta y cinco /2016: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los **veinticinco días del mes de julio del año 2016**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los **Dres. Liliana Beatriz Deiub, Daniel Gustavo Varessio y Héctor Guillermo Rimaro**, presidida por la nombrada en primer término, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación en el caso judicial denominado **"M., M. A. s/Abuso sexual con acceso carnal"**, identificado bajo el **Legajo MPFZA N° 12.432 Año 2014**, seguido contra **M. A. M.**, DNI N°, domiciliado en calle N° de la ciudad de, de demás datos personales obrantes en el legajo.

Intervinieron en la instancia de impugnación la **Dra. Sandra González Taboada**, en representación del Ministerio Público Fiscal, la **Dra. Paula Castro Liptak**, por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente y, el **Dr. Miguel Manso**, en la asistencia técnica oficial del imputado, quien estuvo presente durante la audiencia celebrada a tenor del art. 245 del C.P.P.

ANTECEDENTES:

Por sentencia datada el veintidós de abril del año 2016 el Tribunal de Juicio, integrado por los

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Dres. Mirta Bibiana Ojeda, Leandro Nieves y Raúl Aufranc,

por unanimidad se resolvió, en lo que aquí interesa:

"PRIMERO: DECLARAR a M. A. M., DNI n°

.....,.... como AUTOR material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE en forma reiterada y continuada, en ccso. ideal; en concurso real con ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, un hecho, todo agravado por haber sido cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente, conforme lo previsto y regulado por los Arts. 119 1° y 3° párrafos, 4° párrafo inc. F y último párrafo, 54, 55 y 45 del Código Penal; en perjuicio de la menor D. N.

A. C.".

El día diez de mayo de 2016, como derivación de dicho pronunciamiento, el Tribunal de Juicio integrado por los mismos magistrados pertenecientes al Colegio de Jueces del interior de la provincia, dictó sentencia de individualización de pena, también por unanimidad, la cual en su parte resolutive expresó: "**I.- IMPONER A M. A. M., argentino, titular del DNI N° la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, accesorias legales por el tiempo de la condena y costas del proceso,...** en su carácter ya

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

declarado previamente por sentencia de responsabilidad, de autor penalmente responsable del delito de Abuso Sexual Simple en forma reiterada y continuada, en concurso ideal, ello en concurso real con Abuso Sexual con Acceso Carnal (un hecho) todo agravado por haber sido cometido en perjuicio de una menor de 18 años de edad y aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma (Arts. 119 1º y 3º párrafos, 4º párrafo inc. "f" y último párrafo, 54, 55, 45, 26 y 12 del Código Penal), cometido en la ciudad de Zapala en perjuicio de D. A. C.".

La defensa impugnó la sentencia notificada el diez de mayo de 2016, "juicio por el que se le impusiera la pena de nueve años de prisión", con invocación del art. 242 del C.P.P., conforme los argumentos que más adelante se detallarán.

En función de lo prescripto por el art. 245 del Digesto Adjetivo se convocó a las partes a la audiencia de impugnación que tuvo lugar el día veinticuatro de junio de 2016 en Zapala, ocasión en que las mismas efectuaron las alegaciones pertinentes.

Habiendo sido escuchados los letrados representantes de las partes, así como al imputado, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

(cfr. art. 246 del C.P.P.). Cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo para la determinación del orden de votación, resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Héctor Guillermo Rimaro**, luego la **Dra. Liliana Beatriz Deiub** y, finalmente, el **Dr. Daniel Gustavo Varessio**.

Cuestiones a resolver: I. ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la defensa?; en su caso: II. ¿Qué solución corresponde adoptar?; III: ¿Corresponde la imposición de costas?, en caso afirmativo, ¿A quién?.

VOTACIÓN:

I. A la PRIMERA CUESTIÓN el **Dr. Héctor Guillermo Rimaro**, dijo:

En primer lugar menester es señalar que la defensa hizo expresa alusión, en la audiencia celebrada a tenor del art. 245 del C.P.P., a las razones jurídicas por las que la impugnación deducida correspondía fuera tratada en esta instancia; extremo sobre el cual también había hecho expresa mención en el punto II de su libelo impugnativo.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

La Fiscalía, a su turno, principió su intervención coincidiendo con la admisibilidad formal de la impugnación interpuesta.

Se verifica que el recurso fue presentado en término, por parte legitimada a tal fin, revistiendo los pronunciamientos impugnados carácter definitivo, pues se trata de sentencias que ponen fin al caso judicial. Aquí, cabe realizar algunas precisiones, en función de que la defensa en el escrito recursivo refirió impugnar la decisión que le fue notificada el diez de mayo de 2016 y por la cual se impuso la pena de nueve años de prisión. Teniendo presente los agravios exteriorizados, claramente debe interpretarse que la impugnación no se dirigió solamente a la sentencia de cesura sino a la que dio sustento a su razón de ser. Por ello, al comenzar este párrafo se habló de pluralidad de pronunciamientos, porque si bien el juicio es uno, al arribarse a una declaración de responsabilidad penal, las sentencias necesariamente son dos.

A lo expuesto debe sumarse que en su libelo impugnativo el letrado defensor expresó los motivos del uso de la herramienta procesal escogida (englobados en siete ítems), resultando ser una presentación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

autosuficiente porque, además, se desprende de ella y de lo expuesto en audiencia del art. 245 del C.P.P. cuál es la solución propuesta.

Por las consideraciones efectuadas, soy de opinión que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido (cfr. arts. 227, 233 y 236 del C.P.P.).

La **Dra. Liliana Beatriz Deiub**, expresó: Compartir las razones y definición dadas por el Sr. vocal preopinante a la primera cuestión.

El **Dr. Daniel Gustavo Varessio**, manifestó: Adherir plenamente a los argumentos dados por el Dr. Rimaro, razón por la cual comparto la conclusión a la que arribara.

II. A la SEGUNDA CUESTIÓN el **Dr. Héctor Guillermo Rimaro**, dijo:

A.- En el escrito de impugnación habilitante del contralor pretendido la defensa solicitó, tras la exposición de los motivos de agravio, se declare la nulidad de la sentencia impugnada y la consecuente absolución del acusado. Asimismo, consideró que debía hacerse lugar a la declaración de inconstitucionalidad del art. 196, primer párrafo, del C.P.P. de esta provincia.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Este último planteo -cabe agregar- fue desistido en la audiencia realizada a tenor del art. 245 del C.P.P., razón que deriva en la no exposición de los argumentos vertidos inicialmente a tal fin.

Acerca del resto de los motivos de agravio (seis) es de destacar que los mismos fueron individualizados con letras (desde la "a" hasta la "f"), los cuales se exponen sucintamente a continuación (a mayor abundamiento obra el registro audiovisual) en el orden dado por la defensa.

a) Sostuvo la asistencia letrada de M. A. M. que la sentencia impugnada (se interpreta la declarativa de responsabilidad penal) adolece de falta de descripción de los hechos acreditados, con lo cual se incumple con un requisito esencial de la misma (cfr. art. 194, inc. 2º del C.P.P.). Es necesario que el tribunal fije los hechos que tuvo por acreditados para verificar la adecuación típica y la congruencia entre lo que se acusó y por lo que se condenó. Si se omitió esa fijación fáctica se está entonces ante un pronunciamiento arbitrario y, por ende, nulo.

b) Mencionó la defensa que se ha valorado prueba ilegítima. Esto en relación a la cámara gesell

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

practicada a la menor D. C., toda vez que su realización no fue notificada ni a la defensa ni al acusado. Agregó el impugnante que la puesta en conocimiento vía telefónica al Dr. Pablo Milanese, por entonces con prestación de servicios en el ámbito de la defensa oficial, no satisface el requisito de fehaciente notificación, pues el nombrado no era el titular del organismo y carecía de facultades para la toma de decisiones; sólo podría otorgar tal efecto la notificación a la casilla de correo oficial. Ergo, el acto de cámara gesell es nulo por falta de notificación a la asistencia técnica y al imputado. Sobre este punto -adunó el impugnante- que no puede hacerse depender esa declaración nulificante de la demostración de perjuicio pues, éste, está en la sola omisión de notificar a la defensa y al acusado. La falta de notificación impidió el control del acto y mostrar documentación (en audiencia del art. 245 del C.P.P. especificó la defensa que se trataba de cartas que la niña le envió a M.).

En este punto, se introdujeron otros dos motivos. Uno censurativo de que el tribunal rechace la pretensión defensiva porque no hizo mención alguna de esta circunstancia en ocasión de llevarse a cabo la audiencia de control de la acusación. El otro, circunscripto a que el

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

tribunal cometió un grave error al considerar que la cámara gesell ha sido un anticipo jurisdiccional de prueba, en los términos de los arts. 155 y 156 del C.P.P., cuando no lo fue, en función que se trató de una medida autónoma del Ministerio Fiscal, una prueba anticipada sustanciada en el marco investigativo. Es como si hubiera tomado una declaración el comisario.

c) El tercer motivo de agravio y más relevante es -a juicio del impugnante- la violación del derecho de defensa por elección arbitraria de la prueba de cargo. En este caso, el tribunal reemplazó la prueba de nulificada (pericia de ADN) con los dichos de la menor víctima y los testimonios de su hermano D...., de la Lic. Dina Chávez, del padre de la niña y de la Lic. Hernández (a todos los cuales se los desmerece). Las acusadoras sostuvieron la autoría del abuso sexual con acceso carnal en la prueba científica de ADN, no en la cámara Gesell que si fue tenida en cuenta para el abuso sexual simple. Por lo tanto, la acreditación de la paternidad por otra vía distinta a la prueba científica implica subjetivismo del tribunal que sorprende a la defensa. Es como que el tribunal nos dijera "te hicimos lugar a la nulidad, pero no ganás nada con eso".

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

d) La crítica hacia la sentencia de responsabilidad también, en un primer momento, la hizo extensiva la defensa a un aspecto de la calificación legal. Concretamente, a lo que estimó errónea integración del encuadre típico con el concurso ideal, lo cual implica una contradicción. Este motivo (aludido como punto ocho del libelo recursivo) fue desistido en audiencia.

e) Sobre la calificación legal también se esgrimió error con impacto en la determinación de la pena. Concretamente, el mismo finca en que resulta improcedente considerar la agravante contenida en el art. 119, cuarto párrafo inc. f) del C.P., esto es la minoría de edad (18 años) con aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente, porque ya el tipo básico ha previsto como elemento ser menor de 13 años. En el caso bajo análisis la niña contaba con 12 años de edad, extremo que ya fue contemplado en el tipo básico. Sólo podría ser aplicada la aludida agravante cuando la edad no está contemplada en el tipo penal, con lo cual eso sería factible en supuestos de víctimas comprendidas entre los 16 a 18 años, pues hasta los 13 años hay especial tutela por el tipo del art. 119, primer párrafo del C.P. y, desde los 13 a los 16 es el art. 120 ibidem el que otorga específica protección.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

f) Finalmente, se invocó la violación al principio "ne bis in idem". Este motivo está estrechamente vinculado con el que se acaba de exponer. En efecto, si como sostiene la defensa la agravante del art. 119, cuarto párrafo inc. f) del C.P. ya está contenida en la previsión básica del tipo penal aplicable, se estaría valorando dos veces tal circunstancia en el mismo hecho. No existe excepción a aquel principio -agregó la defensa- en los delitos sexuales, si así fuera el legislador debió expresamente consignarlo.

B.- A su turno, la representante del Ministerio Público Fiscal se ocupó de responder los motivos de agravio de la defensa en el orden en que fueron expuestos.

a) Respecto al planteo sobre la ausencia de relato de los hechos que el tribunal ha tenido por probados disiente con la visión de la defensa porque, claramente, los sentenciantes se abocaron a tratar todo lo relacionado a la materialidad de los hechos y, corolario de esa labor, es que se afirmó la acreditación de la plataforma fáctica de las partes acusadoras. Muestra cabal de esa situación es lo que se desprende del último párrafo que el juez ponente (con el acompañamiento del resto)

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

dedicó a este tópico, siendo leído para mayor ilustración por la representante de la fiscalía. De modo tal, la sentencia no adolece del requisito esencial que el legislador ha previsto en el art. 194, inc. 2º del C.P.P.

b) Acerca del cuestionamiento a la cámara gesell sostuvo la Dra. González Taboada que tampoco debe tener acogida. Fundó su postura en que del legajo informático, al que tuvo acceso la defensa, surge que el día 02 de septiembre de 2014 se mandó mail al Dr. Manso por el cual se le notificaba, entre otros extremos, que el Lic. Pablo Colazzo había fijado audiencia para entrevista con la menor D. C. el día 10 de septiembre, a las 17.00 horas. Cabe destacar que la exponente puso en conocimiento que, ante la negación en el escrito de impugnación de la circunstancia mencionada, solicitó una auditoría a la Dirección de Informática del Poder Judicial, a resultas de la cual se le suministró (en soporte papel) la captura de pantalla. Esa constancia pretendió fuera observada por el tribunal, pero se opuso la defensa con éxito por impertinente en tiempo y modo, razón por la que no se considera la misma a los fines de la presente, más allá que no alcanzó a ser percibida por el tribunal. Ante ello, la Sra. fiscal jefe efectuó relato verbal de su

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

contenido, aclarando que el anoticiamiento fue cursado por la entonces dependiente de ese Ministerio Público, agente Lina Ramos. Prosiguió la fiscalía señalando que el día 10 de septiembre de 2014 (conforme se certificó en el legajo) hubo un llamado telefónico desde ese Ministerio a la defensa, que fue respondido por el Dr. Milanese, funcionario éste que hizo saber que el Dr. Manso (titular de la defensoría) estaba en una reunión, mencionando luego que no iba a asistir a la diligencia de cámara gesell y que se diera inicio a la testimonial.

Amén de lo consignado, la Sra. fiscal mencionó que el 11 de noviembre de 2014 tuvo lugar la audiencia de formulación de cargos, ocasión en la que se mostró todo lo obrado hasta entonces y nada se objetó. El día 20 de marzo del año 2015 se llevó a cabo la audiencia de control de acusación (cfr. art. 168 del C.P.P.), es decir el momento procesal crucial para sanear cualquier vicio. Es la gran facultad que tiene la defensa, pero nada se objetó. Se pregunta la fiscalía si fue ajustada a derecho entonces la declaración de la menor, respondiéndose que sí, que se adoptaron todos los recaudos. "Mandamos un mail, hablamos por teléfono, se cumplimentó el art. 156 del C.P.P.". Si hubiera habido oposición a la diligencia se

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

hubiera solicitado autorización al juez, pero no resultó necesario porque no se registró. No hubo oposición ni observación alguna.

Destaca también la fiscalía que el acto de cámara gesell está previsto para tutelar el interés superior del niño y que los derechos del imputado quedaron preservados con la comunicación efectuada a la defensa. Invoca el Acuerdo N° 81/12 del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén para abonar su postura.

Finalmente, en relación a la presunta documentación de que se vio privado el imputado de presentar, nunca la conocimos en todo el proceso. Sólo la defensa ofreció como prueba el testimonio de un bioquímico.

Consecuentemente, la fiscalía concluyó que este agravio tratado tampoco se verifica y debe ser rechazado.

c) El tercer embate dirigido al decisorio declarativo de responsabilidad penal, esto es el que se identifica con la elección arbitraria de la prueba, argumenta la fiscalía que no es verdad porque no se corresponde con lo realmente acontecido. Alcanza para refutar la apreciación de la defensa con ver los videos de audiencia de los días quince y dieciocho de abril, lo cual

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

deja solicitado. Se desprende claramente de su observación cuáles son las pruebas en que el ministerio público sustentó el pedido de responsabilidad penal. Y que no se valoró sólo el ADN para acreditar la autoría. En esa ocasión el Dr. Jofré (fiscal del caso) aludió a la cámara gesell de D., a las actas de nacimiento, a la acreditada convivencia con M.; se hizo un relato histórico de esa cámara gesell, surgiendo de la misma - entre otras cosas- que no había en la vivienda otra persona masculina mayor de edad que la pareja de la madre de D., que ésta sindicó siempre a "N...." (apelativo de M. M.), que el embarazo se produjo cuando éste la llevó a la pieza. También el Dr. Jofré aludió a la modalidad utilizada por M. para lograr la penetración, sacando a los niños del lugar; asimismo, citó los dichos de D... C... en entrevista de cámara gesell, mencionando entre otras cosas que tenían relaciones cuando se tapaban. Dichos que no lucieron solos sino que contaron con la apoyatura de la Lic. Chávez. Por su parte, el Lic. Colazzo, en relación a las manifestaciones de D., expresó que el relato era verosímil, no advirtiendo signos de fabulación, mendacidad o inducción por terceras personas. El plexo probatorio tenido en cuenta también estuvo conformado por

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

los testimonios de M.... H.... y de la Lic. Avila Chaquires (a quien la víctima le dijo que el bebé era de "N..."). Con todo esto se demuestra que el tribunal de juicio no reemplazó alegremente la prueba de ADN, como sostuvo la defensa. Y los jueces valoraron todo ese bagaje probatorio en conjunto y a la luz de la sana crítica racional, agregando el aporte del padre de la menor víctima. Por todo ello, consideró la fiscalía que este tercer agravio debe ser rechazado.

d) Si bien ingresado en el libelo impugnativo el planteo atingente a una resolución contradictoria conectada con el concurso ideal de delitos, en atención a que no se lo sostuvo en audiencia, fue desistido, la fiscalía nada apuntó sobre el particular.

e) y f): Se engloba estos dos motivos de agravio porque así fueron abordados por la defensa. Sostuvo la representante del ministerio fiscal que hay un serio error en la asimilación de medio comisivo y conducta agravada. El primer párrafo del art. 119 del C.P. habla de los medios comisivos, mientras que el inc. f) del cuarto párrafo de ese artículo es un plus de protección por razón de convivencia. Cita a Edgardo Donna. La agravante obedece a intensificar la sanción por la mayor facilidad del sujeto

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

activo para ejercer la conducta reprochada en virtud de la situación de convivencia preexistente. Esa situación, evidentemente, no era igual a la de cualquier extraño. Por eso se justifica el mayor reproche, lo cual es algo distinto a la previsión de la edad del primer párrafo de la norma. Ergo, no se da ninguna violación al principio del ne bis in idem.

Por todas las consideraciones vertidas, se pidió la confirmación de sendos pronunciamientos en crisis.

C.- Otorgada intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, comenzó por diferenciar que la imputación consta de dos hechos. El primero circunscripto a manoseos a D. C. desde que contaba con diez años de edad y, el segundo, un abuso sexual con acceso carnal que data del mes de noviembre o diciembre del año 2013. Luego destacó la importancia del testimonio de la víctima en cámara gesell para el sostenimiento de la responsabilidad penal. Destacó la funcionaria exponente que la niña dio cuenta de circunstancias en que se producían los hechos abusivos y que, luego de un quiebre que la menor experimentó en la entrevista con la profesional, apuntó que en la oportunidad

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

que "N..." la llevó a la pieza quedó embarazada. D. manifestó que el encartado hacía quedar a los niños en la cocina separada dentro de un solo ambiente y fue ella quien dijo cuándo, cómo y dónde sucedió la penetración y el embarazo. A diferencia de lo que mencionó la defensa, el examen de ADN -afirmó la Dra. Castro Liptak- lo que demostraba era el vínculo de M. con el niño C..., pero nunca fue utilizado para probar la penetración y el acceso sexual infantil.

La sentencia se basta a sí misma, porque ese testimonio de D. C. no estuvo sólo. Encontró respaldo en las intervenciones del Lic. Colazzo, de la Lic. Ávila Chaquires (profesional a la que la niña le confió que "N..." fue el que la penetró y a quien -entre otros importantes aspectos que obran en la videofilmación- apuntó que la niña estaba aplanada emocionalmente y disociada por la maternidad de un hijo no deseado), de la asistente social (quien dio noticia de la situación de promiscuidad existente en la vivienda donde los hechos se registraron, concurriendo a reforzar el cuadro cargoso), de su hermano D..., el cual contó con la validación de la Lic. Chávez. A su vez, el acta de nacimiento probó la maternidad de D. C. del niño C....

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

La plataforma fáctica está sostenida en prueba. En orden al ataque a la cámara gesell, dijo la querellante institucional que surge del legajo que la defensa estuvo notificada y que dejó pasar estadios procesales para efectuar recién en el juicio el planteo de nulidad. Asimismo, nunca la defensa pidió la realización de otra cámara gesell. En la audiencia de control de acusación guardó silencio. La verdad -dijo la funcionaria exponente- que sorprendió la defensa negativa o pasiva. Se abstuvo incluso de exponer su teoría del caso.

Señaló la funcionaria que la víctima con el hecho de su embarazo y alumbramiento quedó disociada, partida. Además, jamás existió una hipótesis diferente.

En cuanto a las nulidades éstas son extemporáneas. La ausencia de buena fe procesal es lo que más llama la atención.

Respecto a la censura a la calificación legal efectuada por la defensa, coincidió plenamente con lo sustentado por la fiscalía.

Consecuentemente, también abogó por la confirmación de las sentencias materia de impugnación.

D.- Haciendo uso del derecho de expedirse en último término, la asistencia técnica de M. dijo,

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

brevemente: 1) que se ha gastado dinero para hacer el ADN para nada, ello debido a que no se adoptaron los recaudos exigidos para realizar las diligencias pertinentes; 2) que en orden a la valoración arbitraria, debe repararse en que la sentencia refiere que desde la defensoría se expresó que el defensor estaba ocupado y que no podía hacerse presente en la entrevista, no como expresó la fiscalía que el mismo no iba a ir. Lo que deben hacer las partes acusadoras es probar si lo que dice Manso no es así, no como la Defensoría de los Derechos del Niño venir a reiterar el juicio y valorar prueba, pues eso no hace al objeto de esta audiencia; 3) la cita jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia local exhibe sólo un criterio, pero no es constitucional porque el imputado debe ser notificado de la cámara gesell; 4) respecto a la ausencia de buena fe invocada no es tal. La defensa no está obligada a alertar sobre determinados vicios si tal actividad encuentra amparo en otra etapa procesal que la mencionada por las acusadoras y, 5) en la misma sintonía, pudo darse el caso que al defensor se le haya pasado en un principio determinada situación o, si la advirtió, pudo ser que por estrategia defensiva no lo planteara; del mismo modo, es aceptable que

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

interpretara que carecía de sentido exponer inicialmente una teoría del caso.

E.- Previa información a las partes que la sentencia de impugnación sería notificada a las partes el primer día hábil de reanudada la actividad normal tras la feria judicial de invierno, se dio por terminada la audiencia.

F.- Refrescadas las argumentaciones vertidas en el libelo impugnativo y en la audiencia del art. 245 del C.P.P., toca ahora brindar respuesta fundada a cada uno de los agravios introducidos por la defensa. En tal sentido, siguiendo su orden expositivo, digo:

a) El primer agravio, esto es el conectado con la argüida violación de la ley procesal al no haber descripto el tribunal de juicio los hechos que tuvo por acreditados (cfr. art. 194 inc. 2 del C.P.P.), será abordado desde un doble plano: el teórico y el real.

Respecto al primer plano de análisis es clara la prescripción de derecho adjetivo citada en cuanto exige, como requisito esencial, que la obra intelectual (sentencia) que el juzgador emite tras la sustanciación del juicio (declarativa de responsabilidad penal o absolutoria) debe contener no sólo la descripción de los hechos que han

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

sido objeto del juicio sino aquellos hechos que el tribunal ha considerado probados. Comprensible recaudo porque un acto de tamaña envergadura debe exhibir, claramente, cómo estaba integrada la plataforma fáctica con que fue habilitada la instancia de juicio y qué de toda esa plataforma (todo, parte o nada) quedó acreditado al finalizar el mismo. Ahora bien, cabe elucidar qué sucede si el tribunal de juicio, en el caso que tras la labor axiológica pertinente concluyera que están probados todos y cada uno de los hechos contenidos en la acusación fiscal (y de la querella, en caso de existir), en lugar de efectuar una descripción de los hechos acreditados efectuara una remisión in totum a los que fueron motivo de sostenimiento de la acusadora (o acusadoras, sin que hubiera discordancia entre las mismas). ¿Se trata de una nulidad por incumplimiento de un requisito esencial o no?.

La respuesta negativa se impone. Lo contrario sería adscribir a un criterio de excesivo rigor formal. Ello así porque si bien sería cierto que los sentenciantes no habrían procedido con plena sujeción a lo que expresa el art. 194 inc. 2º del ritual, no sería menos veraz que una remisión como la hipotizada deja en claro la afirmación que se tiene por probados todos y cada uno de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

los hechos contenidos en la acusación. Con lo cual, es perfectamente posible saber de cuáles se trata y, por consiguiente, al resultar factible el debido conocimiento y contralor el derecho a la defensa en juicio estaría absolutamente a resguardo.

Indudablemente no se trataría de una situación deseable, la esperada y prescripta nada menos que por el creador de la ley, pero tolerable desde una perspectiva constitucional. Amén de lo expuesto, menester es recordar que la declaración de nulidad absoluta reconoce como presupuesto no sólo la transgresión a lo que manda o prohíbe una norma sino que a ello debe adunársele el perjuicio que esa situación provoca. Ante la ausencia de perjuicio la declaración de nulidad sólo obedecería a mero interés en el cumplimiento a rajatabla del derecho positivo.

Ante idéntico planteo realizado por la misma asistencia técnica, el Tribunal de Impugnación en "H., D. D. s/Abuso sexual" (sentencia N° 45/16, Leg. MPFZA N° 13723/14) expresó (text.) que "Si bien esta enunciación de la sentencia pone de relevancia una deficiencia técnica en la redacción de dicha pieza, toda vez que sería conveniente que el Magistrado enuncie

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

personalmente cuáles hechos considera acreditados y refiera a los elementos probatorios que sostienen esa descripción fáctica, la situación en análisis no acarrea la nulidad invocada por la defensa, atendiendo a la remisión a la teoría del caso de la fiscalía que se dio por probada y a la mención sobre los testigos que la sostienen...".

Acerca del plano analítico real, por contraposición al teórico aludido, no es otro que el que se vincula con la concreta situación registrada en el presente caso. Ello conduce necesariamente a abreviar en el contenido de la pieza procesal declarativa de la responsabilidad penal de M.. Esa labor arroja, sin ambages, que se ha dado cabal cumplimiento a lo que exige la ley; es decir, que no sólo se describieron los hechos objeto del juicio sino los que el tribunal de juicio tuvo por acreditados. ¿Qué otra cosa cabe concluir de lo expresado en el último párrafo por el Sr. vocal preopinante cuando analizó la materialidad de los hechos?. Para aventar todo atisbo de duda me permito transcribir lo que sobre el punto se manifestó: "Así las cosas, la plataforma fáctica debidamente acreditada en las audiencias ha sido que entre fechas no determinadas, pero comprendidas durante los años 2012 y 2013 M. A. M. (cuya autoría y

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

participación trataremos a continuación) en forma reiterada y aprovechando la convivencia preexistente, en la vivienda ubicada en N° de, para satisfacer sus deseos libidinosos, abusó sexualmente a la niña D. N. A. C., quien contaba con doce años de edad, y es hija de su entonces pareja E... I... L...., mediante tocamientos en su cuerpo, metiéndose en su cama y tocándole los pechos y la cola. Asimismo, sin poder precisar fecha exacta, pero ubicada durante el mes de Noviembre y Diciembre del año 2013, M. A. M. llevó a D. N. A. C. al dormitorio de la vivienda citada que compartían, mientras sus hermanos estaban mirando televisión en la cocina de la vivienda, le sacó la ropa, le dijo que se acueste, comenzó a tocarla y la accedió carnalmente vía vaginal. Como consecuencia de este acto la menor quedó embarazada y dio a luz el día 31/08/14 a su hijo C... C...".

Queda claro entonces que, en este caso, no hubo remisión alguna a lo que sostuvieron las acusadoras en sus plataformas fácticas y sí, por el contrario, descripción con ajuste al art. 194 inc. 2º del C.P.P. y plena coincidencia con aquellas, con lo cual tampoco es de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

recibo cualquier especulación sobre una posible conculcación del principio de congruencia.

Por las razones entregadas, este primer agravio debe ser rechazado.

b) Corresponde ahora pronunciamiento respecto a la validez o invalidez de la diligencia de cámara gesell. Se enrola la defensa en esta última alternativa sobre la afirmación de una notificación irregular e ineficaz de la asistencia técnica y ausencia absoluta de la misma respecto a su pupilo.

Está fuera de toda controversia, porque no se escuchó oposición al respecto, que el referido acto judicial se llevó a cabo el día 10 de septiembre de 2014 y que, en esa fecha, la fiscalía cursó notificación telefónica del mismo a la defensa en la persona del Dr. Pablo Milanese, por entonces funcionario de ese ministerio público. También lo está que el nombrado hizo saber que el titular de la defensoría, Dr. Manso, se encontraba en una reunión y que no podía asistir.

Ahora bien, a la fecha de recepción de notificación y respuesta dada, el Dr. Milanese integraba el Ministerio Público de la Defensa (cfr. art. 15 de la Ley Orgánica N° 2.892) y tan cierto es ello como que regía su

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

actuar y el de todo el Ministerio de la Defensa el principio de "unidad de actuación". En efecto, conforme el mismo, "Cada uno de los componentes del Ministerio Público de la Defensa, de acuerdo a la especificidad de sus funciones, responde al principio de unidad de actuación y cuando actúa representa al Ministerio en su indivisibilidad" (art. 5° inc. b. de la Ley N° 2.892). No se pretende que el referido funcionario supliera al Dr. Manso en la diligencia de cámara gesell (ni nadie lo ha planteado), pero que como tal, letrado funcionario de un Ministerio regido por la unidad de actuación, no pueda receptor y transmitir una notificación no parece condecirse con la letra y el espíritu del legislador. Conteste con ello, el art. 14 de la referida ley prescribe que la organización del Ministerio Público de la Defensa se sustenta, entre otros principios, en la flexibilidad (no hay una estructura rígida) y trabajo en equipo. Por si cupiera alguna duda, refuerza la idea el último párrafo de la citada norma cuando expresa que "cada uno" de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa "debe colaborar" solidariamente con los otros integrantes del Ministerio respecto de la tarea, "información" y en todo aquello que conlleve a un mejor desempeño del servicio. En

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

consecuencia, conteste con ello y con la desformalización de procedimientos que caracteriza al régimen procesal penal vigente desde los albores del año 2014, luce posible, aceptable y sobre todo legal que una notificación como la cursada por la fiscalía y recibida en el ámbito de la defensa produzca los efectos propios, tal como otrora sucedía con anoticiamientos en soporte papel, sin perjuicio que se cursen anoticiamientos a la casilla de correos asignada.

Y aquí cabe hacer un alto para procurar echar luz sobre la concreta situación suscitada en el presente caso. La defensa, recién en las postrimerías del juicio (en ocasión de la alegación final, más precisamente) introdujo un planteo de nulidad basado en que nunca fue notificada ella ni M. de la realización de cámara gesell. Justifica la temporaneidad del planteo en una cuestión estratégica. Sin espacio para duda alguna no cabe menos que ser respetuoso de las decisiones estratégicas que adopte dentro del marco legal la defensa, pública o privada, en pos de la tutela del interés de los justiciables. Ahora bien, ejercida la actividad dentro de un contexto denominado proceso, las decisiones de actuación deben ajustarse al conjunto de reglas que lo rigen y, antes

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

bien, a los principios liminares en que se sustenta (entre ellos, contradicción y buena fe). Bajo estas premisas básicas el legislador ha previsto una audiencia de singular trascendencia, la de control de acusación (art. 168 del C.P.P.), acto procesal para el que ha consignado, expresamente, un abanico de alternativas que puede hacer valer la defensa (cuarto párrafo de la norma citada); entre ellas, solicitar el saneamiento o la declaración de invalidez de un acto. En este caso, no se hizo lo uno ni lo otro, pese a tenerse conocimiento del argüido déficit de notificación. Si le asistiera razón, en consonancia con el espíritu que gobierna lo que el legislador ha dado llamar actividad procesal defectuosa, pudo sanearse el defecto renovándose el acto (opción excepcional, claro, pero posible) a su solicitud (cfr. art. 96, primer párrafo del C.P.P.). Y, menester es aclarar también para aventar cualquier tipo de suspicacia, que el mentado saneamiento del supuesto vicio corresponde también para hipótesis de violación de garantías, tal como lo prevé el artículo citado en su segundo párrafo.

En otros términos, la defensa pudo en ese tiempo corregir el supuesto desvío legal echando mano a la figura del saneamiento o, bien, pretender la exclusión en

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

ese estadio de la cámara gesell por tachársela, como afirma, de prueba inválida. Y si su pretensión, cualquiera de las dos, no hubiera tenido el éxito esperado, pudo hacer la reserva correspondiente para, justamente en esta instancia de impugnación, analizarse el punto (cfr. art. 172, último párrafo del C.P.P.). Como queda dicho, no se efectuó ningún planteo en ocasión de celebrarse la audiencia de control de acusación, prescripta por el creador de la ley "para debatir y resolver las cuestiones propias de esta etapa". ¿Por qué?, según nos ilustra la defensa en sus palabras finales que porque pudo habersele pasado en principio al defensor (situación que claramente no se da en el presente porque se admite la receptación de la comunicación al Dr. Milanese) o por una cuestión estratégica. Respetable por cierto el ahínco que el distinguido defensor exterioriza en el ejercicio de su función, como lo es -reitero- que debe serlo también las estrategias que dentro del marco legal y de su competencia trace, más eso no empece a que se inscriba disenso en atención a las pautas de actuación fijadas por el ordenamiento procesal penal vigente y los principios que lo rigen.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

En efecto, es la audiencia del art. 168 del C.P.P. el acto jurisdiccional que opera como una suerte de filtro para depurar al proceso de todas las "impurezas" que pudiera haber colectado desde su inicio y así posibilitarse la realización del juicio, esto es la etapa prevista para resolverse el caso con el material probatorio controlado del que las partes se valdrán. Pero no sólo esa virtud exhibe esta audiencia. Destaco que se trata de una suerte de caja de resonancia en la que el principio contradictorio pasa a ocupar un rol estelar, concluyéndose con una plataforma en la que quedan fijados hechos, definidas pruebas a producirse en juicio (salvo las convenciones probatorias y las obtenidas como anticipo jurisdiccional) y calificación legal (la que sólo podría mutar en beneficio del imputado, cfr. art. 196, primer párrafo del C.P.P.). Las partes, en definitiva, considerarán de buena fe, en lo que a pruebas atañe, que podrán valerse de todas aquellas que hayan superado el cedazo o tamiz que implica la actividad prevista en la regulación de la etapa intermedia del proceso.

El repaso de estos presupuestos básicos fue estimado necesario para determinar qué implica la decisión estratégica de plantear una nulidad al final de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

juicio, esto es por fuera del momento procesal predispuesto por la norma. Implica, ni más ni menos, socavar pilares básicos del sostenimiento del sistema. La intempestiva pretensión ha provocado sustraer la cuestión del marco en que pudo plasmarse el contradictorio e impedido toda posibilidad de saneamiento del acto (como lo pretende el legislador) si era factible. Más aún, en la audiencia de impugnación la defensa plantea expresa oposición (lícita, por cierto) a que la fiscalía pueda exhibir alguna constancia que pudiera contribuir a elucidar la cuestión. Entonces tenemos que, cabalgando sobre una cuestión estratégica, podría sustraerse del conocimiento oportuno a partes y jurisdicción de un supuesto vicio (déficit en la notificación de un acto), planteárselo recién en el juicio cuando ya la contraparte no pueda controvertirlo seriamente, oponerse a toda posibilidad de contradicción en la audiencia de impugnación (justamente aquella en que debió ventilarse la cuestión fruto de reserva oportuna tras el planteo temporáneo en ocasión del control de acusación) y, en base a este sui generis actuar, arribarse a la exclusión de una prueba que "incomoda" al interés de su representado.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

No puede ser así. Repárese que el camino escogido por la defensa proyectaría a declaraciones de nulidad o invalidez por la mera invocación de circunstancias, sobre presupuestos carentes de certeza, toda vez que no se habría posibilitado a las acusadoras una verdadera contradicción. Bastaría con invocar de manera intempestiva, sorpresiva, un supuesto vicio conocido de antaño, para extirpar del proceso prueba que ya superó, sin cuestionamiento alguno, la etapa propia, reglada, de contralor. El respeto a la elección de una estrategia dentro del ámbito funcional no puede llevar al irrespeto de pasos legales expresamente previstos por el legislador, a reglas claras que han sido prescriptas con alcance a todas las partes, a la contradicción, a las buenas prácticas de litigación y, en definitiva, a la igualdad de armas y la seguridad jurídica.

Lo expuesto es robustecido por otra circunstancia importante que no se puede soslayar. Concretamente, en este punto aludo a la emisión del mail del día 02 de septiembre de 2014 a la defensa. En este sentido no cabe considerar el documento que la fiscalía pretendió incorporar en audiencia del art. 245 del C.P.P. porque, habiendo mediado expresa oposición de la defensa,

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

no se lo permitió. Sin perjuicio de ello, inmediatamente la Sra. fiscal dijo que expondría su contenido, certificado en el legajo. Ese anticipo lo llevó a cabo llamativamente sin oposición de la defensa. Y, más aún, ingresada en ese contexto la información, cabe decir que no fue materia de embate alguno cuando la parte impugnante hizo uso del derecho de pronunciarse en último término; en esa ocasión se manifestaron una serie de apreciaciones, pero ninguna destinada a desmerecer el contenido oralizado de ese mail que daba cuenta del anoticiamiento de la defensa con suficiente antelación de la entrevista en cámara gesell de la menor D. C..

Las razones expuestas direccionan al rechazo del agravio en trato. No obstante, en pos de otorgar responde a todos los planteos serios articulados, resta por referir a la ausencia de notificación del imputado y su alcance en orden a la invocada imposibilidad de aportar prueba documental y, desde otro ángulo, a la consideración de la diligencia de cámara gesell como anticipo jurisdiccional de prueba en el caso concreto.

Acerca de la ausencia de notificación del imputado, extremo admitido por las acusadoras, es una lamentable omisión, pues debe otorgarse en todo momento la

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

posibilidad de anoticiamiento e intervención personal de la persona imputada. Sin embargo, más allá que la situación registrada dista de la ideal, no acarrea declaración de invalidación alguna. No está prevista y -como queda dicho- pudo sanearse el acto, renovándolo, si ese hubiera sido el interés de la defensa. La fiscalía ha traído a colación, acertadamente, porque se comparte, lo resuelto en esa línea por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén en Acuerdo N° 81/2012 (in re "Ñ, J. S. s/Abuso sexual simple", expte. N° 02/2012). Debiéndose destacar que si ese criterio fue adoptado en plena vigencia del régimen procesal anterior, cuanto más atinado es seguir abrazando esa posición teniendo en consideración las directrices de procedimiento que entrega el actual Digesto Adjetivo en orden a la llamada actividad procesal defectuosa. Si pudo solicitarse el saneamiento del argüido vicio con la realización excepcional de una nueva cámara gesell (no emerge de lo actuado ninguna contraindicación al respecto), mal puede expresarse sobre que se privó la parte de ingresar en ese acto documentación (que, por otro lado, recién fue mencionada con algún grado de precisión en la audiencia de impugnación; antes, en ocasión de la audiencia del art. 168

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

del C.P.P. nada se mencionó y luego, en el alegato final en el juicio, se habló de documentación en forma genérica).

Finalmente, la mención en la sentencia de que se han cumplido las previsiones de los arts. 155 y 156 del C.P.P. lleva lógicamente a considerar a la cámara gesell como anticipo jurisdiccional de prueba y, conforme a la información recabada, el mentado acto no se produjo bajo tal modalidad. Se trata de una mención errónea (a error aludió la defensa en su exposición) que cabe ser aclarada, pero que no conlleva mayor consecuencia. No habiendo recepcionado la fiscalía manifestación de oposición de la defensa a la realización del acto, siquiera un pedido de prórroga, se lo materializó en el marco de facultades investigativas propias del Ministerio Público Fiscal. Ergo, lejos, muy lejos, de ser equiparable a una declaración en sede policial (ante un comisario, a estar a los dichos del Sr. defensor). En virtud de la comprensible anuencia tácita de la defensa no resultó necesario cursar solicitud para obtener la venia jurisdiccional para la materialización del acto, con lo cual mal puede rotularse a la diligencia en trato como de anticipo jurisdiccional.

Corolario de todo lo expuesto, una vez más digo debe rechazarse el presente agravio por reputarse

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

plenamente válida la diligencia de cámara gesell de la menor D. C..

c) La elección arbitraria de la prueba de cargo es el motivo de agravio siguiente que la defensa ha enunciado respecto de la sentencia declarativa de responsabilidad penal. Dicha situación se registraría por reemplazar la prueba de cargo nulificada (operación técnica de ADN) con los dichos de la menor víctima y los testimonios de su hermano D...., de la Lic. Dina Chávez, del padre de la niña y de la Lic. Hernández. Las acusadoras -según la postura de la asistencia técnica del imputado- sostuvieron la autoría del abuso sexual con acceso carnal en la prueba científica de ADN, no en la cámara Gesell que si fue tomada en cuenta para el abuso sexual simple. Por lo tanto, la acreditación de la paternidad por otra vía distinta a la prueba científica implica subjetivismo del tribunal que sorprende a la defensa.

La censura de la parte impugnante proyecta a percibir el registro audiovisual de la audiencia de control de acusación llevada a cabo con fecha 20 de marzo del año 2015. Así se advierte que la fiscalía efectuó la descripción de los dos hechos de cargo (del mismo modo que fueron expuestos en la etapa de juicio y receptados en

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

la aludida sentencia), propició una calificación legal provisional y se expidió sobre las evidencias de las que pretendía valerse en juicio. Cabe destacar que la querrela institucional (Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente) adhirió en todos sus aspectos (excepto, al igual que la defensa, a la incorporación como convención probatoria de la prueba científica de ADN). Más allá de ello, en función de la crítica ensayada, reviste particular interés desentrañar qué aconteció o, mejor dicho, cómo fue ofrecida la prueba de cargo. En este sentido surge diáfano que la fiscalía principió el abordaje de este punto refiriéndose a la prueba con la que iba a sostener la acusación en juicio, es decir con las que iba a sostener la materialidad, autoría y calificación en relación a sendos hechos porque, huelga aclarar, ambos resultaron comprendidos en la acusación. Aludió entonces a la historia clínica de la menor D. C. (aspecto que sobre el final de la audiencia mereció aclaración de las acusadoras), informe de ADN, actas de nacimiento de D. C., de su hermano D... A... C... y de nacimiento del niño C.... C... (hijo de D.), testimonios en cámara gesell de D. C. y de su hermano D... A... C...., sumado a los testimonios de los licenciados Pablo Colazzo y

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Dina Chávez. Vale decir entonces que el informe de ADN fue ofrecido dentro de ese universo probatorio como un elemento de juicio más para acreditar los hechos de la acusación. La mención que a su respecto hizo el Dr. Jofré (fiscal del caso) acerca de que ese elemento se refiere al vínculo parental del niño con el imputado no implica, como lo interpreta la defensa, que exclusivamente con ese medio se comprometió la fiscalía (y la querrela institucional por su adhesión) a acreditar la paternidad del encartado respecto al hijo de D. (C...). Ha sido indudablemente una mención aclaratoria, nada más. Evidentemente la introducción de esa prueba de tenor científico apuntaba a la acreditación del mencionado extremo, empero analizado el contexto no puede adjudicarse a dicha aclaración el efecto de inhabilitar por ineptas a otras evidencias admitidas para acreditar, en definitiva, el abuso sexual con acceso carnal de M. a D..

Por ejemplo, en tal sentido, resulta de interés tener presente que las acusadoras, en esa audiencia, pusieron el acento en la importancia de la admisión de la historia clínica de D. C. para sostener el embarazo (conforme lo expresara el fiscal) o para que sirviera de soporte a la testimonial de la Lic.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Peucón en relación a situaciones de abuso a las que había hecho alusión D. cuando fue asistida en el nosocomio local (según lo mencionara la Dra. Castro Liptak). Estas citas demuestran que las partes acusadoras no hicieron depender exclusivamente de la operación técnica de ADN lo referido al embarazo producto de la situación de abuso. Pero, más allá de ello, reitérase que el ofrecimiento de la labor técnica en trato y sus conclusiones se realizó junto con la cita de otros medios acreditativos para "probar lo que va a sostener la acusación en juicio".

En las audiencias de debate las partes acusadoras apoyaron su petición de declaración de responsabilidad, por sendos hechos de cargo, en función de la ponderación integral y armónica de las pruebas admitidas para la etapa. La operación técnica de ADN fue contributiva, sin lugar a dudas, al intento de acreditación del hecho de abuso sexual con acceso carnal. Pero, como queda dicho, más allá de su importancia, la declaración de nulidad a su respecto no dejó vacío el espacio de acumulación de pruebas de cargo.

Eso fue lo correctamente interpretado por el tribunal de juicio al expedirse afirmando materialidad y autoría de M. M.. No reemplazó indebidamente una

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

prueba por otra u otras, especialmente con el testimonio de cámara gesell de la menor D.. Simplemente efectuó su conclusión en virtud de realizar una ponderación completa, en conjunto, de la información emergente de otros medios de prueba. Que la pericia de ADN reviste "prima facie" singular trascendencia en orden a probar o desvirtuar presunciones de vínculos sanguíneos es innegable, pero se yerra en considerarla en el ámbito penal prueba exclusiva y excluyente sin la cual no podría acreditarse el abuso sexual con acceso carnal.

En el presente caso existen suficientes elementos de juicio que, razonablemente, despojados de subjetivismo, determinaron que el tribunal a-quo se pronunciara del modo que lo hizo. Sin lugar a dudas sumamente relevante es el testimonio de D. vertido en cámara gesell, el cual fue correctamente valorado en la sentencia, encontrando además fuerte respaldo incriminante con el aporte que a su respecto efectuara el Lic. Pablo Colazzo. Otro trascendente medio probatorio es el testimonio de la Lic. Ávila Chaquires, profesional que se entrevistara con D. en una suma de ocasiones y un segmento temporal más que significativos (alrededor de veinte veces por espacio de un año y medio,

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

estimativamente); es precisamente a ella que D. le comentó que el papá de su bebé era "N...." (M. M.).

La merituación basada en la sana crítica racional no pudo obviar lo atestiguado por el hermano de D., D..., a quien se procuró desmerecer por su retraso madurativo. Sin embargo el tribunal a-quo no encontró a esa situación como impeditiva para la adquisición de información valiosa; la valoró no sólo tomando como verosímil el relato de las circunstancias en que D... dijo haber visto, espiando (conducta posible porque los niños se encontraban mirando televisión en el ambiente de escasas dimensiones precariamente dividido por un mueble), cuando M. estaba en la cama encima de su hermana mayor, sino merituando el aporte que surge del testimonio de la profesional que entrevistó a D..., la Lic. Dina Chávez; es decir, no se dio crédito a lo que D... dijo sólo por sus dichos, por más que lucían verosímiles (repárese que haber visto por haber espiado se presenta como conducta posible porque los niños se encontraban en el ambiente de escasas dimensiones, contiguo, precariamente dividido por un mueble). Por si fuera poco, también el a-quo valoró que el papá de D., P... A... C..., atestiguó que su hija le comentó que el papá de C... era M. M.. La

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

situación de hacinamiento y promiscuidad en la vivienda de ocurrencia de los hechos, desprendidas del testimonio de la Lic. Marianela Hernández, también fue correctamente sopesada en la sentencia en crisis como un indicio contributivo a robustecer la idea de compromiso delictual del causante.

Este ligero racconto efectuado de la prueba ponderada por el tribunal de juicio lleva como propósito demostrar que no asiste razón al letrado impugnante cuando alude a un indebido "reemplazo" de una prueba científica nulificada. Se advierte que en el presente caso, simplemente se extirpó una prueba que se consideró inválida para producir efectos jurídicos (sobre lo que no cabe hacer ningún juicio al respecto) y se ponderó correctamente en la sentencia declarativa de responsabilidad penal la información adquirida a través de los medios probatorios ofrecidos y aceptados en ocasión de celebrarse la audiencia de control de acusación. Información de calidad no sólo en lo atinente a la acreditación de la materialidad de los hechos abarcativos de las acusaciones, sino a la adquisición de certeza respecto a la autoría de los mismos por parte de M. A. M.. Si puede llegar a fundarse ambos extremos en

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

casos de abuso sexual con acceso carnal en que no ha existido embarazo, por qué no podría serlo en el presente aunque un elemento de juicio de reconocida importancia haya sido declarado inválido para producir efectos jurídicos.

Por otra parte, no puede pasar desapercibido que, en caso de que fuera desoída su pretensión nulificatoria, la defensa apuntó con su censura hacia el testimonio de la menor en cuanto a su fiabilidad como elemento de juicio cargoso en relación al abuso con acceso carnal, pero no así en orden a los rotulados abusos sexuales simples. En este sentido, repárese que las impresiones sustentadas en juicios profesionales de los Lic. Colazzo y Ávila Chaquires (vbgr. en relación a verosimilitud, no fabulación, no mendacidad, no inducción por terceras personas) abarcan las manifestaciones de la menor respecto de todos sus padecimientos de índole sexual, desde las situaciones abusivas simples hasta la última y más gravosa. Ergo, el aporte de D. goza de todas esas cualidades tanto para aquellos episodios reiterados como para aquel signado por la penetración que derivó en el embarazo y nacimiento del bebé C....

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Es en virtud de las consideraciones vertidas que tampoco este motivo de agravio debe ser admitido.

d) Ante el expreso desistimiento formulado en audiencia de impugnación, resulta improcedente que este tribunal de impugnación se refiera sobre el particular (cfr. art. 229 del C.P.P.).

e) y **f)** Resultando íntimamente conectados los planteos relacionados con la aplicación de la agravante prevista por el art. 119, cuarto párrafo, inc. f) del C.P. y la invocada violación del principio del ne bis in idem, se les dará trato en este mismo ítem.

A M. A. M. se lo declaró autor material y penalmente responsable -en lo que a este punto interesa- del delito de Abuso sexual simple... en concurso real con Abuso sexual con acceso carnal... todo agravado por haber sido cometido contra una persona menor de dieciocho años de edad aprovechándose de la situación de convivencia preexistente.

Lleva razón la fiscalía cuando distingue qué ha tenido en mira el legislador nacional para tener por configurado el delito de abuso sexual y, por otra parte,

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

qué para intensificar la respuesta punitiva estatal hacia la misma conducta típica.

En efecto, en la figura básica del art. 119, primer párrafo del C.P. se han contemplado una serie de conductas lesivas del bien jurídico integridad sexual (entre ellas el abuso realizado a una persona -cualquiera sea su sexo- menor de trece años de edad), caracterizadas todas por la ausencia de consentimiento jurídicamente válido. En el específico supuesto citado la ley presume, sin admitir prueba en contrario (de modo juris et de iure), que un menor de trece años, por su inmadurez, no está en condiciones de comprender suficientemente el sentido del acto de connotación sexual; se trate éste de un mero tocamiento, de las modalidades del llamado abuso sexual gravemente ultrajante o cuando se haya registrado acceso carnal. En definitiva, la tipificación responde a la necesidad de otorgar tutela cuando el sujeto pasivo de los actos de naturaleza sexual no está en condiciones de asentir libremente, por su falta de capacidad de comprensión, el acto practicado en su cuerpo o en el del agresor (vbgr. casos de fellatio in ore). Obviamente que la sanción va in crescendo cuando más intenso es el ataque sexual.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Ahora bien, sabido es que cualquiera sea la ofensa al bien jurídico protegido (conductas atrapadas en el primero, segundo o tercer párrafo del art. 119 del C.P.), el creador de la ley sustantiva ha interpretado con buen tino que debe agravarse aún más la sanción cuando, en casos que las víctimas fueran menores de dieciocho años, hubiera habido de parte del autor aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente. Y digo con buen tino, porque no es igual o asimilable una situación como esa que la concretada por un sujeto activo que no viva con la víctima. En el primer supuesto, se ha considerado mayor grado de injusto -que debe traducirse al tiempo de ejercerse dosimetría penal- el valerse o aprovecharse de esa situación de hecho que permite el acercamiento entre victimario y víctima en un espacio físico. Espacio o lugar propicio para la consumación de la agresión porque las miradas de terceros ajenos al ámbito familiar no pueden llegar y porque, como generalmente ocurre (este caso es una muestra más), la incomodidad de presencia de niños residentes puede ser fácilmente neutralizada, aunque a veces el autor no lo logre por una circunstancia azarosa o por la picardía o curiosidad de los que se intentó "correr"

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

del escenario principal (como sucedió en este caso con el "osado" D...).

Son fundamentos punitivos que obedecen a distintos presupuestos y que, indudablemente, pueden concurrir o conjugarse en un mismo caso sin que se afecte el principio de prohibición de doble imposición por el mismo hecho. Justamente el hecho o razón de ser de la previsión legal del art. 119, primer párrafo, no se superpone, sino que haya complemento, se refuerza, con la hipótesis contemplada en el cuarto párrafo de ese artículo, la cual por una circunstancia especial atendible intensifica la reacción estatal mínima prevista en la figura básica.

Esta misma causal agravatoria se encuentra presente en el art. 120 del C.P., norma que prevé conductas lesivas a la integridad sexual de persona menor de dieciséis años.

Como queda dicho, la ratio de la agravante por aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente luce independiente de aquella que ha llevado a sancionar conductas llevadas a cabo con personas incapaces de prestar un consentimiento válido o que lo hayan dado ante un mayor de edad que se aprovechó de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

su inmadurez o inexperiencia, como en el caso del art. 120 del C.P. Por lo tanto, no lleva razón el impugnante en que sólo encontraría campo de aplicación la agravante en trato en la franja etaria comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años de la víctima porque -según su criterio- lo que hace a la franja de cero a trece y de trece a dieciséis ya estarían alcanzadas por las prescripciones de los arts. 119 y 120 del C.P.

Las consideraciones vertidas hasta aquí también llevan a concluir que no debe hacerse lugar a estos dos motivos de agravio que fueron tratados conjuntamente.

G.- Teniendo presente todas las definiciones que merecieron los planteamientos vertidos en la impugnación, la solución que en consecuencia corresponde adoptar es la confirmación en todos sus términos de la sentencia declarativa de responsabilidad penal de M. A. M. y la de individualización de la pena que se le impusiera.

La **Dra. Liliana Beatriz Deiub**, manifestó:
Por compartir los fundamentos entregados en el voto precedente, me expido en el mismo sentido.

El **Dr. Daniel Gustavo Varessio**, expresó:
Coincidir con las razones vertidas en el tratamiento de los

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

agravios introducidos por la defensa impugnante, motivo por el cual adhiero a la resolución propuesta.

III. Resta por definir la **TERCERA CUESTIÓN** planteada.

El **Dr. Héctor Rimaro**, dijo:

En este sentido gobierna el principio general que las costas deben ser impuestas a la parte vencida. Sin embargo, soy de opinión que corresponde apartarse del mismo por encontrar razón suficiente para eximir a la defensa. Ello en función que lo contrario implicaría dificultar, incluso hasta impedir en muchos casos, el derecho del justiciable a que se controlen decisiones que le son evidentemente perjudiciales, siempre que haya efectuado planteos enmarcados en cánones de razonabilidad; lo que se percibe en el presente (cfr. art. 268, segundo párrafo del C.P.P.).

La **Dra. Liliana Beatriz Deiub**, expresó:
Adherir a las razones y solución propuesta en el voto precedente.

El **Dr. Daniel Gustavo Varessio**, manifestó: Coincidir plenamente con la postura asumida en esta cuarta cuestión por el Dr. Rimaro.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Conteste con todas las razones entregadas en esta pieza procesal, el Tribunal de Impugnación por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR la **ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por la defensa de M. A. M. contra la sentencia declarativa de su responsabilidad penal y la de imposición punitiva (arts. 227, 233 y 236 del C.P.P.).-

II.- NO HACER LUGAR a la impugnación interpuesta por la defensa y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia que condena a **M. A. M.**, DNI N°, de demás circunstancias personales obrantes en el legajo, como autor material y penalmente responsable del delito de **Abuso sexual simple en forma reiterada y continuada, en concurso ideal, ello en concurso real con Abuso sexual con acceso carnal, un hecho, todo agravado por haber sido cometido en perjuicio de una menor de dieciocho años de edad y aprovechando la situación de convivencia preexistente** (arts. 119, 1er. y 3er. párrafos, 4to. párrafo inc. "f" y último párrafo, 54, 55 y 45 del C.P.), acaecidos en perjuicio de D. N. A. C., y **CONFIRMAR** la sentencia de cesura que impuso a **M. A. M.**,

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

por los hechos delictivos en que versó la declaración de responsabilidad penal, la **PENA de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, accesorias legales por el tiempo de la condena y costas del proceso** (arts. 12 del C.P., y 268 y ccds. del C.P.P.).

III.- Regístrese y notifíquese por medio de la Oficina Judicial. Firme que sea, líbrense las comunicaciones de rigor. Cumplido, archívese.

Dr. Héctor Rimaro

Juez

Dr. Daniel Varessio

Juez

Dra. Liliana Deiub

Juez

Reg. Sentencia N° 65 T° V Fs. 987/1012 Año 2016.-