

SENTENCIA N° ciento treinta y ocho /2016.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, **a los veintiséis días del mes de diciembre de dos mil dieciséis,** se constituye el Tribunal de Impugnación conformado por los Sres. Jueces, **Dres. Richard Trinchero, Héctor Rimaro y Alejandro Cabral,** presidiendo la audiencia el nombrado en primer término, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el presente **Legajo MPFZA N° 16.274/16,** caratulado como **"N., F. s/ABUSO SEXUAL AGRAVADO"**, seguido contra F. N., DNI n°, domiciliado en calle N° de la ciudad de

La audiencia prevista por el art. 245 del CPP se llevó a cabo el día 12 de diciembre de 2016 e intervinieron por la Defensa del imputado, la Dra. Natalia Godoy; por la Fiscalía, la Dra. Laura Pizzipaulo; y, por la Defensoría del Niño y del Adolescente, la Dra. Natalia Díaz. También se encontraba presente el imputado, F. N..

ANTECEDENTES:

I) Por sentencia dictada el día 24 de agosto de 2016, del registro de la Oficina Judicial Penal de la

Tercera Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Zapala, el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Bibiana Ojeda, Gustavo Ravizzoli y Beatriz Martínez, resolvieron "DECLARAR a **F. N.**, DNI n°

.....,.... como autor material y penalmente responsable del delito de **ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR SU CONDICIÓN DE ASCENDIENTE** (artículos 45 y 119, primer y quinto párrafo en función del cuarto párrafo inc. b) del Código Penal), ello por el hecho que fuera objeto de acusación, ocurrido en fecha 15 de julio de 2015, en perjuicio de Y.

E. N. Ñ.", imponiéndole con fecha 21 de octubre de 2016, la pena de TRES AÑOS DE EJECUCIÓN CONDICIONAL Y LAS COSTAS DEL PROCESO. El hecho atribuido consiste en que "El día 15 de julio de 2015, por la noche, sin poderse precisarse hora exacta, F. N. en

el domicilio de sus padres N° de la ciudad de, previo acostarse con su hija Y. E.

N. Ñ., de años de edad, a fin de lograr un desahogo sexual, la abuso sexualmente tocando con sus manos por sobre la ropa sus partes íntimas: vagina y cola. Ante esta situación su hija menor le manifestó "papá basta" y después de mirarlo le dijo "que estaba haciendo". Esta

situación a la niña le causo asco”.

II) La Defensa técnica, a cargo de los Dres. Natalia Godoy y Pablo Méndez, en tiempo oportuno dedujo recurso de impugnación ordinaria contra la sentencia de responsabilidad y de pena.

Luego de explicar la defensora, Dra. Natalia Godoy, el por qué es procedente la presente impugnación, dice que la sentencia no se dictó de conformidad a las reglas de la sana crítica, ni se ha valorado en forma conjunta y armónica la prueba, careciendo de motivación suficiente.

En cuanto a la falta de fundamentación y arbitraria valoración de la prueba respecto de la materialidad y autoría, dice la defensa que la sentencia expresa que los hechos que fueron materia de acusación por los acusadores, se acreditaron conforme las reglas de la sana crítica. Que la jueza que efectúa el primer voto no hace un desarrollo acabado ni realiza la conexión necesaria de los elementos de juicio para fundar la convicción exteriorizada acerca de la materialidad y la autoría del hecho. Dice que la sentencia enuncia la prueba, pero no la valora.

En cuanto al tiempo en que ocurrieron los hechos dice la defensa que la sentencia es absolutamente dogmática. Que caprichosamente y sin fundamento establece que los hechos "*ocurrieron con posterioridad a las 24 horas del día 14 y consecuentemente acaecieron el día 15 de julio de 2015*", para luego agregar cosas que la menor no dijo, tales como que se fueron "*a dormir entre las 23 y las 24 horas de la noche del día 14 de julio de 2015*". Agrega la defensa que la madre de la niña dijo que dejó a la menor con su padre, el día 14 de julio y que vuelve con ella la mañana del 15. Concluye que la noche del 15 de julio de 2015, estuvo con su madre.

También dice la Dra. Godoy que la sentencia expresa que los tocamientos en la cola y vagina no sólo están acreditados por el testimonio de la niña, sino también por "*los testigos tales como la madre y la médica, que es testigo independiente y además profesional que la revisa sin encontrar lesiones y recibe el testimonio de la niña, y por tanto resulta ser perito, que conoce el hecho por su propia profesión...*". Dice que no se entiende cómo el Tribunal, concluye que la testigo médica, quien revisó a la niña sin encontrar ningún tipo de lesión, y que es

compañera de trabajo de la denunciante, es una testigo independiente. Entiende la defensa que ni su madre, ni la Dra. Reschia son testigos independientes. Agrega que tampoco es perito en este caso, porque su ciencia sólo estableció que no había signos de abuso y, lo otro se sustenta en un testimonio de oídas. En cuanto al testimonio de la madre, dice que ella acepta que el padre vea a la hija porque necesitaba que le firme la autorización para ir a Chile, por lo que tampoco es independiente. Que en definitiva, el párrafo mencionado se sustenta en el subjetivismo de los magistrados.

Expresa que la sentencia dice que *"lo cierto es que el imputado estaba tocando la cola y la vagina de la niña cuando ésta se despertó por la noche, mientras dormía con él"*, lo que de ninguna manera está acreditado por prueba independiente que permita tener por probado, la circunstancia de que la menor durmiera en algún momento con el imputado. Dice que este proceso de razonamiento del sentenciante, viola el principio lógico de razón suficiente.

También refiere la defensa que no entiende cómo el Tribunal llega a la conclusión que el relato de la

niña coincide con los relatos efectuados a la madre y a la médica, cuando ello no es así. Tan es así, que la Lic. Zuccarino, advirtió una confusión en la niña al finalizar su relato. Que la niña habla de que *"se durmió, que cuando se despertó su papá la estaba tocando en la cola y por la vagina. Que ella le dijo "que haces"*. Que la madre habla de que le pegó en la cola y que le tocó por debajo de la ropa. Que la Dra. Reschia dice que le contó que la tocó por debajo de la ropa y le dijo *"no me toques cochino"*.

También refiere que el Tribunal expresa que *"Nada en el relato de la niña hace presumir que lo vivido no es verdad, según la licenciada Zucarino y Colazo"*, pero que ello no lo fundamentan en nada, ni explican siquiera el por qué de tal afirmación. Manifiesta que son los jueces los que deben decir si el relato es coherente, sólido y sin contradicciones, no los psicólogos.

Agrega la Dra. Godoy que en su momento la defensa cuestionó que no se haya efectuado una inspección ocular en la vivienda para ver sus características. Y la sentencia entonces dice que si bien hubiera sido esperable -tal diligencia-, lo cierto es que la vivienda tiene dos habitáculos y que durmieron en los dos, pero ello no se

apoya en ninguna prueba, no se sabe si es así como lo refiere la sentencia, ni las dimensiones, ni qué cantidad de colchones había, etc. Dice que los testigos de la defensa acreditaron que la niña durmió con M. N.

y con la abuela en un colchón de dos plazas, mientras que el imputado dormía en la cocina.

En función de ello, considera que la materialidad y autoría no están acreditadas.

Dice que la versión dada por el imputado, no logró ser desvirtuada a lo largo del juicio, máxime que fue corroborada por tres testigos ofrecidos por la defensa.

Finalmente, expresa que en definitiva la sentencia recurrida posee un déficit de fundamentación y ausencia de motivación, existiendo errores manifiestos y fundamentales en la interpretación del plexo probatorio reunido durante la audiencia de debate.

Por todo ello, solicita la revisión integral de la sentencia y se declare la absolución de su defendido.

Otorgada la palabra a la Fiscalía, dijo: Que durante el juicio se demostró claramente la materialidad y la autoría por parte del imputado. Que el Tribunal dio los fundamentos de conformidad con lo previsto por el art. 194

del CPP.

En cuanto a la fecha en que tuvo lugar el hecho, fue fijada en la audiencia de control de la acusación.

Que no es verdad que existiera un problema entre los padres como pretende la defensa. Que la menor fue entregada en el hipermercado La Anónima a su padre. La madre tenía que viajar a Chile y el padre exige verla. Dice que el tiempo en que ocurrió el hecho está perfectamente acreditado, como también lo está el modo y las circunstancias, lo que surge del relato de la niña, de lo dicho por la madre, lo declarado por la médica y lo explicado por el Lic. Colazzo.

En cuanto al lugar, expresa la fiscalía que está claro que el hecho ocurrió en el domicilio de, en la cocina, en lo que allí funcionaba como dormitorio.

Expresa la fiscalía que la defensa critica el informe del Lic. Colazzo, pero lo cierto es que tal crítica no llega de ninguna manera a desvirtuar el informe.

En función de todo ello, solicita se confirme la sentencia de condena.

Finalmente, **hace su alegato la Defensoría del Niño y del Adolescente**, diciendo que: Desde el punto de vista formal la impugnación es admisible.

En cuanto a los agravios de la defensa dice que tanto las circunstancias de modo, tiempo y lugar se encuentran perfectamente acreditadas. El hecho está claro que ocurrió el día 14 de julio de 2015, en las últimas horas, o en las primeras horas del día 15 de julio de ese mismo año. La sentencia valora perfectamente los testimonios de los testigos. Dice que también está acreditado que el hecho fue en la cocina, y que luego la niña se fue hacia donde estaba la abuela. En cuanto al testimonio de la médica, es una médica con mucha experiencia, trabajó diez años en Villa Pehuenia. Quedó aclarado que la menor no tenía lesiones.

Por todo ello, solicita la confirmación de la sentencia.

III) Finalizada la audiencia el Tribunal pasó a deliberar y estableciendo el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el Dr. Alejandro Cabral, luego el Dr. Richard Trinchero y, finalmente, el Dr. Héctor Rimaro.

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

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

El Dr. Alejandro Cabral, dijo:

Que corresponde examinar si se han cumplido las prescripciones legales para que el recurso sea admisible, conforme lo dispuesto por el artículo 242 del C.P.P.

En tal dirección cabe considerar que el escrito fue presentado en término -conforme ya se decidiera en la audiencia respectiva-, por ante la Oficina Judicial y por quien se encuentra legitimado para ello; tratándose de una sentencia definitiva y, por ende, de una decisión impugnabile en los términos de los arts. 233, 236 y 239 del rito.

De igual modo, la impugnación resulta autosuficiente por cuanto del escrito presentado y de lo debatido en la audiencia celebrada (art. 245 del CPP), fue posible conocer cómo se configuran los motivos de

impugnación aducidos y la solución final que se propone.

Por lo expuesto, considero que el recurso de impugnación deducido debe ser declarado formalmente admisible.

El **Dr. Richard Trincheri**, dijo: que adhiere al voto del Dr. Cabral, por compartir la respuesta que propone a esta primera cuestión.

El **Dr. Héctor Rimaro**, expresó: que comparte la decisión adoptada por el vocal del primer voto en relación a la admisibilidad de la vía recursiva.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

Los agravios se reducen a que la sentencia no se dictó de conformidad a las reglas de la sana crítica, ni se ha valorado en forma conjunta y armónica la prueba, careciendo de motivación suficiente.

Adelanto mi opinión, señalando que la impugnación formulada por la Defensa no puede tener favorable acogida.

Considero que la sentencia, sin perjuicio de las fallas técnicas e imprecisiones en la redacción del primer voto, es válida ya que los déficits apuntados por la

defensa son perfectamente tratados en el voto del Dr. Ravizzoli, que integra la sentencia en cuanto fue lo decidido y acordado por los jueces al momento de la deliberación.

En cuanto a la fecha y lugar cabe destacar que está absolutamente claro, pues surge de todos los testimonios -y así lo dice la sentencia- que la niña estuvo en la casa del abuelo, ubicada en la calle N° de la ciudad de, donde estaba su padre (F. N.), su abuela (C. C.), sus primas:

M. I. y M. del V., que eso fue en las vacaciones de invierno de 2015, el 14 o 15 de julio de 2015, desde las 19 hs. hasta las 11 hs del día siguiente.

La supuesta contradicción surgiría -según la defensa- de que la acusación dice *"que el 15 de julio de 2015, en horas de la noche realizó tocamientos..."*, mientras que el primer voto dice que el hecho: *"...ocurrió el 15 de julio de 2015. Ello así por cuanto la niña refiere que se fueron a dormir entre las 23 y 24 hs de la noche del día 14 de julio de 2015. Dijo que se despertó y el imputado la estaba tocando"*. Es decir, que los tocamientos habrían tenido lugar en la madrugada del día 15 y no en la noche.

Entiendo que tal cuestión no afecta ni el principio de congruencia, ni el derecho de defensa. Está tan claro cuál es la fecha, que todos los testigos de la defensa se refirieron a ese día en concreto, que fue en las vacaciones de invierno de 2015. No podemos decir de ninguna manera que existe una indeterminación o que la fecha de la acusación no se corresponde con la del hecho. La niña no sabe la fecha. La madre dice que fue el día 15, pero en la denuncia había dicho el día 14. M. I. N. dice *"tipo el 14, ... que fue entre el 14 o 16"*. Cabe destacar que la niña estuvo en ese domicilio sólo un día en ocho años, desde las 19 hasta las 11 de la mañana aproximadamente del día siguiente, y lo más importante es que todos los testigos se refieren a ese día en concreto.

También cuestiona al defensa el lugar, porque dice que las tres testigos de la defensa mencionan que la niña durmió con su abuela y con M. I. en el colchón de dos plazas, en el medio de las dos. Mientras que la menor dijo que se acostó con su padre en el colchón que estaba en la cocina. Pero, dicha aparente contradicción no es tal, porque agregó *"que ante esta situación tomó su frazadas y se hizo una camita en el piso, luego pasó su abuela al baño"*

y ella se fue a acostar con ella". Es decir que en un principio se acostó con su padre y luego -a raíz de este hecho- se pasó con su abuela. Lo que se corresponde también con el hecho de que la niña estaba ilusionada de estar con su padre, a quien no veía desde hacía mucho tiempo, por eso en un principio se acuesta con su padre.

Como bien lo dijo la sentencia, no puede dejarse de lado que la abuela es madre del imputado y las otras dos testigos son sobrinas del imputado, con quien tienen trato frecuente, mientras que la menor a una de ellas (de sus primas) hacía un año que no la veía y, a la otra, nunca la había visto.

En cuanto a los tocamientos la niña fue muy clara que fue por encima de la ropa, que tenía la ropa puesta. Ello fue avalado por la Lic. Zuccarino, al mencionar que ella se había equivocado al colocar en su informe que había sido por debajo de la ropa, porque la niña dijo que *"fue por encima de la ropa"*.

Si bien es verdad que la madre y la médica refieren que lo fue por debajo de la ropa, también es cierto que no existe signo alguno que dé cuenta de que el contacto con connotación sexual al que alude haya ido más

allá de un simple abuso. En cuanto a la credibilidad del relato, amén de lo dicho por los Lic. Colazzo y Zuccarino, en cuanto a la consistencia, coherencia, inexistencia de signos de fabulación y no contradictorio, la experiencia común nos indica que a los menores de edad, en los delitos que afectan la integridad sexual -ya sea por sentirse culpables, por cuestiones de pudor, o de vergüenza-, les sea sumamente difícil contar todo lo que les sucedió. Que limiten su relato a lo que consideren más importante y menos vergonzoso de contar, evitando entrar en detalles o cantidad de veces concretas que sucedió, y en muchas ocasiones disminuyendo dicha cantidad, pero ello de ninguna manera resta credibilidad al testimonio, máxime si va acompañado por lo gestual, lo corporal, lo emotivo, y por toda la prueba periférica, como son los informes a los que hice referencia de los psicólogos, los testigos de oídas (madre o médica), etc. En función de ello, es posible que tal vez algún tocamiento por debajo haya existido, ya que refiere *"que tenía desabrochado el pantalón"*, pero tal cuestión para nada empaña su declaración, ni cambia la calificación legal.

Tal como lo señala la sentencia el testimonio

de la niña tiene muchos signos que dan cuenta de que fue algo vivenciado, tales como que "cuando se despertó su papá la estaba tocando", que le dijo "papá basta...que hacés", "que él se dio vuelta rápido y le dijo que se duerma", que a la mañana siguiente "le pidió perdón... y le dijo que estaba borracho" "que si no decía nada le compraría una Tablet", que ella "sintió asco".

A todo ello se agrega la desilusión advertida por Colazzo en la niña a raíz de lo acontecido, respecto de su padre a quien quería ver desde hacía mucho tiempo. Lo que a su vez, se corresponde con la circunstancia de no querer desayunar e irse cuanto antes de la casa.

El voto del Dr. Ravizzoli expresa concretamente: "Insisto, pese al abuso vivido y a la recomposición psíquica que ello supone en un niño de corta edad, en plena etapa de desarrollo, de un sujeto en constitución, mantuvo su relato con coherencia, colmado de detalles secuenciales (antes y después del hecho) y específicos de un contexto. Incluso, la testigo Reschia recalcó que el relato fue sólido y claro, y que todas las veces que se lo pidió lo narró igual.

Por otra parte, también se presenta como

verosímil toda vez que los dichos de la víctima, a través del sistema de Cámara Gesell, se encuentran acordes a la situación que en el momento del suceso ocupaba Y.. En otros términos, de las circunstancias especiales en las que se encontraba al padecer el abuso se desprende que a la niña le ha sido posible observar y vivenciar los hechos como declara haberlos experimentado.

A su vez, se concluye que la fuerte garantía de la estabilidad del testimonio de la menor es la concordancia con el resultado del resto de las pruebas suministradas al Tribunal en debate. Reparo en lo fundamental en los dichos de la Lic. Zucarino de los cuales surge que se trata de un relato claro, congruente con lo vivenciado, que en lo trascendental responde a "qué" fue lo acontecido, a "quién" fue su agresor y el contexto en el que ocurrieron los hechos.

En consecuencia el testimonio de la niña Y. se encuentra reforzado por un conjunto de elementos periféricos que le otorgan validez y credibilidad".

Todo lo cual da cuenta del fundamento suficiente de la sentencia en cuanto a la credibilidad del relato de la menor.

En cuanto a que la sentencia dice que la médica es una perito, si bien es equivocado en relación al relato de la niña, porque es un relato de oídas y no de una perito especializada en testimonio de menor, lo cierto es que también es claro que la médica, en cuanto a su especialidad, dijo que no había signos externos del abuso, lo que se corresponde con el relato de la menor que fueron toqueteos superficiales.

Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de alguna imprecisión que haya existido en el primer voto, considero que la sentencia se funda en la prueba producida durante el juicio y que fuera analizada de manera coherente y motivada por los jueces en su sentencia, sin advertirse signo alguno de arbitrariedad o absurdidad.

En función de todo ello, soy de la opinión que corresponde confirmar tanto la sentencia de responsabilidad como de pena, en todas sus partes.

El **Dr. Richard Trinchero**, expresó: Por compartir los argumentos y conclusiones a las que arriba el Dr. Cabral, me pronuncio en igual sentido.

El **Dr. Héctor Rimaro**, manifestó: Participando de los términos y conclusiones a las que arriba el primer

voto, me expido en el mismo sentido.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El **Dr. Alejandro Cabral** dijo:

Con fundamento en que el ejercicio del derecho constitucional a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena, no puede verse cercenado ante la amenaza o el temor de tener que afrontar el eventual pago de las costas procesales en caso de que el recurso sea rechazado, es que encuentro razón suficiente para eximir de costas al impugnante en esta instancia (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP).

El **Dr. Richard Trincheri**, expresó: Que adhiere a lo resuelto sobre las Costas.

El **Dr. Héctor Rimaro**, dijo: Que comparte los fundamentos expuestos en relación a la eximición de costas.

Por todo lo expuesto, **el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,**

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por la defensa de F. N. (arts. 233, 236 del CPP).

II.- RECHAZAR todos los agravios esgrimidos,
confirmando la sentencia de responsabilidad y de pena en
todas sus partes.

III.- Sin costas en esta instancia (art. 268
CPP).

IV.- Remitir el presente pronunciamiento a la
Dirección de Asistencia a la Impugnación para su
registración y notificaciones pertinentes.-

Dr. ALEJANDRO CABRAL
Juez

Dr. RICHARD TRINCHERI
Juez

Dr. HECTOR RIMARO
Juez

Reg. Sentencia N° 138 T° X Fs. 1868/1877 Año 2016.-