

SENTENCIA N° veinticuatro /2017. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **treinta días del mes de marzo del dos de mil diecisiete**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación Provincial conformada por los Sres. Jueces, **Dres. Daniel Varessio, Héctor Rimaro y Liliana Deiub**, presididos por el primero de los nombrados, para dictar sentencia en el caso caratulado "**D., F.S/ABUSO SEXUAL AGRAVADO, Legajo MPFJU 17698 Año 2016**", que se tramitara en contra del ciudadano **D. F.**, D.N.I. N°:, Con domicilio real:
....., de ... años nacido en el ...
de de, hijo de y de,
..., con, de ocupación

Que en la audiencia de impugnación ordinaria celebrada intervino por la acusación el Sr. Fiscal Dr. Santiago Teran, por la Asistencia técnica del señor D..... el Dr. Pablo Tomasini y el Defensor de los derechos del Niño, Dr. Lucas González.

ANTECEDENTES:

I.- Por sentencia de fecha 23 de _____ Septiembre del año 2016, el Juez de Garantías Dr. Juan José Nazareno Eulogio, en el marco de un acuerdo parcial,

Declaró Penalmente responsable a D..... F..... D.N.I. Nº, del delito de abuso sexual con acceso carnal continuado y reiterado en el tiempo en carácter de autor, previsto en los arts. 45, 119 primer y tercer párrafo del Código Penal, *en perjuicio de J. N. C. entre los años a, en diversos lugares de la ciudad de*-

En la etapa de cesura, en fecha nueve de noviembre de 2016, el Tribunal Colegiado integrado por los Dres. Mariano Etcheto, Mirta Bibiana Ojeda y Carolina González le Impuso a **F..... R..... D.....**, titular del DNI, de las demás circunstancias personales detalladas al inicio, la pena de **nueve (9) años de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas** (arts. 12, 40 y 41 del Código Penal y 268 del CPPN).

Contra la sentencia condenatoria dictada, la defensa de confianza dedujo recurso de impugnación ordinaria conforme lo previsto en los artículos 242, 243 y siguientes del ordenamiento adjetivo (Ley 2784). Por tal motivo se celebró la audiencia fijada en el art. 245 del C.P.P.N el pasado día 15 de marzo de dos mil diecisiete en la ciudad de San Martín de los Andes.

II.-AUDIENCIA DE IMPUGNACION:

1. AGRAVIOS DE LA DEFENSA.

El Dr. Pablo Tomasini expresó que presentó esta impugnación para que se decrete la nulidad del acuerdo que se llegó en primera instancia por un acuerdo parcial se condenó, se declaró responsable a su defendido por un acuerdo parcial que se llegó y el juicio de cesura por el cual se le impuso una pena de nueve años de prisión.

Solicitó se declare la nulidad del acuerdo por falta de consentimiento libre e informado, violentando el derecho de defensa en juicio, debido proceso legal, el juez imparcial y diversidad cultural.

Respecto de la admisibilidad argumento que es una Impugnación presentada en término, estamos habilitados, legitimados y pidió que se la habilite en términos generales.

Consideró que el imputado D..... careció de asistencia técnica en todas las instancias del proceso, hasta la audiencia del 168 donde se realiza el acuerdo y se dispone la sentencia de responsabilidad.

Adujo que la falta de asistencia técnica se materializa en la ausencia de pruebas por parte de la defensa, que era la defensa oficial y hay una compulsión

permanente del defensor de llevarlo a hacer un acuerdo aún en contra de las expectativas ya que nunca el imputado asumió la comisión de un delito. Aclara que su asistido mantuvo relaciones sexuales con una mujer, pero nunca lo hizo con una menor de trece años. Su defendido no quería realizar el acuerdo y por eso una audiencia se suspendió antes del acuerdo.

Inmediatamente a la realización de la audiencia del artículo 168 en la que se celebra el acuerdo, el imputado solicitó un abogado particular y el Dr. Neri planteó una nulidad de la audiencia, y se planteó esto también en la audiencia de cesura.

Relató que renunció el abogado la defensa, diciendo que si no se tomaba esa nulidad, él no iba a ser parte de ese ajusticiamiento, antes de la cesura y asume defensa Tomasini y realizan audiencia de cesura.

Afirmo que su cliente, no tenía consideración de cometer un delito. Estaba convencido que tenía una aventura con una menor de edad de trece años pero no estaba cometiendo un delito. El imputado le planteó a su defensa técnica que no iba a aceptar un acuerdo porque no aceptaba que estaba cometiendo un delito, mientras mantenía relaciones con la menor del caso.

Agregó que el acuerdo se realiza en base a una serie de hechos relatados por la fiscalía que no fueron bajo ningún aspecto controvertidos por la defensa. Nunca se contradijo la propuesta de acuerdo que presentó la fiscalía. No cuestiona que en la audiencia del 168 pueden realizarse acuerdos. La fiscalía estaba representada por el Dr. Bagnat, la defensoría de los derechos del niño representada por el Dr. Lucas González y la defensa oficial Dr. Areco que asistía a D..

Planteó una indefensión técnica no hubo un solo cuestionamiento al pliego de la fiscalía, y mansamente la defensa acepta este acuerdo, supuestamente porque Areco le dijo que iba a aplicar una pena más baja, de siete años o siete años y medio, cuando se va a la audiencia de cesura ese acuerdo no se respeta y se le imponen 9 años. Cita el 221, lo lee y alega que no hay acuerdo sino una simple sumisión, se cuestiona la sumisión de una de las partes a todo el acuerdo mencionado por la fiscalía. Su cliente no quería el acuerdo, su voluntad estaba viciada.

Cabe responsabilidad a la defensa técnica por desafortunada, no haber respetado lo querido por el imputado. Debe haberse realizado un control de legalidad

por parte de la fiscalía y el juez. Estamos en el camino de una autoincriminación por parte del imputado porque lo sometieron a aceptar eso o no había otra posibilidad. El acuerdo se realizó ante el mismo juez que autorizó allanamientos y llevó a cabo la audiencia de formulación de cargos y realiza la sentencia del acuerdo.

Entiende que ha existido violación a la garantía del juez imparcial y además por las características del hecho y monto de la pena debió haberlo realizado un tribunal de tres jueces que genera mayores garantías procesales y de fondo para los imputados. Se puede sospechar de la imparcialidad del juez que realizó audiencias anteriores y un imputado prácticamente indefenso por un defensor, debió realizarse ante un tribunal colegiado y no un juez único.

Por las características del hecho, por las pruebas y el monto de la pena debió realizarse ante un tribunal colegiado. Se violó la garantía de imparcialidad, el principio del doble conforme ya que no pudieron llevar a cabo el juicio, contradecir, ofrecer pruebas, con la posibilidad de la bilateralidad del sistema penal.

Presentó pruebas que le fueron rechazadas, por el juez de garantías, claramente están

violando el principio de doble conforme, ni en la instancia inicial ni en la impugnación, que si bien hubo un sí formal, en la esencia había desacuerdo.

Por ello plantea nulidad del Acuerdo y solicita se remita todo a instancia inicial para nuevo juicio, que haya cumplimiento garantías de raigambre constitucional

Impugnó también la determinación de la pena; en la audiencia de determinación de pena se habían propuesto dos testimonios por la fiscalía el testimonio de la Lic. Úrsula Zucarino y el de la psicóloga María Isabel Candía esta última terapeuta de la menor.

La fiscalía repara en ese momento que no había nadie autorizado para relevarla del secreto profesional, en ese momento sin estar propuesta como prueba, llaman a la madre de la menor y la relevó del secreto la madre. Eso no estaba previsto porque la madre no había sido propuesta como testigo. Por lo que la psicóloga no podría haber declarado en esa audiencia. Afirma que dejó constancia de ello.

Plantean la nulidad del juicio en instancia inicial y Subsidiariamente impugnan la sentencia de responsabilidad y la de pena. Alega que diseñó una

serie de prueba a fin de demostrar que no había consentimiento de parte del imputado, que no había de su parte intención de cometer delito, el imputado no estuvo nunca con una menor de trece años, además de un planteo de la interpretación de la cámara gesell, es decir para impugnar la sentencia de pena ofrecieron prueba que les fue rechazada, como el testimonio de la Licenciada Salvarezza, además iban a demostrar la vinculación que tenía con su abogado defensor en ese momento y la presión; esta prueba fue rechazada, además de testimonios que daban cuenta que su defendido tenía disfunción eréctil.

Pide que declare el imputado, a lo que el tribunal accede, haciéndole saber las objeciones legales.

I.a. DECLARACION DEL IMPUTADO: D.

dijo que conoció a la familia que la menor es medio hermana de su ex mujer con la que ya estaba terminada la relación cuando empezó a vincularse sentimentalmente con ella. Cuando él se juntó con su ex mujer la relación con su familia no era buena y al mes decidió ir a vivir con él, la madre quedó molesta con él. No se visitaban con esa familia hasta que se compró auto en el año 2014 y ahí se empezó a relacionar con ellos, porque no era buena la relación. Cuando su ex mujer revisa su celular ve la

relación con J. esto fue el 23 de febrero del 2016 y ve que ella por J. le mandaba mensajes y ahí se armó todo el conflicto, ella muy eufórica, él se sentía mal, estaban en crisis pero por los hijos cuesta terminar la relación, ella le pega un par de cachetazos y se va en el auto a la casa de su mamá con su hija más chica. Cuando le nombraron defensor a Areco nunca le negó que tuvo una relación con J., que la relación era consentida, jamás violentaría, no está de acuerdo con las violaciones. Le pedía al defensor por favor que lo defiendan. Salía de la defensoría atormentado, quería que él lo defiendan. Tuvo una relación con una mujer, cuando estuvo con él ya había estado de novio. Siempre era lo mismo era como que yo quería buscar las pruebas y nada servía, salía con dolor de cabeza, quería que lo defiendan, su verdad. El defensor le dijo tengo un arreglo para vos, es lo mejor que te puedo conseguir. Hizo el secundario completo pero no conoce de leyes, no sabía lo que estaba haciendo. En una audiencia le dijo que no, que no quería llegar al arreglo, fue el 16, estaba Piombo y se la pasaron para el 23 de septiembre, el declarante dijo que tenía pruebas y el defensor no le prestaba atención. No negó la relación, grabó los audios para tratar de comprobar que no quería firmar el acuerdo,

lo estaba presionando para hacer algo que no quería. Le pedía al defensor comprobar lo suyo, por eso grabó esos audios. En todos estos casos son iguales. Todos te tratan mal porque sus un violador. No es así. Para que vean que no miente trató de grabar audios.

El defensor Dr. Tomasini, pregunta ¿Cuándo se juntó con su señora qué edad tenía.? 16 años. ¿Eso generó disputas con la familia? si, porque ella era su mano derecha, la que le lavaba, le cocinaba y eso generaba disputas con la madre. ¿Cuándo compro el auto ?El auto lo compro en 2014 en febrero. ¿Cómo empezó la vinculación sexual con la menor? Bien tranquila, como que me tomó confianza comienza, muy posterior a que compre el auto casi a fines de 2014, primera relación la tuvo en su auto. ¿Sabe el año en que nació la menor? No, lo desconoce. ¿Tiene algún problema médico? Sufre de impotencia hace muchos años, tratado del 2007, es permanente pero trata de superarse. El defensor le pregunta ¿era permanente, siempre la disfunción sexual? No, con ella tuvo sus problemas, no fue permanente. ¿Intercambiaban mensajes telefónicos? Ella también lo llamaba del teléfono fijo y le escribía del facebook de su madre para poder encontrarse. ¿Qué le decía en sus mensajes? Que la vaya a buscar, como él tenía auto,

una vez la llevó a cambiar zapatos. La llevó a comprar el vestido de 15 a Bariloche, con ella y la madre. ¿Sabe cuándo fue el cumpleaños? Cree que a fines de 2015 o 2016. Ella ya había tenido relaciones. ¿Los audios que decían? Le pedía al Dr. Areco que lo defiendan, reconocía la relación con J. que fue posterior a lo que se le decía, que fue ahora último, que fue al momento de presentar la denuncia o un poco antes. ¿Le hacía referencia el Dr. Areco si la niña era menor de trece años? El Dr. Areco le decía pero F. si es así, no es delito, y él le decía que está tratando de decirle que la relación fue mucho posterior. Nunca viví con ellos. ¿Usó la fuerza en las relaciones? No, con ninguna novia. El no sabía que cometía un delito, por eso le entregó el celular a su mujer. Su mujer le contó a la mamá, ella era celosa mal y en presencia de otra familia que había una relación entre ellos, ¿Se sintió defendido por su abogado? No Jamás quería presentar la prueba. ¿Porque aceptó el acuerdo? Mucha presión, el sentimiento que le tengo a mis hijos, él no le dio salida. Le habló que le iban a dar 15 años. Entonces llegó muy presionado, es algo que ni siquiera sabes lo que haces. Lloré de pura impotencia, le dio mucha bronca, porque estaba haciendo lo que él quería. ¿Qué hizo después

de la audiencia? Después de la audiencia trató de contactar un abogado, le dijo que lo hicieron autoincriminarse, hacer lo que él no quería. Gracias a su familia, contactó a un abogado, no quería saber nada de defensoría pública, porque me ofrecieron otro de Junin, pero lo rechace. El Dr. Neri trato de presentar algo con mis relatos, con el audio.

El Fiscal no efectúa preguntas; por su parte el defensor del niño, preguntó ¿presenció cámara gesell? Si, estuvo presente. ¿Tiene un hermano? Si ¿A qué se dedica? Su hermano es agente de la policía? ¿Hace cuánto que es chofer? Chofer es desde el 2004. ¿Recuerda lo que dijo J. en la Cámara Gesell? Reformula ante objeción del Dr. Tomasini, ¿J. que dijo del inicio de las relaciones sexuales, a la fecha en que habrían iniciado? Esa parte no me acuerdo muy bien, si te digo te miento, no sabía decirte.

El defensor Dr. Tomasini, preguntó ¿de la misma cámara gesell donde sostiene J. que fue la primera relación sexual? Dijo que sí, en el auto, en el suyo.

Sigue con la impugnación el defensor, que tiene que ver con redondear lo expresado en la primer parte, dice que J. en la cámara gesell que la primer

relación sexual la mantienen en el vehículo de D., y si este compró el vehículo en principios del 2012 estamos en presencia de una menor que es mayor de 13 años.

D. sostiene su error de visión del delito porque él no sabía que estaba cometiendo el delito. Plantea el disparador de cuando estalla el conflicto que fue la pelea entre hermanastros, y plantea el tema de la defensa que no fue apta para llevar adelante seriamente. Habría que haber probado no asumir la edad de la menor con distintas situaciones. Habría que haber analizado las cámaras gesell, por la edad de la niña, por la compra del vehículo, las fotos que se sacaban por la disfunción sexual que tenía las historias clínicas que por consejo de los médicos de vivir una vida sexual plena, de sacarse fotos, con una lógica de vida sexual plena. Se lo está condenando por un delito gravísimo, que él no tenía capacidad de comprender en ese momento, por una situación mucho más grave de la realidad que era una menor de trece años, que estaba desarrollada, el lugar en donde fue su primer relación sexual nos permite visualizar cuantos años tenía la menor. Eso respecto de una impugnación en caso de que sea negada la nulidad.

II. CONTESTACION DE AGRAVIOS DE LA

FISCALIA

Hace repaso de los antecedentes procesales del acuerdo parcial, por el cual se arriba a una solución jurídica, se acepta por parte del imputado el abuso sexual agravado, luego en la cesura se lo condena a nueve años, a continuación esta la impugnación de la defensa ofrece prueba por audiencia de la nulidad, en la cual el Dr. Ravizzoli rechazo las pruebas ofrecidas, e impugno la misma, que luego explica la parte fue desistida por el impugnante, efectúa una aclaración el Dr. Tomasini de que no fue una indefensión, da motivos del porque no asistió.

Arguye que el acuerdo fue decidido fuera del término que sería hasta la finalización de la etapa preliminar establecida, aclara que incluso el acuerdo puede ser presentado en la audiencia de control de acusación que fue realizado en este caso ante el Juez Nazareno Eulogio. En el acuerdo parcial, se acordaron los hechos el imputado fue representado por la defensa pública, no implica necesidad de debate ni contradictorio, se acordaron los hechos de que el imputado abuso de su cuñada hecho

ocurridos en distintos rodados y en miradores de

.....-

Se ofrece el acuerdo y la prueba al igual que la teoría jurídica, que acepta la defensa y no objeta, la asimila, la incorpora y acepta la teoría jurídica. Cuál es el vicio?, cual es la trampa en este acuerdo. No encuentra ningún vicio, porque en definitiva lo que le ha ocurrido al imputado es que ha salido condenado, podría discutir la pena pero no la seriedad y honestidad del acuerdo. Donde está la denuncia penal por la trampa en la cual se lo hace caer al imputado porque dicen que fue presionado.

La defensa va a la audiencia de cesura sobre un acuerdo y después pide nulidad y solicita pena de mínima de 6 años, la fiscalía pide 10 años y la decisión jurídica en votación unánime fue de 9 años. Esta decisión no fue invalida el Dr. Nazareno le pregunta al causante si comprende el alcance del acuerdo y el mismo presta conformidad.

Donde está la seguridad jurídica que si aceptó el acuerdo después se desdiga?, yo si fuera defensor, no arreglo con una calificación tan importante, yo la debato, el consentimiento no está viciado, ni mucho

menos indefensión como se plantea en esta audiencia, no se advierten vicios en el consentimiento e indefensión. Debiendo rechazarse pretensión procesal de la defensa.

III. CONTESTACION DEL DEFENSOR DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, El Dr. Lucas González, pide que se rechace la nulidad del acuerdo parcial. Alega que la audiencia estaba preparada para hacer la audiencia del artículo 168 y mutó porque había tratativas previas para efectuar un acuerdo y por ello se realizó un acuerdo parcial.

El fiscal en el acuerdo describió los hechos, la prueba, por su parte la defensa solicitó que el Sr. D. quería evitar un daño mayor a la víctima por lo que estaba de acuerdo. En esa audiencia el Dr. Areco dijo que D. era consciente que iba a enfrentar muchos años preso, el juez hizo el control de legalidad y preguntó sobre los hechos y si entendía la responsabilidad. D. pidió disculpas por ello y muy compungido.

El juez le preguntó si entendía que ya nunca más podía discutir la responsabilidad por esos hechos. No se advierte la falta de legalidad referida por la defensa. No se ha probado en forma alguna que haya existido presión o mal asesoramiento o acorralamiento.

Ahora D. dice que si la niña tenía más de 13 años no hay delito, pero eso no fue lo que dijo la niña en cámara gesell.

La defensa estuvo presente en la audiencia del 24 de Agosto donde ofreció prueba, las supuestas grabaciones nunca aparecieron, se pretendió introducirlas ilegalmente. La defensa ha sido correcta. No hay autoincriminación ya que está previsto en el código el procedimiento abreviado. Si bien hay jurisprudencia que revoca acuerdos por nulidades advirtiéndose presiones en prisiones preventivas muy largas.

En este caso no pasó porque D. llegó en libertad al acuerdo. Las pruebas existían, la fundamental es la cámara gesell y ella contradice de plano los dichos del imputado. Las relaciones comenzaron cuando la niña tenía 11 años en diferentes vehículos, incluso en una trafic. No hay prohibiciones que el juez de la formulación de cargos, sea el que controle la acusación y por el artículo 36 inc. b el juez de garantías puede y está habilitado a realizar el acuerdo.

Sobre la pena la señora P... no declaró solo habilitó al relevamiento del secreto profesional a la Lic. Candia. No fue testigo la madre, solo fue un mero

formalismo que la ley no exige. Respecto del planteo subsidiario, las partes acusadoras enunciaron la prueba, y no se produjo porque no se hizo el juicio. Lo que existía era la cámara gesell. Si el imputado pertenece a una comunidad indígena, no puede escudarse en ello porque J. no pertenece a una comunidad. Solicita el rechazo de nulidad y planteo subsidiario que hace sobre determinación de pena y responsabilidad.

Cedida la última palabra al defensor particular el Dr. Tomasini dijo: D. estuvo preso y el Dr. Cabral en los fundamentos dice que el imputado fue a buscar un abogado porque no estaba de acuerdo con lo que había pasado, la nulidad se presentó a los dos días del acuerdo .En los audios surge que D. actuó con vicio de voluntad. Se aceptó toda la prueba sin hacer nada, y antes se había cuestionado. No pretende la impunidad de alguien, sino un juicio justo y no un acuerdo que puede tener cierta legalidad pero no tiene beneficio alguno para el imputado. Propicia nulidad del acuerdo de la sentencia de responsabilidad y cesura. Propone reenvío para un juicio justo donde se respete el debido proceso, con jueces y tribunales independientes.

IV.- Practicado el pertinente sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debía expedirse el **Dr. Daniel Varessio**, luego el **Dr. Héctor Guillermo Rimaro** y finalmente la **Dra. Liliana Deiub**. Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso de impugnación ordinaria interpuesto?.

El **Dr. DANIEL VARESSIO**, dijo:

La presente impugnación ordinaria resulta formalmente admisible y corresponde su tratamiento.

En tal sentido, cabe considerar que la impugnación fue presentada contra una sentencia condenatoria, por escrito, por ante el órgano administrativo encargado de su recepción y tramitación, y por quien se encuentra legitimado subjetivamente para ello (arts. 233 y 236 del código de rito). Asimismo, el remedio intentado resulta autosuficiente porque de su lectura y de lo debatido en la audiencia celebrada (conf. art. 245 del C.P.P.N.) se hace posible conocer cómo se configura -a juicio del señor Defensor el motivo de impugnación

ordinaria aducidos y la solución final que propone para el caso, por lo que corresponde su tratamiento. Así voto.

El **Dr. HECTOR GUILLERMO RIMARO,** manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones. Mi voto.

La **Dra. LILIANA DEIUB,** expresó: voto esta primera cuestión en igual sentido que el colega preopinante, por compartir sus fundamentos. Mi voto.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. DANIEL VARESSIO,** dijo:

Como lo sostuviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Casal" (Fallos: 328:3399) cuando se trata de casación en materia penal, corresponde una revisión amplia de la sentencia dictada. De allí, que la función del Tribunal de Impugnación en el ejercicio del control de la sentencia condenatoria de grado es la de verificar que no existan defectos formales o sustanciales (Art. 236 C.P.P.N.) en la declaración de responsabilidad y en la sentencia de pena.

Ingresando en la cuestión de fondo objeto de controversia, es preciso señalar que la impugnación

tiene particulares aristas y el defensor las presenta con claridad, existen varios planteos, el primero es la nulidad del acuerdo parcial en el que se declara la responsabilidad de D., luego se efectúan otros planteos subsidiarios por lo que cada una merece un análisis específico.

El hecho que el tribunal tuvo por acreditado fue el siguiente: en fecha indeterminada pero entre los meses de octubre del año 2012 y febrero del año 2016, abusara sexualmente en forma reiterada y continuada, mediante acceso carnal vía vaginal de la joven J. N. C., quien en dicho periodo contara entre 11 y 15 años de edad.

En dichas circunstancias temporales, aprovechando la confianza que le proporcionara ser la pareja de B... S... P... hermana de la niña, tener conocimiento de la misma desde el año 2004 y haber intercedido ante los padres de la joven para que le concedieran distintos permisos para realizar actividades, entre ellas practicar su deporte favorito, fútbol, ofreciéndose a llevarla y traerla, en momentos en que la llevara a la escuela, la fuera a buscar o a alguna otra actividad, abusara sexualmente de la niña mediante acceso carnal vía vaginal al estar a bordo de diversos vehículos

automotores en distintas zonas de la localidad de ...
.....a saber: el primer mirador de la Ruta
Nacional 40 camino de los siete Lagos, primer mirador de la
cuesta Juez de Paz Julio César Quiroga camino al Hotel Sol,
Ruta Provincial 19 camino a Puente Blanco curva Las Chivas
en el camino de ingreso a la vivienda del Sr. D.
unos metros hacia adentro de la tranquera, Ruta Provincial
48 camino a Hua Hum sector de las antenas metálicas entrada
anterior al Barrio Intercultural conocida como "Villa
Cariño", Ruta Provincial 48 sector de la cantera vieja
frente al ingreso la Barrio Intercultural, Ruta Provincial
48 pasando la cantera vieja en la tranquera de ingreso al
circuito XC unos metros hacia adentro.

En tal sentido, encontrándose a bordo del
Taxi en el cuál prestara servicios de chofer abusara
sexualmente mediante acceso carnal vía vaginal de la niña
J. N. en el sector de la Ruta Provincial 48 camino
a Hua Hum en el sector de las antenas metálicas entrada
anterior al Barrio Intercultural conocida como "Villa
Cariño". Del mismo modo, estando a bordo de su vehículo
Volkswagen Gol abusara sexualmente mediante acceso carnal
vía vaginal de la niña en la Ruta Provincial 48 camino a
Hua Hum en el sector de las antenas metálicas entrada

anterior al Barrio Intercultural conocida como "Villa Cariño", Ruta Provincial 48 en el sector de la cantera vieja frente al ingreso la Barrio Intercultural, Ruta Provincial 48 pasando la cantera vieja en la tranquera de ingreso al circuito XC unos metros hacia adentro.

Asimismo en dichas circunstancias, al encontrarse trabajando como chofer de un taxi, abusara sexualmente de la niña J. N. C., a bordo de dicho vehículo, accediéndola carnalmente vía vaginal en varias oportunidades y en distintos lugares de
.....-

Así como también en circunstancias en que prestara servicios en la Empresa de Turismo, abusara sexualmente de la joven mediante acceso carnal vía vaginal a bordo de la Traffic de dicha empresa de turismo que conducía, en el primer mirador de la Ruta Nacional 40 camino de los siete Lagos, luego en el primer mirador de la cuesta Juez de Paz Julio César Quiroga camino al Hotel Sol, y por último en la Ruta Provincial 19 camino Puente Blanco curva Las Chivas en el camino de ingreso a la vivienda del Sr. D. unos metros hacia adentro de la tranquera, a la vuelta de la Escuela de a la que la joven asistía.

Finalmente, en dichas circunstancias en que abusara sexualmente de la niña, le extrajera fotografías, las que utilizara posteriormente para amenazar a la joven con mostrárselas a su padre cuando a la edad de 13 años quiso poner fin a dicho sometimiento sexual.

La conducta desplegada por el encausado resulta constitutiva del delito de abuso sexual con acceso carnal continuado y reiterado en el tiempo en carácter de autor, previsto en los arts. 45, 119 primer y tercer párrafo del Código Penal.

En efecto, el agravio en relación a la nulidad del acuerdo es el que merece tratarse en primer término, por las proposiciones fácticas presentadas y el tiempo de inicio de los hechos, punto controversial que agravia al impugnante.

¿Cabe preguntarse si la sentencia contiene los vicios denunciados por la defensa?, estimo que lleva razón; de la audiencia celebrada el día 23 de septiembre de 2016 y del audio de la misma se puede advertir que el fiscal al enumerar la prueba del acuerdo parcial, no enunció la "partida de nacimiento", ni pide sea incorporado el documento público a los fines de acreditar la edad de la menor.

De igual modo al resolver el Dr. Nazareno Eulogio y efectuar un detalle de la prueba, no enumera ni valora la edad de la menor J. N. C..

La impugnación cuestiona en primer lugar el acuerdo parcial celebrado, y su agravio central finca en la supuesta indefensión del señor D., habida cuenta que su defensor en aquella oportunidad el Dr. Areco aceptó el mismo sin cuestionamientos, siendo que el propio imputado consideraba que había mantenido relaciones sexuales con J. pero a partir de los trece años.

Dentro de los mecanismos que permiten asegurar el control de la legalidad de los actos de los jueces el artículo 229 del código procesal nos habilita a su revisión aún de oficio. Ante un caso judicial como el que nos ocupa, es preciso conocer si se verificó cual es el nexo que la acusación fiscal guarda con la proposición fáctica que se reconoció en aquella audiencia y la prueba que invocó y sustenta su teoría. Además corresponde determinar si dicha valoración se sustenta en documentos públicos eficaces para acreditar la identidad de las personas.

Ello en nada invalida el eje del proceso adversarial, en el cual el juez debe decidir teniendo en

cuenta lo alegado y probado o convenido por las partes. De modo que verificar la legalidad del acuerdo declarando su validez o invalidez, y con efecto limitado al caso concreto, no solo es posible, sino es un deber de todo magistrado, en función de que para tener por acreditadas las proposiciones fácticas enunciadas por la fiscalía es imposible prescindir de la partida de nacimiento de la menor.

Es decir el núcleo del planteo expuesto en esta impugnación consiste en conocer si el juez de garantías efectuó al homologar dicho acuerdo el control de legalidad del mismo al aceptar que los hechos reconocidos comenzaron a ocurrir en las circunstancias de tiempo relatadas, valorando los documentos que acreditaban la edad de la menor siendo el único modo de probar dicho extremo con la partida de nacimiento que no fue valorada como prueba de cargo por el juez de garantías al declarar la responsabilidad de D. .

Por ello al analizar el acuerdo parcial por el que se solicita la nulidad, es menester situarnos en el nuevo código procesal penal la norma que regula la incorporación de los documentos públicos parece ser terminante, el art.182 establece en lo que aquí interesa

"...la prueba que hubiese de servir de base a la sentencia deberá producirse en la audiencia de juicio, salvo excepciones expresamente previstas. Solo podrán ser incorporados al juicio por su lectura las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción cuando sea posible. Toda otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura no tendrá ningún valor..." Asimismo, el art.187 del mismo cuerpo legal establece respecto de la documentación y objetos que *"...los objetos y evidencias introducidas en el juicio a través de los testigos y peritos, serán exhibidos a aquellos para su reconocimiento. Solo podrán incorporarse al juicio aquellos objetos que fueran exhibidos..."*.

Ahora bien el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece que los instrumentos públicos extendidos de acuerdo a las normas del Código, gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado (art.293). Por su parte el artículo 296 se refiere a la eficacia probatoria, lo trata en dos incisos, en el primero establece que los mismos hacen plena fe en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el

lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal y en el otro apartado establece que también hace plena fe en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.

Por tanto, si aún nos atuviéramos a la regla de la autosuficiencia de los documentos públicos, sin necesidad, tal como la práctica judicial instaurada en el sistema procesal acusatorio de naturaleza adversarial entiende como prueba válida aquella que se produce en juicio, también estamos ante un serio problema.

Ninguna de las dos hipótesis lógicas fue instrumentada por el señor juez de garantías al homologar el acuerdo parcial y declarar la responsabilidad penal de D., simplemente porque la partida de nacimiento nunca fue incorporada por lo que no pudo valorarse y tenerse como base cierta a partir de la cual la fiscalía construiría su teoría legal; el Ministerio Público fiscal tiene la obligación de avalar -con la partida de nacimiento- lo que afirma, es decir que el hecho motivo de

acuerdo fue cometido por D. cuando la menor J. contaba con once años de edad y el Juez del acuerdo tiene la obligación de verificarlo. Ninguno de las dos condiciones se cumplió.

Es claro cuando el defensor plantea que su cliente estaba convencido que mantenía una relación con una menor de trece años y no de once. Por ello la lógica del sentido común, obligaba al señor juez de Garantías a efectuar un máximo esfuerzo en el control de legalidad del acuerdo, ello es así porque la edad de la víctima es una cuestión basal en el tipo penal escogido que amplía el rango de pena sustancialmente si la víctima es menor de trece años.

Por ello y de acuerdo a lo previsto en el artículo 95 del código procesal, en función del artículo 96 segundo párrafo, la consecuencia legal es la declaración de nulidad dispuesta en el artículo 98 del mismo cuerpo legal. Siendo así, debe declararse la nulidad del acuerdo parcial que fuera homologado el día 23 de septiembre de 2016 por el Dr. Nazareno Eulogio, en ocasión de celebrarse la audiencia prevista en el artículo 168, estableciendo que los actos celebrados con posterioridad son alcanzados con esta declaración por tener conexión con el acto anulado, tal

como es la sentencia de determinación de pena. Debiendo efectuarse renvió conforme al artículo 247 del C.P.P y convocarse a una nueva audiencia prevista por el artículo 168 del ritual para que en presencia de otro magistrado las partes debatan cuestiones propias de esa etapa intermedia.

Es mi voto.

El **Dr. HÉCTOR GUILLERMO RIMARO,** manifestó: voy a coincidir con el voto de mi colega, el Dr. Daniel Varessio, al que adhiero en todas sus partes.

La **Dra. LILIANA DEIUB,** expresó:

Adelanto que mi voto acompaña a ambos colegas, por compartir sus fundamentos, sin perjuicio de lo cual me permito agregar algunas consideraciones.

En principio cabe aclarar que comparto la jurisprudencia que sostiene que: "constituye un requisito previo emanado de la función jurisdiccional, el control, aún de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría ser confirmada (C.S.J.N., Fallos 317:2043), citado en R.I. Nro. 47, del 23 de marzo de 2017).

En ese orden considero que la función jurisdiccional al analizar los acuerdos entre Fiscalía, en su caso Querrela, y Defensa, no se limita a una mera tarea homologatoria, sino que se debe ejercer un control efectivo de legalidad de los mismos.

En ese contexto y tal como lo dejó remarcado el primer voto, era esencial que el Magistrado verificara la observancia de determinadas condiciones, de las cuales en su mayoría dio cumplimiento. Sin perjuicio de ello, entendimos que no verificó la existencia de un elemento esencial del tipo penal -básico- previsto en el primer párrafo del art. 119 del Código Penal, ya que de las constancias de la video grabación de la audiencia realizada, no se observa que la Fiscalía haya acreditado en forma expresa la edad de J. en el momento de los sucesos y menos aún que haya ofrecido como prueba en dicha audiencia, la pertinente partida de Nacimiento. Por ende el Magistrado al evaluar la prueba ofrecida, tampoco hizo referencia a este especial tópico, que era -reitero- esencial toda vez que en función a la edad -menor de 13 años- se sostenía la acusación fiscal y el tipo penal endilgado.

Por estos argumentos y los expuestos por el Dr. Varessio, acompaño su decisión. Mi voto.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El **Dr. DANIEL VARESSIO**, dijo:

Que hallo motivo para eximir totalmente de costas procesales en esta etapa recursiva a los recurrentes, a fin de no afectar la garantía al doble conforme y a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena, en cuanto considero que el ejercicio de tal derecho no puede verse cercenado ante la amenaza o el temor de tener que afrontar el eventual pago de las costas procesales para el caso de que el recurso sea rechazado (arts. 268 y 270 del C.P.P.N.). **MI VOTO.**

El **Dr. HÉCTOR GUILLERMO RIMARO**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones. Mi voto.

La **Dra. LILIANA DEIUB** expresó: voto esta cuestión en igual sentido que el colega preopinante, por compartir sus fundamentos. Mi voto.

De conformidad con las posturas precedentemente expuestas, el Tribunal de Impugnación Provincial, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE DESDE EL PLANO Estrictamente formal la impugnación ordinaria deducida a favor del ciudadano D. F., D.N.I. N°:

II HACER LUGAR A LA IMPUGNACION ORDINARIA DEDUCIDA por verificarse el motivo invocado (art 246 in fine) y en consecuencia declarar la **NULIDAD del ACUERDO PARCIAL** por el que se lo Declaró Penalmente responsable a D. F. D.N.I. N°:, del delito de abuso sexual con acceso carnal continuado y reiterado en el tiempo en carácter de autor, previsto en los arts. 45, 119 primer y tercer párrafo del Código Penal, *en perjuicio de J. N. C. entre los años 2012 a 2016, en diversos lugares de la ciudad de, y de de todos los actos consecutivos. Ordenar el REENVIO, artículo 247 del C.P.P., para la realización de la audiencia del artículo 168 del C.P.P.*

III.-EXIMIR TOTALMENTE DE LA IMPOSICIÓN DE COSTAS por el trámite derivado de la impugnación ordinaria de la sentencia (art. 268 del C.P.P.N.).-

IV.- Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración y pertinente notificación.

Dra. Liliana Deiub
Jueza

Dr. Daniel Varessio
Juez

Dr. Héctor Rimaro
Juez

Reg. Sentencia N° 24 T° II Año 2017.-