

SENTENCIA Nro. quince /2017. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, **a los siete días del mes de marzo del año dos mil diecisiete**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación, conformada por los **Sres. Jueces Dres. Andrés Repetto, Richard Trincheri y Fernando Zvilling**, presididos por el primero de los nombrados, en el caso **“G., N. M. S/Abuso Sexual”** (LEG. MPFNQ 34.447 Año 2015), seguido contra N. M. G. (titular del DNI),, nacido el ... de de en,, domiciliado en calle Mza. ..., de la ciudad de

ANTECEDENTES:

Por sentencia del día cinco de septiembre del año dos mil dieciséis, el Tribunal de Juicio, integrado por la Dra. Ana del Valle Malvido y los Dres. Mario Rodríguez Gómez y Marcelo German Rubén Muñoz, falló: **“PRIMERO:** Declarar autor penalmente responsable a N. M. G., titular del D.N.I. nro., cuyas demás circunstancias personales obran en el exordio, del delito de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por la calidad del sujeto activo, por ser su progenitor y por haber aprovechado de una situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años, en forma continuada, en perjuicio de su hija R. A. G.”.

Año del Centenario del Nacimiento del Gobernador Felipe Sapag

Contra la sentencia de condena, el Dr. Gustavo Barroso dedujo impugnación ordinaria.

La audiencia del art. 245 del Código Procesal Penal se celebró el día 17 de febrero del corriente año, asistiendo los Dres. Gustavo Barroso, por la Defensa, el Dr. Rómulo Patti por la Fiscalía y la Dra. Robeda por la Defensoría de los Derechos del Niño.

En la audiencia de impugnación, al expresar agravios, el Dr. Gustavo Barroso sostuvo que impugnó la sentencia por la que se condenara a su asistido. Luego de relatar el hecho, calificado como abuso sexual doblemente agravado por ser progenitor y por aprovechar la situación de convivencia, señaló que la sentencia es ilegítima, nula, al ser dictada por un Tribunal incompetente. Que son dos motivos de impugnación. Uno, por ser ilegítima y nula la intervención en Juicio de un Tribunal incompetente. En segundo término por arbitrariedad en la valoración de la prueba. Señaló las razones por las cuales la impugnación sería admisible. Sostuvo que la nulidad abarca a la totalidad del proceso y no abarca sólo a la parcialidad de la resolución de condena. El Dr. Muñoz fue sustituido por el Dr. Yancarelli mientras se encontraba de licencia. Fue removido de su cargo a la fecha. Que en la cesura se planteó la afectación a la garantía del Juez

Natural, por violación de la inmediatez y continuidad del proceso. Que el Juicio es uno solo. El Dr. Yancarelli no intervino en la juicio de responsabilidad, por lo que algunas pruebas, como por ejemplo las vinculadas con la extensión del daño, etc., que tenían que ver con la graduación de la pena, ya se habían debatido en esa etapa procesal. Que el Tribunal, por mayoría, dijo que el planteo era extemporáneo. Con la disidencia de la Dra. Malvido. Que se equivoca el Tribunal porque hay una afectación constitucional, como la inmediatez con la prueba. Que no se trata de la recusación por imparcialidad. Plantea la ilegalidad de la constitución del Tribunal. Que erróneamente dijo el Dr. Rodríguez Gómez que nada más imparcial que el Dr. Yancarelli porque no había tenido contacto con el caso. Este es uno de los motivos del agravio. Que el Dr. Yancarelli condenó a una persona sin conocer las circunstancias de los hechos. La legalidad hace a la constitución del Tribunal. El art. 44 asigna la competencia a un Tribunal de Juicio. Los arts. 176 y 177 establecen el modo de llevar adelante el juicio, un solo juicio, no dos juicios. Que así lo entendió la Dra. Malvido. En el Juicio es donde se va a dirimir la responsabilidad y luego la pena, pero en un solo Juicio, a través del mismo Tribunal. Que es un error de la mayoría

que la Oficina puede extraer del Colegio de Jueces a cualquier Juez. Que con posterioridad a la responsabilidad no se puede interrumpir un Juicio para luego nombrar a otros Jueces. Podrá no afectar la imparcialidad, pero afecta la legitimidad de la constitución del Tribunal. Si la interrupción era momentánea, no correspondía rechazarlo. Que esto es un grave antecedente, porque trasladado a otras situaciones, importaría poder reconstituir los Tribunales, en la medida que lo hiciera más fácil para el funcionamiento de la Oficina Judicial. El Dr. Muñoz podría haberse reincorporado al finalizar la licencia médica y haber tratado la cuestión. La intervención lleva implícita la nulidad del juicio. Viola los arts. 18, 73 inc) 8 inc. 1 y el art. 41 del C.P. ya que el juez debe tomar contacto con los hechos y sus circunstancias. Este contacto es mediato, como lo es el del Tribunal revisor de Impugnación. No se puede suplir a través de un video. No es un contacto inmediato la filmación, una percepción a través del televisor. El art. 247, la norma del reenvío, no es aplicable. Ya que en ese caso es la ley la que decide el tema. Yancarelli no puede saber de qué se trataba el caso. Es un apartamiento del juez natural, por lo que se viola la continuidad y la inmediatez. Solicita la nulidad del Juicio en su integridad. Se preguntó qué sucedería si se muere un

Juez, afirmando que no se mueren ni expulsan Jueces todos los días, por lo que si bien es lamentable lo que sucedió, la solución legal es la postulada.

Subsidiariamente cuestionó la responsabilidad de G.. El voto del Dr. Muñoz, al que adhirieron los restantes Magistrados, afirmó el letrado, no sólo no valoró adecuadamente las pruebas, sino que incluso se apartó de las producidas. Que el Juez dijo que tomaba como pilar fundamental el extenso testimonio de la menor, cuyas manifestaciones tuvo por ciertas. Pero, estima, debió valorar los elementos periféricos que fueron acreditados en la audiencia y ver si confirmaban sus dichos. Y también llevar a cabo un control interno del testimonio. Indicó que la niña comenzó diciendo "que se lo contó a la psicóloga, que le contó todo lo que había pasado". Pero no es así, porque nunca estuvo con una psicóloga. Se entrevistó con Mónica Belli, médica psiquiatra, y la Lic. Katcoff, asistente social. Pero tampoco se los contó a ellas, sino que dieron intervención al 102 por sospechas de abuso sexual. Mantuvieron seis encuentros, en los cuales comenzaron a indagarla por el abuso sexual. Es decir, sostiene, no tuvieron el recato de averiguar qué pasaba. Partieron de la base de estar frente a una niña abusada. Como no les contaba nada del abuso, en la segunda

Año del Centenario del Nacimiento del Gobernador Felipe Sapag

entrevista le dieron un diario para que escribiera las circunstancias y en la tercera entrevista, la niña, por supuesto, ante esta indagatoria de dos adultos que se iba a prolongar en el tiempo, tal como venía la situación, y como iba a tener que volver a ser indagada (afirma que en términos de la propia Belli y Katcoff), la niña trajo un escrito. Que nunca le contó nada a nadie. Tampoco lo hizo con la madre. Que el Juez dio por ciertas las relaciones, que lo hacían día por medio, durante el día y la noche, cuando renunció al trabajo de sereno. Que el horario de trabajo del padre era de las seis de la mañana a las seis de la tarde. Es decir, estaba un rato al mediodía y un rato a la tarde. El padre dormía en una chacra, donde oficiaba de sereno. A esto, continúa, lo dice G., pero también R. y la madre. La niña iba a una escuela de doble turno, de 8 a 11 y de 13 a 19 hs. Entonces, se pregunta cómo podrían haberse producido los hechos. Que el Dr. Muñoz dijo que ella no podía tener contacto con nadie y no la dejaba tener amigos. Se habló de una situación de aislamiento. Las profesionales lo repitieron. Y también la Psicóloga Palma Melina. Pero si G. estaba 20 hs. fuera, poco podía hacer con su hija. Pero además, la niña tenía celular e incluso iba a visitar a su madre. La madre dijo que no dejaba que G. tomara contacto con ella, pero luego

también que limpiaba la casa con ella. Entonces, sostiene que esto es una contradicción. Cuando se le preguntó a Melina Palma sobre el tema del aislamiento, si había hecho algún test sobre la niña, dijo que no. Que ella estaba allí para hablar del abuso. Si había algo más parece que no le interesaba. La Lic. Ortiz dijo que tenía amigos a través de las redes sociales, tanto varones como mujeres y que tuvo contacto con esas personas. Respecto del retraimiento y falta de contacto, existe, pero responde a su propia personalidad, dijo la Lic. Ortiz. No entiende la Defensa qué hizo el servicio 102 y la psicóloga tratante. Esto es un problema de base. Que el Dr. Muñoz, al cotejar la información psicológica que brindaron Belli y Katcoff, legalizó el ejercicio ilegítimo de la profesión, porque dijo que tienen mucha experiencia, por lo que pueden ejercer la psicología infantil, porque en definitiva hace mucho tiempo que trabajan allí y pueden opinar sobre cualquier tema. Se le preguntó a Katcoff si hizo estudios de campo, y dijo que no, que no era su función. Los argumentos del Dr. Muñoz también son arbitrarios en eso. En el voto se afirmó que dejó la escuela por el padre. Pero nunca dijo eso, la abandonó cuando estaba con su madre, no con su padre. Cuando estaba con el padre fue religiosamente a la escuela. La valoración es contraria a los dichos de

R.. Los dichos de la niña no pueden ser ratificados en la realidad, el padre nunca estaba, ella iba a la escuela prácticamente todo el día, una situación de aislamiento social no es tal, que tenía un celular para comunicarse, iba a la casa a limpiar, todas situaciones que no son ciertas. Se pregunta cuándo dice la verdad y cuándo no. La Lic. Ortiz exploró las intervenciones del 102 porque fueron muchas. Se va incorporando información externa por parte de los operadores. La madre que la empujaba y el servicio 102 que la indagaba la llevaron a escribir esa nota, que luego tuvo que sostener. Dijo R. que el padre la dejaba encerrada. Que tenía una reja, pero no la tiene, tiene un alambrado perimetral. Tenía contactos. También dijo Muñoz que todo se desencadenó por una pelea el 8 de diciembre de 2014, lo que no es cierto porque el padre se enojó al verla besándose con un chico. La madre dijo que los chicos llamaron a su papá porque R. estaba haciendo un escándalo, y no por estar celoso, sino porque los propios hijos dijeron que R. estaba haciendo un escándalo. El padre la echó, no se fue. Le dijo que se fuera a vivir con la madre. No es como dice el Dr. Muñoz. Se pregunta qué apuntes tomó. Es un testimonio poco creíble. Pero se suma el informe médico de la Dra. Robato, quien dijo que puede dar por cierto que hubo relaciones sexuales, nada más.

Robato dijo que no determinó si fueron consentidas o no. Pero las categorías de Muram, son hasta los 13 años, cuando no puede haber consentimiento válido. Les dijo a Palma, Katcoff y Belli que no había tenido novio. Pero otras fuentes no dijeron lo mismo. R. dijo se estaba besando con un amigo de su hermano, entonces, no es cierto que no tenía novio. La madre afirmó que estaba dando una imagen escandalosa. Ortiz que mantenía encuentros con varones por las redes sociales. Entonces, que estaba aislada, no es así.

En la contestación de agravios, Dr. Rómulo Patti sostuvo que la defensa criticó que el voto del Dr. Muñoz se aparta de las pruebas producidas. Parece un reclamo inicial a un Juez al que luego se ataca. Se pregunta qué es el Juez Natural. Yancarelli intervino ante un caso de fuerza mayor extrema. Por fallecimiento o incapacidad sobreviniente, está perfectamente habilitada la intervención de un Juez nombrado conforme las leyes. Juez "ad hoc" es otra cosa, ya que se trata de designar a alguien para ese caso. Es cierto que el juicio es uno, pero son dos fases, como dice el código. Son autónomos, se puede producir prueba en ambos casos. Solicita se rechace el planteo. Sobre el fondo, afirma que no hay discrecionalidad extrema, satisface el estándar probatorio, no existe una

apreciación o valoración absurda de las pruebas. Señala que el testimonio principal es el de la víctima. Es un trabajo serio del 102, no seis, sino casi diez entrevistas. Se tamizó el caso para ver si podía o no prosperar. El tema del aislamiento era psíquico. Tomó a esta criatura como su mujer, se fue develando. Ella fue la elegida, la pareja. La expulsó, como a una pareja, bien pudo ser por esto. Los informes y testimonios dieron cuenta del develamiento. Si la niña tenía 12 años, se pregunta de qué consentimiento estamos hablando. La figura paterna era muy fuerte. Ella hasta dijo que no le daba la cabeza para denunciarlo. Hubo períodos en los que los hechos podían producirse. Los develamientos tardíos son una constante en este tipo de casos.

En tanto que la Dra. Robeda dijo coincidir con el fiscal en que no se violó el principio de Juez Natural. En el Leg. 44351, "Zúñiga Catalán", una Jueza de Garantías suspendió el juicio por la misma situación, y los Dres. Zvilling, Cabral y Rodríguez Gómez dijeron que no se afectaba la garantía del Juez Natural. Existen las videograbaciones y hasta se pueden aportar los mismos testigos de la etapa anterior. Sobre el fondo, sostuvo que los hechos comenzaron a los 12 años. Que la niña dijo que "esto pasaba cuando dejó el trabajo de sereno". Que tenía

miedo de quedar embarazada. Es decir, que no se encontraba de día, ni de noche, no es así. Su único testigo, S..., en debate dijo que convivía con ellos, que él nunca estaba y su hermana no iba todos los días a la escuela. Por eso el Juez afirmó que existían recesos escolares. Develó después de 3 entrevistas. Katcoff, la asistente social, trabaja en el servicio de abuso hace 7 años. Beliz, la médica pediatra, más de 10 años. Una vasta experiencia. Dijeron que era una niña bloqueada, que lloraba, y no podía decir lo que le pasaba, por lo que le sugirieron que escribiera. Y le dijo a la madre que había sido abusada. No existen indicadores de fabulación, dijo Ortiz, quien llevó a cabo la entrevista en Gesell. Estaba en condiciones de declarar en debate, y se la escuchó. Y Ortiz sostuvo que no le daba la cabeza para decirlo, no existía motivación para mentir. El último episodio fue cerca del cumpleaños de su hermano. No existe arbitrariedad según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El imputado, al finalizar la audiencia, hizo uso de la palabra. Sostuvo que lo dicho por R. y la madre son mentiras. Ella los abandonó. Los encontró en muy mala situación, por lo que se hizo cargo. R. iba al colegio. Siempre le pagaba a alguna profesora y pasaba de año. Fue a vivir con la madre, y no fue más a la escuela.

Le cambió muchas veces el chip del teléfono por el tema sexual. Por redes se contactaba un día y al siguiente tenía relaciones. Nunca la maltrató. Se escapaba en horas de colegio, de allí que tenía muchas amonestaciones. Incluso se prostituía a domicilio, la gente la llamaba, ya conocían la casa. Le preguntaba a dónde salía, y le decía a comprar caramelos. Hubo charlas. Le confesaba que sí, que salía a verse con los chicos. Iban a la casa y se producían las relaciones sexuales en el fondo de la casa.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Fernando Zvilling**, luego el **Dr. Richard Trincheri** y finalmente el **Dr. Andrés Repetto**.

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?.

El Dr. Fernando Zvilling, dijo:

La impugnación ordinaria deducida por la Defensa de N. G., considerando que fue interpuesta en tiempo y forma, por la parte legitimada

subjetivamente y contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

El Dr. Richard Trincheri, expresó:

Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Andrés Repetto, manifestó:

Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El Dr. Fernando Zvilling dijo:

Luego de oídas las partes en la audiencia de impugnación, se adelanta que los agravios no pueden prosperar.

Si bien la fiscalía hizo referencia a la inexistencia de "absurda valoración de la prueba", y la Defensoría de los Derechos del Niño a la inexistencia de "arbitrariedad" según el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por lo que postularon el rechazo de la impugnación, lo cierto es que la defensa, más allá de la referencia errónea a esta causal, no invocó estos argumentos, sino una incorrecta valoración de la prueba. El

limitado modo en que pretenden los acusadores que se aborde el recurso del imputado sería violatorio del "doble conforme" o de la "revisión integral" de la sentencia de condena, constitucionalmente impuesto y legislativamente establecido en nuestro ordenamiento procesal.

Dos son los planteos formulados por la defensa. El primero, vinculado con la supuesta violación al principio del Juez Natural y de la inmediación. En el segundo, los agravios se refieren a la incorrecta valoración de la prueba efectuada en la sentencia de condena.

VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA DEL JUEZ NATURAL Y DE LA INMEDIACIÓN.

Desde el plano constitucional, el planteo de la defensa sobre la afectación a la garantía del "Juez Natural", es equivocado. Como lo sostiene Federico Gastón Thea (2009 La Ley, Suplemento Administrativo (Junio 2009), p. 11. Id SAIJ: DACF090047), la garantía del Juez Natural, prevista también expresamente en el artículo 18 de la Constitución Nacional, contiene dos prohibiciones: Por un lado, esta garantía impide la creación de "fueros personales". En segundo lugar, la garantía del Juez Natural prohíbe que se cambie o altere la competencia del tribunal que al momento de ocurrir los hechos debían entender en la

causa judicial de acuerdo a la ley anterior, para transferirla a otro Tribunal que reciba esa competencia después del hecho. Cabe aclarar no obstante, que la Corte Suprema de Justicia ha interpretado esta exigencia en términos más laxos, considerando que sólo se produce una violación a esta prohibición cuando la sustracción arbitraria de una causa constituya, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada.

Desde la doctrina, Raúl Washington ABALOS, en "Derecho Procesal Penal", Ed. 1993, T. I, págs. 166 y ss., luego de referirse en forma general a la garantía constitucional del art. 18 de la C.N., expresa que "No viola la garantía constitucional de los jueces naturales el hecho de intervenir nuevos jueces en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de la justicia o en la distribución de la competencia.". En el mismo sentido, Julio J.B. MAIER, en "Derecho Procesal Penal Argentino, T.I b), pág. 494, Ed. Hammurabi, 1989, y específicamente al referirse a la competencia sostiene que "Si el problema que crea la mutación *ex post facto* de la competencia no está provocado por el poder político arbitrariamente, con la exclusiva intención de disimular la designación de Tribunales nuevos para la atención de ciertos casos o el juzgamiento de

personas determinadas ..., la nueva ley general de competencia puede atribuir competencia a los Tribunales creados con posterioridad al hecho, bajo la condición de que, de ninguna manera, encubra un Tribunal de excepción disimulado".

Y, finalmente, es interesante mencionar que María Angélica GELLI, en "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", FEDYE, 2003, al tratar el tema de "La garantía del Juez imparcial", señala que "... la garantía del juez natural limita la aplicación retroactiva del cambio de competencia de los magistrados, aunque éstos conformen instituciones judiciales permanentes, con competencia delimitada por leyes generales pero que no tenían atribuciones para juzgar el hecho de que se trata, en el momento en que ha sucedido. Sobre esta cuestión, la Corte Suprema ha creado una regla interpretativa en virtud de la cual la garantía del juez natural 'no resulta afectada por la intervención de nuevos jueces en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de justicia o en la distribución de la competencia. Pues (el art. 18) sólo tiende a impedir la sustracción arbitraria de una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para casos semejantes, con el fin de atribuir su conocimiento a uno

que no la tiene, constituyendo así, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada' (491).".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, hace más de 100 años, delimitó el concepto del Juez Natural. En "Chumbita, Severo" (Fallos 17:22 del 4/11/1875) dijo: "Que el objeto del artículo dieciocho de la Constitución ha sido proscribir las leyes "ex post facto", y los juicios por comisiones nombradas especialmente para el caso, sacando al acusado de la jurisdicción permanente de los jueces naturales, para someterlo a tribunales o jueces accidentales o de circunstancias; que estas garantías indispensables para la seguridad individual no sufren menoscabo alguno, cuando a consecuencia de reformas introducidas por la ley en la administración de la justicia criminal, ocurre alguna alteración en las jurisdicciones establecidas, atribuyendo a nuevos tribunales permanentes, cierto género de causas de que antes conocían otros que se suprimen a cuyas atribuciones restringen; que la interpretación contraria serviría muchas veces de obstáculo a toda mejora en esta materia, obligando a conservar magistraturas o jurisdicciones dignas de supresión o de reformas".

En el caso que nos ocupa, se trata de la integración del Tribunal para el Juicio de Cesura por parte de un Juez en reemplazo de un Magistrado destituido de su cargo, y no de la constitución de un nuevo Tribunal para juzgar a una persona por un delito cometido antes de su

Año del Centenario del Nacimiento del Gobernador Felipe Sapag

creación. Aunque, aún en ese caso, asunción *ex post facto*, el sentido de la garantía es impedir la creación de una "comisión especial" de juzgamiento.

Como dice Segundo Linares Quintana, la primera regla de interpretación de la Constitución, es hacer siempre prevalecer su contenido teleológico o finalista, a partir de un criterio liberal amplio y práctico, que en tanto instrumento de gobierno, también es restricción de poderes, en amparo de la libertad individual y que sus palabras deben interpretarse en sentido general y común o natural y popular; así cuando el constituyente garantizó a los individuos, que serían juzgados por un juez designado previamente, eso es exactamente lo que quiso garantizar, sin perjuicio de que en casos excepcionales, imposibles de prever a priori -muerte, renuncia, destitución, excusación- deba recurrirse a una designación posterior al hecho, por cuanto esta situación, se presenta como un supuesto de fuerza mayor que debe encontrar inmediata respuesta. Así se ha dicho, que los jueces de la Constitución son los que integran el Poder Judicial independiente de los otros poderes y cuyos miembros gozan de estabilidad, mientras dure su buena conducta.

Aclarado el alcance de la garantía del Juez Natural, no es necesaria una mayor profundización en

el análisis, ya que es claro que el caso que nos ocupa nada tiene que ver con dicha garantía. No se trata de una "comisión especial", ni de la designación de un Tribunal para el juzgamiento de un caso con posterioridad a su creación, sino concretamente de la integración del Tribunal para el Juicio de Cesura con un Magistrado diferente, por remoción del cargo de aquel que integrara el Tribunal de Juicio. Es decir, si bien el Juez de la cesura -Dr. Yancarelli- fue nombrado con posterioridad, nada indica que su intervención haya tenido la finalidad de violar la imparcialidad, designándolo para integrar un Tribunal con el fin de perjudicar los intereses del condenado.

Incluso, la confusión del planteo surge patente cuando la propia Defensa sostuvo en los agravios que "podrá *no afectar la imparcialidad*, pero afecta la legitimidad de la constitución del Tribunal". Justamente, lo que dota de sentido a la garantía del Juez Natural es la "imparcialidad" del Juzgador.

Ahora, también alegó la Defensa, aunque equivocadamente por cierto, como constitutivo de la garantía de Juez Natural, la violación al principio de inmediación y la continuidad del Juicio. Para esto se valió de un argumento semántico, afirmando que el 178 del código procesal penal divide el Juicio en dos fases. Pero que el

Juicio es uno -de acuerdo con lo establecido por dicha norma-, comprensivo de la determinación de responsabilidad y la posterior imposición de pena. Sostuvo que el voto de la minoría -Dra. Ana Malvido- aceptó esta postura.

Este argumento no tiene asidero, desde que no sólo doctrinariamente se habla sobre el Juicio de Cesura, como algo diferente al Juicio de Responsabilidad, sino que el artículo siguiente al invocado (art. 179) lleva como título "Juicio sobre la pena".

Por último, corresponde analizar si el planteo más serio, la supuesta violación al principio de "inmediación", sufrió un menoscabo como consecuencia de la intervención del Dr. Yancarelli en reemplazo del Dr. Muñoz. En abstracto, el planteo puede aparecer verosímil. Sin embargo, a poco de analizar la cuestión, se verá que no tiene entidad, por diversas razones.

Una, desde el punto de vista argumentativo la defensa comete una clara "falacia de tobogán" (Lógica Informal. COMESAÑA, JUAN MANUEL. Eudeba. p. 92 y ss.), al afirmar que "esto es un grave antecedente, porque *trasladado a otras situaciones*, importaría poder reconformar los Tribunales, en la medida que lo hiciera más fácil para el funcionamiento de la oficina judicial". No es la situación, y es claro que no es un problema de

funcionamiento de la Oficina Judicial lo que determinará la constitución de los Tribunales para llevar adelante los Juicios de Cesura, pues en ese caso -la constitución de un Tribunal distinto- sí sería un caso de violación al principio de inmediación. De allí que no compartimos el voto del Dr. Rodríguez Gómez al afirmar que el Juez Yancarelli sería el más "Imparcial" por no haber participado del Juicio. Justamente, los jueces que intervinieron en el Debate deben participar necesariamente del Juicio de Cesura, ya que en algún caso concreto puede que la prueba fundamental para la determinación de la pena se haya producido y debatido en el juicio de responsabilidad mismo. Existen cuestiones de hecho difícilmente separables para evaluar por un lado la responsabilidad del imputado y por el otro, para determinar la pena, de acuerdo con las pautas de dosimetría penal del art. 41 del código de fondo.

Ahora, en el caso concreto, la Defensa alegó la violación a la inmediación, pero sin cumplir con la carga argumentativa básica de indicar de qué modo se violó. Ni siquiera explicó cuál es la prueba que habría llevado a aumentar el mínimo de la pena prevista para el delito, o bien que ameritaba una pena menor a la impuesta que haya sido producida en violación en la inmediación por

parte de uno de los tres integrantes del Tribunal de Cesura. De hecho, ni siquiera señaló cuál fue la pena impuesta.

Sin perjuicio de ello, una mera lectura de la sentencia de pena permite apreciar que las circunstancias consideradas para agravar la pena no dependen de la "inmediación" del Juicio de Responsabilidad. Así, la Dra. Ana Malvido, Jueza del primer voto, consideró como "agravantes" "el período considerable de tiempo de los abusos, lo que implica que en cada abuso se producía una afectación al bien jurídico que protege la figura penal mencionada, dicha circunstancia, tiempo en que se manifestaron los abusos, traduce una mayor culpabilidad". También, "la doble agravante impuesta en la sentencia respectiva, toda vez que al respecto, es dable señalar que una conducta penalmente reprochable trasunta mayor peligrosidad por encontrarse subsumida en dos agravantes específicas".

Y por último, que "se valió para cometer sus abusos del mayor estado de vulnerabilidad en que se encontraba su hija; tal como quedó acreditado en la sentencia de responsabilidad los niños quedaron a cuidado del padre, G., toda vez que la madre se había alejado; dicha circunstancia fáctica, contrariamente a lo señalado

por la Defensa, fue aprovechada, lejos de brindar mayor protección y cuidado a su hija R., acometió contra su integridad sexual; luego, como bien lo estableciera la Defensora de los derechos del niño y adolescente, propició ese estado de mayor vulnerabilidad de la niña víctima: ejerciendo un control exhaustivo sobre la vida de la pequeña; R. en audiencia llegó a decir que se sintió acorralada por la vigilancia de su padre”.

Por otra parte, la Defensa, en el hipotético caso de advertir que algún testimonio del Juicio de Responsabilidad era de utilidad para mitigar la pena, bien pudo ofrecerlo para que la “inmediación” -del Dr. Yancarelli- con la prueba no se viera afectada. Esto, en tanto, estimara que las filmaciones no fueran suficientes para cumplir ese objetivo.

Lo expuesto da debida respuesta al planteo. Respecto de la violación a la “continuidad”, la Defensa solamente la señaló, sin explicar en qué consistiría.

INCORRECTA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

El Dr. Barroso, para demostrar la existencia de una errónea valoración de la prueba, señaló varios puntos. Uno, que el relato de la menor no fue valorado intrínsecamente, ni contrastado con el resto de

las evidencias para corroborar su veracidad. Otro, que la denuncia de la menor, mendaz, fue el producto de la indagación del Servicio de Atención al Maltrato y Abuso Sexual Infantil (102), por lo que la niña, luego de tantas entrevistas, decidió decir que había sido abusada, para terminar con las "indagaciones". Que no existió posibilidad alguna de producción de los abusos, desde que el padre nunca estaba junto a la menor en la casa, ya por sus horarios de trabajo como sereno y albañil, o por el horario de clases de R..

Sobre la mendacidad del testimonio de la menor, indicó que la niña comenzó diciendo "que se lo contó a la psicóloga, que le contó todo lo que había pasado". Pero no es así, porque "nunca estuvo con una psicóloga". Que en realidad lo expresó por escrito, luego de ser "indagada" por el servicio de abusos (102), para poder concluir con la situación. Pero no contó lo que le habría sucedido.

Este argumento adolece de varios defectos. No queda claro cuál es la razón por la que la defensa efectúa aquellas afirmaciones. Ni de la sentencia, ni del relato de la menor R. surge lo afirmado por el Sr. Defensor. Lo que dijo la niña fue que la primera persona que se enteró de los abusos fue la psicóloga. Pero

es claro que se refería a las profesionales del Servicio de Violencia y Abuso Sexual. Además, dijo R. que cuando hablaba del padre lloraba. Y esa fue la razón por la cual la "psicóloga", al no poder hablar, le pidió que escribiera lo que le sucedía, cosa que hizo al día siguiente. Es decir, La Defensa modificó el relato de la niña, ya que la interpretación contextual de sus manifestaciones indican otra cosa bien diferente. Concretamente, que no se trató de un hostigamiento, ni de una falta de "recato" de las profesionales, de acuerdo con el sentido que pretende dar la defensa a la "indagación" de las profesionales del servicio de maltrato infantil y asistencia de abusos. Esto por la sencilla razón que no se trató de hacer decir a una niña que había sido abusada, sino que, ante el cuadro emocional de R., quien lloraba, se encontraba bloqueada y no podía hablar, en la segunda entrevista -no en la sexta- le requirieron las profesionales (a quienes la menor consideró psicólogas), que escribiera lo que le pasaba. Entonces, allí develó que era abusada.

Vinculado con este develamiento "escrito", la defensa sostuvo que la menor "nunca le contó nada a nadie". Esto tampoco es así. A quien no le contó fue a la madre, pero sí se le relató en varias sesiones lo acontecido a su psicóloga tratante, la Licenciada Palma y a

dos amigas, según lo refiriera la niña, luego del tratamiento psicológico. Además, produjo su relato en el Juicio, coherente con el resto de las pruebas producidas. Esto fue soslayado por la defensa.

Sobre los comentarios a la psicóloga tratante, vale detenerse en un par de cuestiones. Su relato, respecto del modo y tiempo en que se producían los hechos de abuso sexual, no sólo son verosímiles, sino que se acreditaron probatoriamente. La niña relató, y esto fue sesgado en la valoración probatoria de la impugnación, que los hechos, al menos a la noche, sucedían cuando su padre *había dejado el trabajo de sereno*. Y también en la siesta, en la que supuestamente no coincidían padre e hija, o había más personas en la casa, circunstancia que también fue descartada. Ya la sentencia valoró esto, que *"la niña no concurría todos los días al colegio, que existían las etapas de receso escolar, días de jornadas docentes, fines de semana, feriados etc. Además de contar con francos"*.

Por otra parte, la niña dijo que el padre trabajaba de albañil un par de días a la semana, a diferencia de G., quien sostuvo que lo hacía todos los días -aún los fines de semana-. Pero, aún así, los horarios escolares y laborales permitían el contacto de padre e hija. Además, de estar a la afirmación de G. sobre la

imposibilidad de los contactos, en realidad la situación de "convivencia" y "crianza" se habría reducido simplemente a "compartir" una vivienda en horarios diferente, lo que, si estamos al resto de la información producida -valoración contextual- se desmiente.

Incluso, también pasó inadvertido para la Defensa que el propio testigo de descargo, S... G..., impuesto sobre la posibilidad de abstenerse de declarar, sostuvo, en consonancia con la víctima, que cuando vivían con su papá, dormían en colchones diferentes. Que en la casa había dos colchones. En uno dormía él -S...- *"y su hermana con su papá dormían en el otro. Que él, de día no estaba casi nunca. Durante el día nunca, a la siesta, cuando estaba su padre él no estaba"*.

También cuestionó la Defensa, (no sin dejar de señalar que no sabía qué notas del juicio había tomado el Dr. Muñoz, Juez del primer voto) el valor que otorgó a los testimonios de Belli y Kaktoff, afirmando que *"legalizó el ejercicio ilegítimo de la profesión, porque dice que tienen mucha experiencia por lo que pueden ejercer la psicología infantil, porque en definitiva hace mucho tiempo que trabajan allí y pueden opinar sobre cualquier tema"*. En esto, el Dr. Barroso incurrió en el error que atribuye a la sentencia, aunque no sobre un problema de

notas, sino más bien tergiversando el sentido de la fundamentación.

La sentencia no dice que las profesionales Belli y Karcoff pueden ejercer la psicología infantil pese a no ser psicólogas, sino que "Respecto de los cuestionamientos de la Defensa, si bien es cierto que ninguna de las profesionales que depusieron son psicólogas lo cierto es que integran un equipo inter disciplinario que tiene como función la asistencia al maltrato infantil, la primera es la Directora desde su inicio con más de 10 años y la segunda lo integra desde hace 7 años, ergo tienen sobrada experiencia sobre la problemática de atención a los menores víctimas de abuso sexual, por lo cual nada mengua su testimonio y diagnóstico sobre lo dicho por R."

Ahora, a qué diagnóstico se refiere la Defensa no queda claro. Las profesionales no diagnosticaron un caso de abuso. Ni la sentencia se basa en sus declaraciones para arribar a la condena sobre la base de ese supuesto "diagnóstico". Lo único que se señaló es la experiencia (indudable) en maltrato infantil, lo cual "nada mengua su testimonio y diagnóstico sobre lo dicho por R.". Los testimonios se refieren a lo que la menor les relató, y el diagnóstico de angustia por las situaciones relatadas - amenazas, penitencias, etc.-. Pero es claro que el voto en ningún momento se apoyó en un diagnóstico de "abuso sexual"

-no efectuado, por cierto- para corroborar las manifestaciones de la menor. Y mucho menos, que el Juez haya convalidado un ejercicio ilegítimo de la profesión. Las profesionales actuaron dentro del marco de sus competencias en el área de maltrato y abuso sexual infantil. Ante una niña con evidentes problemas de comunicación, bloqueada emocionalmente, y frente a la sospecha de abuso sexual, le pidieron que escribiera lo que le sucedía, cosa que hizo. La sentencia señaló “La veían con miedo, con llanto, angustiada, con reminiscencias traumáticas, les comentaba de un excesivo control paterno, las amenazas y las penitencias que le imponía, con temor de quedar embarazada, estaba como acorralada, fue mejorando su aspecto personal a medida que continuaba con los encuentros y en un principio aparecen situaciones de amnesia compatibles con los episodios traumáticos, el padre de lo trataba como su mujer, y contó de un episodio en una fiesta familiar, y que fue el desencadenante para que le pidiera ayuda a su madre y se fue a vivir con ella”.

Luego de estas participaciones, tuvo intervención una especialista en Cámara Gesell, la Lic. Ortiz. Esta profesional, como lo señalara la sentencia, sostuvo que “... la convivencia con el padre fue terrible, la controlaba, no tenía autonomía, no salía de la casa, cumplía tareas domésticas. Ubicó un inicio de los acontecimientos traumáticos y abusivos con el

padre, pero dice ´que no le daba la cabeza para decirlo´, reiteró esta expresión que le llamó la atención”.

La Defensa también ha efectuado una incorrecta interpretación del tema escolaridad. Sostuvo que “en el voto se afirmó que dejó la escuela por el padre”. “Pero la menor nunca dijo eso, porque la abandonó cuando estaba con su madre, no con su padre”. Mientras estuvo con el padre “iba religiosamente a la escuela” .

La descontextualización argumentativa surge patente de la propia sentencia: “En un momento dejó la escuela por lo que le hacía el padre, no podía prestar atención”. Es decir, no dijo que la dejó *mientras estaba con su padre*. De hecho, la niña sostuvo que “Dejó la escuela, le costaba concentrarse por las cosas que le hacía. Le parece que ya vivía con su madre. Ahora va de nuevo a la escuela”. Y la Lic. Palma, psicóloga tratante, también aportó información sobre el tema. Dijo en el Juicio que “abandonó la escuela por temor a encontrarse con su padre”. Tenía “temor de verlo”. Esta situación le generó “fobia social”. Ahora, también sostuvo el Sr. Defensor que la psicóloga no efectuó un solo test para evaluar la credibilidad sobre el aislamiento que le manifestara en las sesiones. Pero esto es desconocer las profundas diferencias en el sentido y fines de la intervención de un psicólogo tratante y de los

profesionales que dictamen sobre cuestiones vinculadas con la credibilidad de un relato.

Por último, corresponde hacer una breve referencia a las manifestaciones finales del imputado en la audiencia de impugnación. Habló de los múltiples contactos sexuales que mantenía la menor, llegando incluso a afirmar que se prostituía en su domicilio. Esto no resiste el menor análisis. Se trata de alegaciones del imputado que no encuentran ningún respaldo probatorio. De hecho, no sólo no se ofreció prueba en tal sentido, que, si estamos al denodado esfuerzo de la Defensa en su tarea, difícilmente obedezca a un problema de inactividad probatoria. Por otra parte, el testigo -S...- que podría haber aportado información al respecto, no fue indagado por la Defensa sobre estas cuestiones.

Por las razones expuestas, corresponde confirmar la sentencia impugnada en todas sus partes en lo que fuera materia de agravios.

El Dr. Richard Trinchero, expresó:

Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Andrés Repetto, manifestó:

Por compartir los argumentos vertidos en

el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El Dr. Fernando Zvilling dijo:

En atención a la resolución de los recursos, en este caso particular considero que no deben imponerse costas (art. 268, segundo párrafo del CPP).

El Dr. Richard Trincheri, expresó:

Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Andrés Repetto, manifestó:

Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

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

RESUELVE:

I. DECLARAR ADMISIBLE DESDE EL PLANO ESTRICTAMENTE FORMAL LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA deducida en favor de N. M.G. (arts. 233, 236 del CPP).-

II. NO HACER LUGAR A LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA POR LA DEFENSA, y en consecuencia, CONFIRMAR la sentencia por la que se condenara a N.

M. G., titular del D.N.I. nro., por el delito de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por la calidad del sujeto activo, por ser su progenitor y por haber aprovechado de una situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años, en forma continuada, en perjuicio de su hija R. A. G. ”.

III. SIN COSTAS (art. 268, segundo párrafo *in fine* del CPP) por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia.-

IV. Regístrese, notifíquese mediante copia a los correos electrónicos de las partes y en forma personal al condenado. Cúmplase.-

Dr. Fernando Zvilling

Dr. Andrés Repetto

Dr. Richard Trincheri

Juez

Juez

Juez

Reg. Sentencia N° 15 T° II Fs. 224/240 Año 2017.-