

SENTENCIA N° veintiuno /2018. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **veinte días del mes de marzo de dos mil dieciocho**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los **Dres. Mario Rodríguez Gómez, Richard Trincheri y Florencia Martini**, presididos por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial "D....., F..... **S/ABUSO SEXUAL AGRAVADO**", identificado como **Legajo MPFJU 17698 Año 2016**, seguido contra **F..... R..... D.....**, D.N.I.-

ANTECEDENTES:

A) Por sentencia dictada el diez de octubre del dos mil diecisiete por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Graciela Felau, Jorge Criado y Andrés Repetto, se resolvió declarar a F..... D....., DNI, autor material y penalmente responsable 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, por el hecho ocurrido en fecha indeterminada pero desde octubre del año 2012 y hasta febrero del año 2016, en perjuicio de la menor J... N.... C.....-

La defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP) contra la

sentencia de responsabilidad, celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el primero de marzo de dos mil dieciocho, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa el Defensor particular, Dr. Pablo Fernando Tomasini, por la Fiscalía el Dr. Fernando Rubio y en carácter de querellante institucional por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, el Dr. Lucas González.

B) El Dr. Tomasini se agravió por entender que su asistido no fue defendido adecuadamente por la defensa pública que intervino en el juicio, por cuanto tan sólo ofreció un solo testigo como prueba de descargo, habiendo omitido una serie de pruebas que esta defensa ofreció en instancia de impugnación y le fue denegada, que hubiese permitido desincriminar a su asistido. Refiere concretamente el testimonio de la Lic. Salvarezza para que depusiese sobre la cámara Gesell, testimonio de la Lic. Zuccarino y las conclusiones del informe realizado por la psicóloga tratante Lic. Elizabeth Candia; el examen del perfil psicológico de D.....; el comprobante de compra del vehículo donde según informa la víctima habría ocurrido la primera relación sexual (cuando la menor tenía ya trece

años de edad); el testimonio del cacique de la comunidad mapuche a la que pertenece D..... para explicar el contexto cultural que habría dado lugar a un error de prohibición por parte de su defendido; las historias clínicas de los centros de salud donde D..... fue tratado por disfunción sexual como así el testimonio del Dr. Marcelo Jurdón del Centro Médico del Sur, y las psicólogas Basanta (del centro médico Roca) y Laun (del Centro médico de los Andes) en relación al mismo punto.

Explica que la defensa oficial arribó a un acuerdo de responsabilidad por el hecho ante lo cual D..... inmediatamente después de concluida la audiencia respectiva acudió a un abogado particular, el Dr. Neri, porque no estaba de acuerdo. Que tal profesional en la audiencia de cesura realizó una serie de planteos de nulidad que al serle rechazados, se retiró de la sala. Es así como llega D..... a la defensa técnica de quien hoy impugna. Explica que impugnó las sentencias y un Tribunal de Impugnación hizo lugar, declarando la nulidad del acuerdo -por cuanto no existir prueba de la edad de la joven- reenviando a nueva audiencia de control de acusación (lo que permitía remediar la falta de asistencia técnica y presentar las pruebas indispensables). En instancia de la impugnación extraordinaria llevada adelante por la

fiscalía, el Tribunal Superior de Justicia anula la resolución del Tribunal de Impugnación -por no haber tenido en cuenta la convención probatoria respecto a la edad de la joven-, declarando sin embargo la nulidad del acuerdo por incompetencia del Tribunal unipersonal ante quien se llevó a cabo el acuerdo (que había intervenido previamente en el control de acusación) y reenviando a nuevo juicio (dejando incólume la audiencia de control de acusación). Ante ello se arriba a un nuevo juicio en el cual su defendido no pudo presentar prueba, se lo declara responsable y se le impone una pena de siete años y seis meses de prisión.

Sostuvo el impugnante que en la sentencia de responsabilidad existe una valoración desmedida del testimonio de la menor prestado en Cámara Gesell por parte de su intérprete, de la Lic. Zuccarino, como así del informe de Candia, como psicóloga tratante de la menor. Que la sentencia pone énfasis en la versión de la acusación sin posibilidad de que la defensa pueda articular prueba en contrario, dado que la resolución del Tribunal Superior de Justicia le impidió articular elementos probatorios propios.

Solicita que en esta instancia el Tribunal revise la prueba detallada, que permitiría

contrastar las conclusiones de Zuccarino y Candía respecto del relato de la joven. Por lo expuesto el impugnante solicita se anule la sentencia y se reenvíe a nueva audiencia de control de acusación a fin de ofrecer la prueba indispensable para realizar un nuevo juicio ejerciendo el derecho de defensa de su defendido.

Preguntada por la Dra. Martini si la defensa interpuso recurso extraordinario contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia en instancia de impugnación extraordinaria interpuesta por el Dr. Rubio. Contestó que no.

C) A su turno, la Fiscalía expresó que la resolución número 76 emanada del Tribunal Superior de Justicia se encuentra firme. Que el acuerdo parcial (de responsabilidad) fue anulado por el alto Tribunal por haber sido dictado por un Tribunal incompetente (el mismo magistrado que había intervenido en el control de acusación). Manifestó que no es cierto que la defensa oficial en su oportunidad no haya ofrecido prueba, que ofreció un testigo. Los argumentos planteados por el impugnante expresan tan solo un desacuerdo con la sentencia. En tal sentido cita el antecedente Gallardo (Resolución 77/17) el Tribunal Superior de Justicia sostuvo que los desacuerdos entre el defensor y su pupilo ni

implican una defensa ineficaz ni afectan el ejercicio del derecho de defensa. Respecto de la edad de la víctima al momento de ocurridos los hechos imputados expresa la fiscalía que el impugnante se contradice por cuanto o bien sostiene que la joven ya había cumplido los trece años o bien que el imputado actuó bajo un error de prohibición culturalmente determinado, no obstante lo cual la sentencia explica las razones por las cuales D..... sí tuvo relaciones con la joven previas a que cumpliera los trece años y luego de cumplida dicha edad, lo hizo bajo amenazas de dar a conocer las fotos que le había extractado. Sobre la pertenencia a una comunidad mapuche la sentencia de responsabilidad argumenta que nada influye porque el lugar donde se ubica la comunidad está geográficamente cercana a la ciudad de San Martín de los Andes y el imputado se hallaba integrado a la comunidad, no percibiéndose ningún choque cultural. En relación al error de prohibición, el mismo no fue nunca planteado en el juicio, por lo que el Tribunal no pudo contestar este argumento. También expresa que la defensa incurre en contradicción cuando afirma que su defendido tenía disfunciones sexuales y por otra parte afirma que tuvo relaciones sexuales luego que la víctima cumpliera los trece años. Por lo expuesto solicita se confirme la sentencia de responsabilidad en todos sus

términos, aclarando que la sentencia de cesura no fue impugnada.

D) Por su parte la querella sostuvo que la impugnación no aborda lo sucedido en el juicio que dio lugar a las sentencias del 3 de octubre y 10 de noviembre de 2017. El impugnante no ha realizado una crítica razonada de la sentencia. Se agravia por no producir prueba, cuyo planteo ya fue resuelto oportunamente. También la supuesta indefensión fue resuelta por el Tribunal de Impugnación integrado por los Dres. Deiub, Varessio y Rimaro, quienes dispusieron la nulidad del acuerdo por falta de prueba de la edad de la joven (no por vicio del consentimiento o indefensión). Y luego el Tribunal Superior de Justicia, decretó la nulidad del acuerdo dejando incólume el resto del proceso (lo que comprende el control de acusación). Agrega el Dr. González que si bien el impugnante no oralizó una supuesta arbitrariedad de la sentencia en función de la valoración de la cámara Gesell, la misma no se constata ya que la sentencia valoró el testimonio de la víctima, convalidado por el testimonio de la Lic. Zucarino y la psicóloga tratante. Por tales razones solicita se confirme la sentencia.

E) Otorgada la palabra en último término a la defensa dijo que la cámara Gesell debe poder ser

revisada y no se pudo. Se ofreció el testimonio del cacique de la comunidad para comprender el contexto en el que se desarrollaron los hechos. La niña dijo que su primera relación sexual la tuvo en el auto Volkswagen Gol que fue adquirido con posterioridad a los trece años de la joven. En cuanto a las disfunciones sexuales, ello no importa que D..... no tuviera relaciones sexuales, con algunas personas las tenía mejor que con otras.

Agrega que la Defensa oficial no hizo nada para defender a D..... Que no se pudo ir a la Corte, que lo conversó con su asistido. Manifiesta que el Tribunal de Impugnación tiene la facultad que le otorga el art. 229 del código ritual y debe revisar la legalidad del proceso que tuvo una falla de origen.

Preguntada por la Dra. Martini si el agravio que plantea consiste en la prueba ofrecida por el impugnante que no fue producida al no renovarse el control de acusación. Contestó que es así.

Dada la última palabra al Sr. D..... dijo que así como la víctima tiene derechos, él también tiene derecho a presentar lo suyo. Tiene una familia atrás, sufriendo. Sería injusto que le den una condena que no es. Quiere poder presentar lo suyo para que sea algo más justo, nada más.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Florencia Martini**, luego el **Dr. Mario Rodríguez** y, finalmente, el **Dr. Richard Trincheri**.

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 interpuesto?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

Considerando que la impugnación deducida contra la sentencia fue interpuesta en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnable desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

El **Dr. Mario Rodríguez**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Richard Trincheri**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

Habré de adelantar que los agravios expuestos por la defensa no han de tener acogida. Ello por cuanto el impugnante no ha realizado una crítica razonada de la sentencia limitándose a reeditar un planteo que ha sido oportunamente resuelto y cuya resolución se encuentra firme.

Concretamente, y más allá de las hipótesis que plantea el impugnante de haber producido la prueba que le fue denegada en instancia de impugnación, el impugnante pretende que este Tribunal revise integralmente la legalidad del proceso, aduciendo el control de constitucionalidad que emerge del art. 229 del código ritual, ante una eventual defensa ineficaz por parte del defensor oficial que intervino primigeniamente, cuando dicha legalidad fue revisada oportunamente por el Tribunal de Impugnación (cuando se impugnó el acuerdo de responsabilidad que fuese luego anulado) y en segundo término, por el Tribunal Superior de Justicia, el que resolvió anular el acuerdo y reenviar a nuevo juicio dejando incólume el control de acusación (en el cual la defensa pretendía ofrecer la prueba que a su entender resultaba indispensable y que no había sido ofrecida por la defensa oficial).

Si el impugnante no recurrió extraordinariamente la resolución del Tribunal Superior de Justicia, dicho pronunciamiento adquirió firmeza y por tanto, se halla excluida de cualquier tipo de revisión por este Tribunal, que resulta a todas luces incompetente para ello. Lo contrario implicaría una suerte de revisión circular indefinido, un eterno retorno que desdibujaría el diseño institucional de control de las decisiones jurisdiccionales previsto por el código ritual, echando por tierra la seguridad jurídica de las decisiones que han adquirido autoridad de cosa juzgada.

Por ello considero que los agravios introducidos por el impugnante no se han constatado en el caso, correspondiendo en consecuencia, se confirme la sentencia en todos sus términos. Mi voto.

El **Dr. Mario Rodríguez**, manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Richard Trincheri**, expresó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

Por tratarse de una impugnación ordinaria y a fin de no menoscabar el derecho al recurso del imputado considero que debe eximirse de costas al impugnante.

El **Dr. Mario Rodríguez**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Richard Trinchero**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

Conteste con las posturas enarboladas, el Tribunal de Impugnación, **por unanimidad**,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por el recurrente en favor de F..... R..... D.....-

II.- NO HACER LUGAR a la impugnación ordinaria deducida, por no constatarse los agravios, confirmando en consecuencia las sentencias de fecha tres de diciembre y diez de noviembre de 2017 respectivamente, por las que se declaró declarar a F..... D....., DNI, autor material y penalmente responsable 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,

por el hecho ocurrido en fecha indeterminada pero desde octubre del año 2012 y hasta febrero del año 2016, en perjuicio de la menor J..... N..... C..... y se le impuso la pena de siete (7) años y seis (6) meses de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas (arts. 12, 40 y 41 del Código Penal y 268 del CPPN).

III.- EXIMIR DE COSTAS a la Defensa por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia en esta instancia.

IV.- DEJAR CONSTANCIA que los Dres. Richard Trincheri y Mario Rodríguez Gómez no refrendan la presente por encontrarse en uso de licencia, sin perjuicio de haber participado de la correspondiente deliberación y haber emitido sus votos.-

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

Reg. Sentencia N° 21 T° II Año 2018.-