

SENTENCIA N° cincuenta y nueve /2018.- En la ciudad de Neuquén, Provincia de Neuquén, a los cinco días del mes de septiembre del año 2018, se reúne el Tribunal de Impugnación, integrado por los doctores: **Alejandro Cabral, Héctor Rimaro y Fernando Javier Zvilling**, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia de impugnación en el **Legajo MPFZA Nro. 22051 Año 2017**, caratulado: **"H....., A..... D..... S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** del Registro de la Oficina Judicial Neuquén, caso debatido en la audiencia celebrada el día 22 de agosto del año en curso, en la ciudad de Zapala, seguido contra A..... D..... H....., nacido en el día, DNI. N°.....,, domiciliado en de, Barrio, de demás datos personales obrantes en el legajo referenciado y registrados por ante la Oficina Judicial actuante; en la que intervinieron por la Fiscalía el Dr. Marcelo Jofré, por la Defensoría de los Derechos del Niño, la Dra. Paola Díaz, y por la Defensa Pública los Dres. Miguel Manso Y Pablo Méndez.

REFERENCIAS:

Por Sentencia del 12 de junio del año 2018, dictada por la Sra. Jueza Dra. Liliana Deiub, y los Sres. Jueces Dres. Leandro Nieves y Daniel Varessio, en lo que aquí interesa, falló: **"PRIMERO. DECLARAR A A.....**

D..... H....., DNI. N°....., DE DEMÁS DATOS REFERIDOS EN EL LEGAJO, AUTOR PENALMENTE RESPONSABLE DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR HABERSE COMETIDO CONTRA UNA MENOR DE 18 AÑOS, APROVECHANDO LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE, EN CALIDAD DE AUTOR, COMETIDO EN EL, EN CERCANÍAS DE, ENTRE EL 25 DE FEBRERO Y EL 3 DE MARZO DE 2017, EN PERJUICIO DE LA MENOR L..... G..... M.....".

Luego de resumir los antecedentes del caso, el Dr. Manso sostuvo que los agravios escritos, al menos sobre dos aspectos, son suficientes, por lo que no necesitan desarrollo. A su vez, señala el Dr. Méndez que su asistido fue absuelto por los hechos del año 2016 y condenado por un hecho del año 2017. El 1 de mayo de 2017 se produjo el aborto. Que existió una convención probatoria, la que dio cuenta de A.D.N. negativo, por mal resguardo de la evidencia (feto), no pudo determinarse la paternidad. Que los acusadores siempre quisieron demostrar la autoría con la muestra genética. Entiende que no se encuentra acreditado el segmento temporal, entre el 25 de febrero y el 3 de marzo. Ello porque lo determinante para la acusación, la Dra. Trifoglio, confeccionó un gestograma, en el cual hizo un cómputo de semanas. Utilizó variantes "aproximadas", como por ejemplo la última menstruación de la niña, circunstancia que nunca quedó acreditada y son elementos que se desconocen. Que desde el 1 de mayo, computando las 12 semanas, como concretamente lo sostiene

la acusación, no nos lleva a las fechas del 25 de febrero al 3 de marzo, por lo que la fiscalía acusó. No se valoraron los dichos de la víctima, ya que L.... M.... dijo en Cámara Gesell que se había acostado con H....., pero siempre en el año 2016. Que no había nacido su hermana V..... El Dr. Manso dijo que el 1 de mayo hubo un aborto, y tomando las 12 semanas de gestación, 4 semanas de abril, 4 de marzo, tenemos ocho, pero doce semanas nunca. Pero la fiscalía dice que el hecho fue entre el 25 de febrero y el 3 de marzo. Las doce semanas no están. Fácticamente no se acreditó la versión traída a debate. Señala la sentencia que la imprecisión de la fecha no es determinante, que no es sustancial la diferencia temporal, pero esto sí lo es. La propia fiscalía es contradictoria en su relato. La niña dijo que tenía dos novios, después que un señor encapuchado la abusó. Luego en la Gesell que fue H..... Que si contáramos con un ADN nada estaríamos discutiendo. Cayó una prueba de peso.

Al contestar los agravios, el Dr. Marcelo Jofré, luego de solicitar al Tribunal que indique si los puntos de agravios no oralizados por la defensa serán analizados en la decisión, sostuvo que hoy los defensores intentan introducir nuevamente lo que no lograron en el juicio. Se pregunta cuál es el agravio, ya que no lo escuchó. La impugnación no pasa el tamiz de admisibilidad.

Que parece que la defensa no estuvo en juicio, diciendo que la acusación se basaba en la prueba genética, cuando ni siquiera fue ofrecida como prueba. Es decir, faltan a la verdad. El espacio temporal ya fue establecido y aclarado por la Dra. Trifoglio, quien dijo que la fecha probable del hecho se encuentra en el período del 25 de febrero al 3 de marzo de 2017. Nunca atacaron el gestograma en esa audiencia. No es cierto que el relato de la víctima no fuera valorado. El planteo de la defensa es parcializado. La niña dijo que fue H....., no indicó a otra persona, incluso siente culpa. Olvida la defensa que intervinieron dos psicólogas, que la niña, luego de retirarse la madre, dijo que el autor era el imputado. La sentencia hizo un análisis de toda la prueba. La defensa sólo habló de las convenciones probatorias que le convienen. No habló de las 12 semanas de gestación convenidas. Que más allá de no haberse oralizado, el agravio de falta de motivación es inexistente. Y el tema de la Cámara Gesell, que vuelve a ingresar, dijo que no estuvieron presentes, que no fueron notificados, luego que decidieron no concurrir. Por ello, solicita se declare la inadmisibilidad formal de la impugnación.

La Querrela también solicitó se declare la inadmisibilidad de la impugnación. Que sólo se trata de una disconformidad con lo resuelto, y no expresa un agravio

concreto. El único agravio formulado, la incongruencia en la valoración de la prueba, es un planteo erróneo. Se trataron de episodios de mayores consecuencias, que terminaron con el embarazo. Las versiones no fueron de la niña, sino de la madre. Se acreditó la tendencia de la madre a encubrir. La madre estaba limitada a defender la pareja, dijo la sentencia. Incluso, se absolvió por un hecho y se condenó por otro. Solicita la imposición de costas.

En la réplica al Dr. Manso sostuvo que el agravio es la pena de 8 años de prisión. Que si la Dra. Trifoglio confundió a la fiscalía, le "canta" 12 semanas y le "marca" escasas 8, no es un problema de la defensa, sino de la fiscalía, que no resguardó que el testimonio fuera creíble y coherente. En tanto que el Dr. Méndez, sobre las costas afirmó que se afectaría el derecho a recurrir del imputado. Además, que por un simple cálculo matemático determinaron mal la fecha, y eso es imputable al Ministerio Público Fiscal.

Establecido el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el Dr. Fernando Javier Zvilling, luego el Dr. Alejandro Cabral y, finalmente, el Dr. Héctor Rimaro.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria-

del Código Procesal Penal, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

El Dr. Fernando Javier Zvilling, dijo:

Considerando que la impugnación deducida contra la sentencia fue interpuesta en tiempo y forma, por las partes legitimadas subjetivamente y contra una decisión (*sentencia de condena*) que es impugnabile desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

La Fiscalía y la querella solicitaron se declarara la inadmisibilidad formal de la impugnación de la Defensa, desconociendo no sólo la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Impugnación sobre el tema, sino el cambio normativo operado en nuestro sistema procesal penal, que en cumplimiento de los Tratados de Derechos Humanos suscriptos por la Argentina, hoy de raigambre constitucional, garantizan al imputado la revisión amplia de la sentencia (Herrera Ulloa, como fuente jurisprudencial. Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 2 de julio de 2004), es decir, la necesidad del "doble conforme". No pueden existir obstáculos formales vinculados con la admisibilidad recursiva, ya que serían conductas procesales violatorias de las normas mencionadas.

Considerando la reiteración de estos planteos, es necesario realizar algunas consideraciones. En el caso "Herrera Ulloa", entre otras cuestiones, sostuvo la Corte Interamericana de derechos Humanos que "161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un Juez o Tribunal Superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que "no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces", es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos".

Que (p. 164)... La posibilidad de recurrir del fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. (p. 165). Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida. (p. 166). Al respecto, el Comité de

Derechos Humanos concluyó [...] que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

Que (p. 167) ... en el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el Tribunal Superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el Tribunal Inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico "La Nación", respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado".

Recordemos que luego de algunos años de seguimiento del caso por parte del Organismo Internacional, y de varias observaciones a las modificaciones parciales de la legislación costarricense sobre el derecho al recurso, el 22 de noviembre de 2010 la Corte Interamericana de Derechos Humanos archivó el caso, al considerar que la nueva legislación *satisfacía los estándares de la revisión*: 1) Que la sentencia pueda ser revisada por un Tribunal Superior. 2) Que sea un *recurso simple, sin mayores formalidades y que evite requisitos o restricciones que infrinjan la esencia del derecho a recurrir*. 3) Debe posibilitar el *examen integral* de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el Tribunal de Juicio.

Las consideraciones expuestas dan cuenta que planteo de los acusadores no se ajusta a nuestro sistema normativo, por lo que corresponde el tratamiento de la impugnación.

El Dr. Alejandro Cabral, expresó:

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

El Dr. Héctor Rimaro, sostuvo:

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

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El Dr. Fernando Javier Zvilling, dijo:

En primer lugar, debe señalarse que de existir agravios formulados por escritos y no verbalizados en la audiencia de impugnación, no corresponde su tratamiento. La Fiscalía, durante la audiencia, solicitó precisiones al Tribunal sobre este aspecto, ante la remisión de la Defensa a los agravios escritos, pero que ni siquiera fueron puntualizados por la asistencia técnica. El Tribunal señaló que no correspondía su tratamiento. Que es parte de la esencia de un sistema oral por "audiencias" la verbalización y discusión de los agravios durante su transcurso, en tanto que la única función que cumple el escrito de impugnación es la de otorgar a la contraparte la posibilidad de preparar el caso para la impugnación y contradecir. La Defensa, a pesar de la advertencia, no se expidió sobre algunos puntos que serían materia de agravio, según los acusadores: "falta de motivación" y la "violación al contradictorio" por no haber participado de la Cámara Gesell, lo que debe entenderse como un desistimiento parcial del recurso frente a la conducta procesal adoptada.

De cualquier modo, el primer agravio forma parte de la alegada inexistencia de prueba para arribar a una sentencia de condena, por lo que en definitiva será materia de análisis. Y el segundo, introducido finalmente por la Fiscalía, a pesar de lo señalado por el Tribunal frente al pedido del mismo Ministerio Público, no mereció siquiera contestación o argumentación alguna de la Defensa.

Los Sres. Defensores plantearon el agravio como un problema de falta de acreditación del hecho en el segmento temporal comprendido entre el 25 de febrero y el 3 de marzo de 2017, pero lo cierto es que también efectuaron algunas referencias a otro tipo de cuestiones probatorias, tales como ciertas inconsistencias, desde que la niña habría dado una diferente versión en Cámara Gesell respecto de lo manifestado previamente a los profesionales actuantes, cuestionando por ende la autoría atribuida a su asistido.

Sobre este segundo aspecto, basta recordar que estas "versiones" han sido debidamente aclaradas en la sentencia, y surgen nítidamente del relato de las profesionales. En un caso, la versión sobre la autoría por parte de otra u otras personas tienen relación con manifestaciones de la propia madre de la menor, y no de ésta, y en otro, es el producto de un relato inducido por la progenitora.

Así, en la sentencia se señala que "...
Tampoco empaña el testimonio de la niña, la referencia que se hace sobre diferentes versiones sobre los autores del ataque sexual o diversas hipótesis que la investigación descartó. En efecto la Sra. Zalazar expuso en su denuncia que la niña fue atacada por dos encapuchados a la salida de la escuela, pero esa versión es exclusiva de la madre, nunca de la niña. Otra versión que refiere el Sr. Defensor, es que antes del embarazo la menor tenía un novio o dos. Pero la única referencia de esto la hace la niña en el hospital delante su madre, antes de ser retirada de la sala por Avila Chaquires".

Recordemos que la niña dijo -en Cámara Gesell- que "nunca le pasó esto con otra persona", refiriéndose al abuso sexual. Es más, la Licenciada Andrea Chaquires, en su declaración, despejó el argumento de las distintas versiones, al explicar que "... nosotros nos dirigíamos a la nena y ella antes de responder miraba a su mamá, la mamá le decía algo al oído y ella respondía, la nena de no tener ningún novio pasó a tener dos que eran adolescentes pero que no concurrían a la escuela, frente a la actitud corporal le pedimos a la madre que se retire, y ahí la niña se angustia más, preguntamos por el resto de los familiares convivientes, dijo que era su padrastro, que tenía problemas de consumo de alcohol, que ella no quería que le pasara nada, llorisqueaba, estaba muy nerviosa...".

Sobre estos aspectos centrales sobre la credibilidad de la versión de la víctima, y que fueran debidamente valorados en la sentencia, la Defensa se limitó a señalar la existencia de "otras versiones", reeditando los planteos previos, como correctamente lo sostuvieran los acusadores, sin analizar, contrastar los datos y cuestionar la fundamentación del Tribunal de Juicio que expresamente descartó esas posibilidades, por lo que no satisface mínimamente la carga argumentativa básica que el sistema recursivo exige ante el Tribunal de Impugnación.

Ahora, respecto de la alegada falta de acreditación de la versión traída a debate por la fiscalía, es claro que se trata de una cuestión eminentemente formal, por diversas razones. Recordemos que a H..... se le atribuyó el siguiente hecho "que en el lapso temporal comprendido entre el 25 de febrero 2017 y el 03 de marzo 2017, sin poder determinarse fecha exacta, con el firme propósito de desahogo sexual y aprovechando la convivencia preexistente, abusó sexualmente de la niña L..... G..... M....., quien contaba en esos momentos con 11 años de edad, accediéndola carnalmente vía vaginal, como consecuencia de este abuso sexual sufrido por la niña, resulto embarazada. El mismo no llegó a término ya que el 01 de mayo de 2017, a las 12 semanas de gestación, aproximadamente, sufrió un aborto incompleto, es decir sufrió sangrado con la posterior expulsión del feto

muerto". Expresamente se resaltan las fechas y tiempo de gestación, desde que es el problema que nos ocupa.

La Defensa sostiene que no se acreditó que el hecho se produjo entre el 25 de febrero de 2017 y el 3 de marzo del mismo año. Sin embargo, también sostuvo la asistencia técnica que para determinar esas fechas, la médica forense, Dra. María Trifilio, "utilizó variantes 'aproximadas', como por ejemplo la última menstruación de la niña, circunstancia que nunca quedó acreditada y son elementos que se desconocen" (argumentos en la audiencia de impugnación). Y justamente aquí radica el problema. Es que la propia médica forense no advirtió, como tampoco lo hizo la acusación, que esas fechas no coincidían con las 12 semanas de gestación, hasta que finalmente se produjera el aborto. Y estas 12 semanas de gestación, consecuencia del Abuso Sexual expresamente atribuido a H....., también fue materia de acusación (*a las 12 semanas de gestación, aproximadamente, sufrió un aborto incompleto, dice la imputación*). Lo que sucede es, como la propia Defensa lo señalara en la réplica en la Audiencia de Impugnación que "por un simple cálculo matemático determinaron mal la fecha, y eso es imputable al Ministerio Público Fiscal". Como lo afirmara anteriormente, y en esto asiste razón a la Defensa, el error es atribuible a la acusación, pero bajo

ningún punto de vista puede considerarse como determinante para afirmar que H..... no cometió el delito imputado.

Incluso no queda claro si se trata de un cuestionamiento probatorio o meramente formal de la atribución fáctica, ya que la propia defensa señala la dudosa base probatoria sobre la que produjo el informe la Dra. Trifoglio. Al indicar que utilizó variantes "aproximadas", como por ejemplo la última menstruación de la niña, circunstancia -sostuvo- que nunca quedó acreditada, expresamente está reconociendo que se trata de un problema de fiabilidad de la prueba pericial, al basarse en datos no debidamente acreditados. Pero, también reconoce que por un simple cálculo matemático determinaron mal la fecha (25 de febrero al 3 de marzo). Lo que sí quedó perfectamente establecido es que como consecuencia del abuso sexual, la joven quedó embarazada y a las 12 semanas de gestación se produjo el aborto. Y esto último, por cierto, no podría ser cuestionable por la sencilla razón de que fue materia de una "*convención probatoria*".

Y si bien no fue introducido como un agravio, podría alegarse que se violaría el principio de congruencia, o bien, que afectaría el ejercicio efectivo de la Defensa como consecuencia de una indeterminación fáctica de la imputación. Sin embargo, esto tampoco sucede, desde que no se afectaron las posibilidades defensivas de

contradecir. El imputado sabía que se le atribuía un abuso sexual, cometido aproximadamente 12 semanas antes de la fecha en que se produjo el aborto.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la impugnación deducida por la Defensa.

El Dr. Alejandro Cabral, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el Juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Héctor Rimaro, expresó: que por compartir los fundamentos y conclusiones de quien emitió opinión en primer término, me pronuncio en idéntico sentido.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El Dr. Fernando Zvilling, dijo: Considero que no deben imponerse las costas a los impugnantes (art. 268 CPP).

El Dr. Alejandro Cabral, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Héctor Rimaro, expresó: que por compartir las conclusiones de quien emitió opinión en primer término, me pronuncio en idéntico sentido.

Por las razones expuestas, el TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por el recurrente (arts. 233, 237 y 241 del CPP).-

II.- RECHAZAR LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA POR LA DEFENSA, y en consecuencia, CONFIRMAR la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio, por la que se condenara a A..... D..... H....., D.N.I. N°, de las demás circunstancias personales detalladas al inicio, por el delito acusado, en perjuicio de L..... G..... M..... -

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 imputado. Cúmplase.