



**SENTENCIA N° sesenta y dos /2018.** - En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **dieciocho días del mes de septiembre de dos mil dieciocho**, se constituye el Tribunal de Impugnación conformado por los Sres. Jueces, **Dres. Fernando Zvilling, Alejandro Cabral y Florencia Martini**, siendo que el primero de los nombrados presidió la audiencia, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el **Legajo MPFNQ 81.539 Año 2017, "V., G. A. S/ABUSO SEXUAL AGRAVADO"**, seguido contra el imputado **G. A. V.**

La audiencia prevista por el art. 245 del CPP se llevó a cabo el día 4 de septiembre de 2018 e intervino por la Defensa del imputado, las Dras. Eliana Lazzarini y Verónica Zingoni, encontrándose presente también su defendido, es decir el Sr. V.; por la Fiscalía, el Dr. Andrés Azzar y Cintia Tobares; y, por la Defensoría del Niño y del Adolescente, la Dra. Mónica Palomba.

#### **I. ANTECEDENTES:**

Por sentencia de fecha 29 de mayo de 2018, del registro de la Oficina Judicial Penal de la Primera Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Neuquén, se resolvió *"Declarar CULPABLE a G. A. V.,... como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (Art. 119 tercer párrafo del C.P.) doblemente agravado: por el vínculo (inciso b del cuarto párrafo del artículo en mención) y por la convivencia preexistente (inciso f del mismo artículo y párrafo) "*; y, por sentencia de fecha 3 de agosto de 2018, se resolvió imponerle la *pena de ocho (8) años DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO, accesorias legales y costas.*

**II. La Defensa del imputado**, representada por las Dras. Eliana Lazzarini y Verónica Zingoni, dedujo recurso de impugnación ordinario respecto de la sentencia de responsabilidad.

La Dra. Lazzarini hizo una introducción sobre la impugnación y su procedencia formal. Manifestó que la impugnación se funda en la orfandad probatoria existente en el presente caso.

Expresa que en el alegato de apertura la fiscalía dijo que la víctima era hija biológica del imputado y que existía una convivencia transitoria permanente con la víctima. Agrega que no se hizo allanamiento en el domicilio por lo que no se corroboró el lugar y tampoco hay prueba física del abuso sexual. Expresa que la referencia a una convivencia transitoria permanente es contradictoria, ya que la transitoriedad es excluyente de la permanencia y viceversa.

Manifiesta que desde un principio la Defensa aludió a que existía una problemática familiar, entre el imputado y la madre de la víctima, lo que sumado a la orfandad probatoria impedirían destruir el estado de inocencia.

Expresa que la fiscalía no hizo mención a la existencia de una convención probatoria sobre la edad de la víctima y sobre el vínculo de la menor con el padre, la que sólo mencionó cuando la defensa cuestionó que no se había presentado la convención, que sí se había acordado en la audiencia de control. Que esta deficiencia de la fiscalía de no haber presentado la convención y por lo tanto de no haber acreditado el vínculo entre el padre y la víctima, no fue aceptada por la jueza, quién tuvo por válida su



acreditación, siendo que en el debate nunca se incorporó. Dice que el hecho de que se haya acordado en la audiencia de control, no implica que ya haya ingresado como prueba al juicio en forma automática.

Manifiesta que la falta de anunciación de la convención probatoria, hace que no esté acreditado el vínculo y que tampoco que esté debidamente instada la acción, pues los vínculos parentales -según el Código Civil- se deben acreditar a través de la partida de nacimiento expedida por el Registro Civil. Agrega, que a ello se suma, que cuando la madre fue a realizar la denuncia ingresó también la hija (víctima) , por lo que no se sabe si la denuncia la hizo la madre o la hija. En el debate, el oficial Calfuqueo -quien recibió la denuncia-, termina diciendo que la madre fue quien relató todo y que la hija estaba a su lado, mientras que I. -madre la menor- dice que en realidad la que dijo todo fue la niña. Todo lo cual, hace dudar de quien declaró y si la acción está bien instada. Dice que la magistrada descartó el planteo de la instancia de la acción sin fundamento.

Respecto del vínculo dice que al no haberse incorporado la convención probatoria, el vínculo no se encontraba probado, y no correspondía agravar la conducta por el vínculo.

Refiere la Defensa que tanto el testimonio de la niña (M.), como de los restantes testigos (médicos, psicólogos, y policías que intervinieron en actos procedimentales) fueron valorados arbitrariamente. Dice que si bien la menor contextualiza el hecho, ello no fue corroborado por el allanamiento. Tampoco los médicos pudieron constatar el acceso carnal porque no encontraron signos de violencia. Los psicólogos solo dicen que hay signos de que la menor se encuentra afligida y angustiada, que tiene idea suicida, pero también reconocen que ello puede suceder y es común en los adolescentes. También la psicóloga dijo que no había signos de fabulación patológica, pero ello no quiere decir que la menor no haya podido fabular. Cuestiona que la menor haya relatado que luego del hecho, no habló nada con su progenitor, ya que ello se contradice con lo que dijo después de que su padre no la dejaba ir, lo que necesariamente implica que entonces hablaron.

Dice la defensa, que las psicólogas realizaron un análisis parcializado del relato de la menor asumiendo un rol de investigador (el sesgo del investigador) , que se aleja de la imparcialidad con la que deben obrar.

Agrega que el policía Cofré analizó un celular con unos mensajes, pero poco valor probatorio tiene, pues no fue secuestrado y se supone que lo aportó la madre de la menor, de allí surgirían conversaciones entre madre e hija. Considera que al no haberse realizado mediante un secuestro y debido resguardo del material existente en el celular al momento del hecho, lo hace de escaso o nulo valor probatorio. Expresa que entre los mensajes existentes en este celular, había uno que decía "...no te bañes...eso me sirve...", lo que resulta muy suspicaz a su criterio, en función de los problemas que había con el imputado.

Dice que nada de lo mencionado fue valorado por la jueza.

En definitiva, solicita se revoque y se dicte la absolución de sus asistido, por la duda.



III. Luego de ello, **tomó la palabra el fiscal y dijo:** que quiere aclarar que si bien puede ser que se haya mencionado en el alegato de apertura una “convivencia transitoria permanente”, aclara que la acusación estaba suficientemente clara en el control de la acusación, como así también a lo largo del juicio y siempre consistió en el aprovechamiento de la convivencia preexistente con la menor de 18 años, cuando iba a la visita de su padre.

En cuanto a la convención probatoria dice que es un falso agravio. La convención probatoria estaba incorporada. La convención se tuvo por admitida en el control de la acusación.

Refiere que el vínculo quedó acreditado con la convención probatoria cuando fue admitida dicha convención en el control de la acusación. Agrega que el art. 171 CPP es muy claro cuando establece “*que las partes podrán solicitar al juez que tengan por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio*”. Esto es una convención probatoria y es lo que se hizo en la audiencia de control. Ahora, no puede venir la defensa a decir que no está acreditado el vínculo, porque ello ya no puede ser discutido, fue acordado previamente que no se iba a discutir. El tribunal de juicio además dijo que ahora no lo podía discutir, porque ello era materia de la audiencia de control de la acusación, lo que no fue planteado en aquel momento. El art. 72 CP lo que pretende es proteger a la víctima y no al victimario, por lo que no puede el imputado ahora pretender beneficiarse con ello.

En cuanto al lugar del hecho, dice el fiscal que está perfectamente identificado ya que la menor hizo una descripción detallada de la casa y del lugar donde ocurrió el hecho, aunque sobre el mismo no se haya practicado una inspección ocular.

Expresa que a la única que estaba en el dormitorio era su hermana, y M. dijo que su hermana dormía y cuando ella se movió su padre se fue. Por tal razón, en el entendimiento que esta menor no iba a poder aportar nada, no se le tomó declaración.

Menciona que el Dr. Scafidi dijo que la menor estaba en estado de "shock", que no podía hablar, que miraba el piso, que no dijo muchas palabras. Le contó que el padre la iba besado, la había tocado y la había penetrado pero no mucho. Dijo que no había lesiones y luego se estableció que poseía defloración de larga data (Dra. Robato) , además está aclarado que tenía relaciones con el novio porque la menor así lo dijo en Cámara Gesell. En cuanto a otras lesiones, no iban a existir pues M. refiere que no hubo resistencia activa. Es por ello, que no existen evidencias físicas. En definitiva, el relato de la menor se corresponde con lo manifestado por la víctima.

En cuanto al relato de la niña posee muchos detalles específicos difíciles de inventar y se corresponde con sus declaraciones anteriores (a su madre, a Scafidi, a Belli) . Por su parte, la Lic. Zuccarino dijo que el relato era creíble, y que había al menos seis síntomas que daban cuenta de la existencia del hecho: entre ellos depresión, culpa, vergüenza, déficit de atención, asilamiento social e ideación suicida. Tampoco hay ningún elemento que haga presumir una inducción o sugestión por parte de la madre como pretende la defensora.



En relación a los mensajes de texto sacados del celular de la madre de la niña, cabe referir que efectivamente la madre llevó su celular y lo entregó para dejar constancia de los mensajes y la hora en que los había recibido.

Refiere el Fiscal que el hecho de que entre la madre y el padre de la menor exista una relación conflictiva, no implica que la denuncia sea falsa. Por otro lado, no hay nada que indique la que denuncia sea falsa.

En definitiva, considera que la defensa tiene una mera disconformidad con lo resuelto, pero no hay verdaderos agravios, por lo que solicita no se haga lugar a la impugnación y se confirme la sentencia en todas sus partes.

**IV.** Por último, toma la palabra **la Defensora del Niño y el Adolescente y dice:** Comparte todo lo dicho por la fiscalía y se remite a ello a fin de no ser sobreabundante. Solamente quiere aclarar que el hecho tuvo lugar en el domicilio de su padre (el imputado) cuando iba de visita, por lo que existía convivencia preexistente, lo que así fue calificado en la audiencia de control de la acusación.

En cuanto al vínculo, quiere aclarar que ello fue acordado por las partes que no se iba a discutir y por eso se hizo una convención probatoria, la que quedó perfectamente establecida en la audiencia de control de la acusación.

La madre efectuó la denuncia en la comisaría, la circunstancia de que haya pedido detalles a la menor, de la forma en que ocurrieron los hechos, nada afecta la denuncia.

Dice que es verdad que no hay signos físicos del abuso, pero ello es lógico, pues como dijeron tanto el Dr. Scafidi como la Dra. Robato, al no existir resistencia física no van a existir signos físicos del abuso.

En cuanto a los conflictos existentes entre los padres, cabe destacar que no existen elementos que hagan presumir o suponer que la denuncia se hizo por dichos conflictos.

Por todo ello, solicita se rechace la impugnación y se confirme la sentencia en todas sus partes.

**V.** - Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Alejandro Cabral**, luego la **Dra. Florencia Martini** y, finalmente, el **Dr. Fernando Zvilling**.

Cumplido el proceso deliberativo que disponen los arts. 246 y 193 –de aplicación supletoria- del CPP, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

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

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

Considero que la impugnación es formalmente procedente, toda vez que el escrito fue presentado en término, por ante la Oficina Judicial respectiva, por quien se encuentra legitimado para



ello; y se trata de una sentencia definitiva y, por ende, de una decisión impugnabile en los términos de los arts. 233, 236 y 239 del Código Procesal Penal. Asimismo, de lo debatido en la audiencia celebrada (art. 245 del CPP), fue posible conocer cómo se configuran los motivos de impugnación aducidos y la solución final que se propone.

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

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: que adhiere al voto del Dr. Cabral, por compartir la respuesta que propone a esta primera cuestión.

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

**SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.**

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

En cuanto a los agravios, me remitiré a la estructura tal como fueron planteados por la defensa del imputado en la audiencia respectiva.

**Arbitrariedad:**

**Omisión de no haber mencionado la convivencia preexistente en el alegato de apertura:** Ella es una de las calificantes que fueran aprobadas en la audiencia de control de la acusación. La mera circunstancia de que por un error meramente formal se hubiera dicho en el alegato de apertura que era una convivencia transitoria permanente, no conmueve la calificación legal del aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con el menor de 18 años, si se encuentra probado que fue en el domicilio del progenitor al que acudía frecuentemente por el régimen de visitas pactado.

Por tal razón, considerando que ello no afectó en nada el derecho de defensa, pues estaba perfectamente en claro que siempre se le imputó el haberse aprovechado de la situación de convivencia preexistente, considero que debe desecharse este agravio.

**No anunciación de la convención probatoria relativa al vínculo parental:** Las partes están de acuerdo que en la audiencia de control de la acusación se estableció una convención probatoria de la que surgía el día de nacimiento de la menor M., como así también que era hija del imputado y de su madre R. I..

La mera circunstancia que no se haya mencionado a lo largo del debate y que haya surgido en el final del juicio, en nada afecta la cuestión probatoria, como pretende la defensa, pues ello no estaba en discusión. Eran hechos no controvertidos, los que no podían discutirse (art. 171 CPP). El pretender -luego de aceptar una convención probatoria- que ello no está probado, afecta la buena fe que debe reinar en todo proceso.



Por otra parte de haber existido algún vicio se debería haber planteado en la audiencia de control de la acusación, tal como lo establece el art. 169 del CCP.

Por todo ello, considero que esta cuestión relativa a la convención probatoria debe ser desestimada.

En virtud de ello, considero que se encuentra perfectamente acreditado el vínculo entre el imputado y la víctima, por lo que corresponde la agravante impuesta del art. 119 cuarto párrafo inc. b).

En cuanto a la instancia de la acción penal, cabe destacar que también está acreditado que R. I. es la madre de M., por lo que se encontraba habilitada para instar la acción penal y así lo hizo cuando concurrió con su hija a la comisaría a denunciar el hecho. La mera circunstancia de que la menor haya estado presente durante la denuncia y que la madre le preguntara detalles a ella, para poder realizar la denuncia, en nada perjudica la instancia de la acción penal, por el contrario acredita que no se inventaron cuestiones, sino aquello que vivió la menor.

Por otro lado, tal como lo sostuvo el fiscal, las normas relativas a la instancia de la acción, están en beneficio de la víctima, por lo que no pueden jugar como una garantía en beneficio del imputado. A su vez, como bien lo dijo la jueza del primer voto, de haber existido algún vicio, debió ser planteado en la audiencia de control de la acusación.

Por ello, también debe desestimarse este agravio.

**Valoración arbitraria de los testimonios:** Es verdad, como lo dice la defensa, que se podría haber completado la investigación tomando testimonio a la otra menor que estaba en el dormitorio al momento del hecho o, a los otros menores que estaban en la casa, o efectuado una inspección ocular en el domicilio donde ocurrió el hecho, o analizando la bombacha de la menor que fue secuestrada. Nada de ello se hizo y se podría haber realizado, pero también es cierto que en este proceso cada parte puede realizar las medidas de prueba que considere pertinentes a su caso. Si la defensa no lo hizo, ni solicitó se practique ninguna de estas medidas es porque entendía que ello no le convenía. En este contexto la defensa no puede plantear lo que no se hizo.

El tema no es la cantidad de prueba que se podría haber realizado y no se hizo, sino establecer si con la prueba producida durante el juicio fue suficiente para poder establecer la responsabilidad penal del acusado.

En el presente caso, la sentencia se fundó en la declaración de la menor quien diera detalles muy específicos, expresando a su vez que *"no se observaron al administrar la Cámara Gesell preguntas que contradijeran o generaran algún nivel de duda sobre la seguridad y/o veracidad de su relato"*. También se fundó, en la declaración de la madre de la niña, R. I., en los mensajes de whatsapp que recibió de su hija, en los horarios en los que los recibió, en lo declarado por la Dra. Mónica Belli, quién también vio a la menor, angustiada, asustada, culpándose de lo sucedido por no poderlo evitar, que tenía pesadillas, irritable, explicando que su estado emocional no era posible de fingir. A ello los jueces sumaron lo explicado por la Lic. Zuccarino, quien refirió que no había indicadores de fabulación, ni sugestión, no



había posibilidades de que fuera algo simulado, que existían síntomas de aislamiento y depresivos típicos de episodios traumáticos. Todo ello se tuvo en cuenta para tener por acreditado el hecho.

La sentencia dando respuesta a la posible falsedad de la denuncia en función de los conflictos familiares, expresa lo siguiente: *"En cuanto a la **hipótesis de la falsa denuncia**, tal como he detallado líneas arriba encuentro que las declaraciones que han sido traídas a juicio por parte de la acusación han sido consistentes, coherentes, claras y precisas tanto internamente (en cuanto a los testimonios en forma individual) como externamente (en cuanto a la consistencia entre los testimonios presentados). Entiendo que en el caso de la víctima y su madre, sus declaraciones se han mantenido en el tiempo, no mutando en sus dichos. El control que la defensa ha realizado sobre la prueba presentada por la acusación no ha permitido valorar como una hipótesis posible la de la falsa denuncia, ya que más allá de algunos señalamientos particulares (como a la Sra. I. por su mensaje de whatsapp donde decía a su hija "no te bañes, eso me sirve", no ha habido una construcción fáctica que permita sostener que alguna de las dos (M. o su madre) armó una historia para involucrar falsamente a V."*

Todo ello da una respuesta acabada al interrogante de la defensa sobre tal hipótesis, sin que se diera en esta instancia una crítica concreta a lo allí expresado.

Si bien la defensora plantea en relación a Zuccarino y Belli, el sesgo del entrevistador, no dice por qué, ni qué cuestiones no le preguntaron las entrevistadoras que hicieran su entrevista poco imparcial. Siendo ello así, no es posible responder a esta cuestión, máxime cuando ninguna pregunta se hizo a las nombradas en el contrainterrogatorio que permitieran al Tribunal juzgador saber cuál era el sesgo a que se hace referencia, tal como lo refiere la jueza que realizara el voto.

Por tal razón considero que este agravio también debe desestimarse.

En cuanto a que los profesionales de la salud, Dr. Scafidi y la Dra. Robato, no encontraron signos del abuso, es absolutamente lógico, pues la niña ya había mantenido relaciones sexuales con su novio; y, por otra parte, tampoco hubo resistencia, tal como lo relata M., todo lo cual da cuenta de que muy difícilmente pudiera existir algún signo físico del mismo.

Por último, y en cuanto a la conflictividad existente entre los padres de la menor víctima, de manera alguna da una explicación a la denuncia y al relato vívido efectuado por M. y a los síntomas compatibles con el abuso que padece.

Por todo ello, considero que la sentencia se encuentra debidamente fundada y corresponde confirmarla en todas sus partes.

La **Dra. Florencia Martini**, expresó: Por compartir los argumentos y conclusiones a las que arriba el Dr. Cabral, me pronuncio en igual sentido.

El **Dr. Fernando Zvilling**, dijo: Coincido con los argumentos sostenidos por el juez del primer voto, y voto en el mismo sentido.



**TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.**

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

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

La **Dra. Florencia Martini**, expresó: Que adhiere a lo resuelto sobre las Costas.

El **Dr. Fernando Zvilling**, manifestó: Que comparte los fundamentos expuestos en relación a la eximición de costas.

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

**RESUELVE:**

**I. - DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por la defensa de G. A. V. (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

**II. - RECHAZAR todos los agravios esgrimidos**, confirmando la sentencia de responsabilidad que fuera impugnada, en todas sus partes.

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

**IV. - Remitir el presente pronunciamiento a la Dirección de Asistencia a la Impugnación** para su registración y notificaciones pertinentes, debiendo notificarse al imputado en forma personal.

**Reg. Sentencia N° 62 T° IV Año 2018.**