

Sentencia Nro. 06 /2022.- En la ciudad de Neuquén, a los *dieciocho días del mes de febrero de dos mil veintidós*, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Dres. **Liliana Deiub, Federico Augusto Sommer y Florencia Martini**, presidida por la primera de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado "**N.... D..... S..... S/ABUSO SEXUAL**, identificado bajo **Legajo MPFZA 33090 Año 2020**, en el que se encuentra imputado D... S..... N....., titular del DNI, de 60 años, argentino, casado, nacido en Zapala el, jubilado, domicilio en n° ... de Zapala.

A) ANTECEDENTES:

Por sentencia de responsabilidad de fecha 4 de octubre de 2021, el Tribunal unipersonal integrado por la Dra. Carolina González resolvió declarar responsable a D... S.... N....., titular del DNI, de demás datos consignados en el legajo por el delito de abuso sexual en grado de tentativa, dos hechos en concurso real en calidad de autor (Arts. 119 primer párrafo, 42 y 45 del Código Penal), por los hechos objeto de acusación en perjuicio de M... V... 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 día 4 de febrero de 2022, oportunidad en que la impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa, el defensor oficial Lucas Guiñez, por la fiscalía el Dr. Marcelo Jofre y por la Defensoría de los Derechos del Niño en calidad de querellante institucional la Dra. Natalia Díaz.

B) El Dr. Guiñez dijo: que se agravia por considerar arbitraria la sentencia por errónea y arbitraria valoración del testimonio de M..... C..... en cuanto emergen contradicciones de tiempo, lugar y horario que resienten la credibilidad de la testigo. En lo que respecta al tiempo (los hechos fueron imputados el primero mientras cursaba el POEC -nov-dic2019- y el segundo en el mes de febrero de 2020), M..... habla de ambos hechos mientras cursaba el POEC, no recuerda que el segundo hecho haya sido en febrero e incluso manifiesta que en el mes de febrero se hallaba en la casa de su novio.

Respecto del lugar de tocamiento se imputó que en el primer hecho le tocó la pierna a la altura de la cadera mientras que en juicio manifiesta que le tocó

la entropierna y no justifica la diferencia, expresando que no sabe por qué la fiscalía no lo puso.

En relación al horario el segundo hecho habría ocurrido entre las 13 y las 14 horas, y los testigos propuestos por la defensa, V.... H....., Y..... y A.....refieren que el imputado nunca iba a la obra antes de las 15.30hs y lo hacía acompañado por su esposa. La jueza resta credibilidad a estos testigos y los valora erróneamente.

Finalmente manifiesta la defensa que los dichos de Macarena sólo fueron acompañados por el relato de su madre; que no existió corroboración periférica ya que la fiscalía no ofreció psicólogo o docentes que ratifiquen el relato de Macarena. Por ello solicita se revoque la sentencia y se absuelva a su asistido.

C) A su turno el Sr. Fiscal dijo: que el primer hecho se ubica entre noviembre y diciembre y consiste en el tocamiento de la pierna. Sostiene que la defensa no trabajó por la inocencia de su asistido, no trajo a un psicólogo (en referencia a la ausencia de prueba periférica que aduce el Dr. Guiñez).

Nunca se dijo que Macarena no era trasladada desde la escuela por el imputado y que accedía a su casa. No se negó que la víctima cursaba POEC. Resulta

débil la coartada de la defensa respecto al segundo hecho en cuanto al horario ya que el hecho se imputó entre las 14 y las 15 horas. ¿Cómo puede ser que Huenten fuese a la obra de la casa de fin de semana todos los días? La jueza contesta los argumentos que hoy reedita la defensa en esta instancia.

Respecto del tiempo del segundo hecho, Macarena no recuerda si fue en diciembre o en febrero pero afirma que fue en POEC.

En relación al lugar (del cuerpo de la víctima) del primer hecho, la "entrepierna" no modifica sustancialmente el lugar señalado por la acusación (pierna a la altura de la cadera).

Por lo que solicita se confirme la sentencia.

D) La querellante institucional, Dra. Díaz dijo: que el relato de Macarena goza de coherencia interna y externa. No entiende lo de la psicóloga que refiere la defensa. La denuncia del hecho fue radicada el 27 de julio de 2020 mientras que el juicio se celebró el 23 de septiembre de 2021; el transcurso del tiempo explica los desacoples menores del relato de Macarena.

Respecto del segundo hecho, los testigos ofrecidos por la defensa no vivían en ese lugar, prestaban servicios y no tienen aptitud para refutar el hecho.

En relación al tiempo, la sentencia no se aparta de la plataforma fáctica. Por lo expuesto solicita se confirme la sentencia.

E) Otorgada la palabra a la Defensa dijo: que se trata de cuestiones fundamentales de tiempo y lugar, que los "nervios" de Macarena no se justifican porque prestó declaración desde Chubut a través de ZOOM. La defensa no tiene que probar la inocencia. De la página 31 se desprende una errónea interpretación de la jueza, ya que afirma que esta defensa sostuvo que Macarena ubicó el primer hecho en febrero cuando la defensa sostuvo que Macarena en juicio ubica a ambos hechos en diciembre de 2019, en contradicción con la declaración previa en fiscalía donde había sostenido que el segundo hecho ocurrió durante la segunda quincena de febrero de 2020 tal como conta en la imputación. Agrega que no quedó acreditado que Nuñez la llevara a la escuela.

Practicado el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Florencia Martini, Juez Federico Augusto Sommer y Dra. Liliana Deiub.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge del art. 193 y 246 del Código de rito, 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 impugnabile desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

El *Juez Federico Sommer*, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La *Dra. Liliana Deiub*, dijo: Adhiero al voto de la jueza preopinante.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La *Dra. Florencia Martini*, dijo:

Se agravia la defensa por entender que fue errónea y arbitrariamente valorado el testimonio de Macarena Castellano, cuya coherencia interna quedó desacreditada por las variaciones en el relato (en cuanto al tiempo y lugar de tocamiento), el que además no fue

corroborado periféricamente más que por el testimonio de su madre. Asimismo, se agravia por considerar que la jueza valoró parcialmente los testigos ofrecidos por la Defensa, respecto del horario del segundo de los hechos imputados). Que las diferencias de tiempo y lugar son fundamentales y no fueron razonablemente contestadas por la sentencia.

Adelanto que la impugnación va a tener acogida parcial, respecto del segundo de los hechos imputados, en el que la defensa se agravió por entender que la jueza había valorado arbitrariamente el relato de Macarena en lo que hace a su coherencia interna respecto de la fecha de ocurrencia endilgada en la segunda quincena del mes de febrero de 2020.

Es así que la jueza comienza su argumentación asignando centralidad al relato de Macarena:

"Efectivamente, estamos ante hechos acusados que por sus particulares circunstancias no dejan evidencias físicas. Es por esto que, sin otros testigos directos, cobra toda centralidad el relato de la adolescente implicada".

A continuación, la magistrada valora la coherencia interna del relato, afirma:

"(...) II) su testimonio es persistente en el tiempo, más allá de los intentos por descalificarlos que

hace la defensa, Macarena relató una y otra vez su vivencia primero ante su madre, luego en sede de fiscalía y finalmente en la misma audiencia de juicio; y III) el relato de abusos fue suficientemente detallado (circunstancias que hacen al modo, tiempo y lugar pero con un alcance medido en lo que hace a la gravedad de la trasgresión, lo que nuevamente aporta otro indicio para señalar que no hay en el caso de por medio una conspiración para perjudicar a un inocente".

Ahora bien, en lo que respecta a la circunstancia de tiempo del segundo de los hechos imputados (el haber intentado besarla cuando se hallaban en la casa del imputado, durante la segunda quincena de febrero de 2020), la sentencia no contesta este aspecto, en cuanto omite que la declaración de Macarena fue mutando en las diversas manifestaciones (declaración previa en fiscalía el 12 de noviembre de 2020, y testimonial en juicio de Macarena).

Es así que en juicio Macarena comienza ubicando ambos hechos en el mes de diciembre mientras rendía el POEC, para luego informar, ante preguntas de la fiscalía que no recordaba mes ni año respecto del segundo hecho, y al ser confrontada por la Querellante institucional con la versión prestada en fiscalía el 12 de

noviembre de 2020 (se la invita a leer el párrafo pertinente) **la testigo reconoce que informó el hecho durante la segunda quincena de febrero entre las 14 y las 15 hs.** A pesar de que la Dra. Díaz no le pide explicaciones, la testigo espontáneamente agrega que no recuerda si ocurrió cuando rendía el POEC o en febrero.

En lo que hace a la corroboración del relato por parte de su madre Rocío Rivera, la testigo en juicio, **no recuerda las fechas de los hechos que le indicó su hija.** También afirma que en un primer momento Macarena le contó a su hijo, pero éste no declaró como testigo en el debate para conocer los detalles temporales de los hechos.

Por otra parte, en el contrainterrogatorio de la defensa, al testimonio de Rita Rivera, **se le preguntó si en febrero de 2020 su hija pasó el verano en la casa de su novio, contestando la testigo que sí,** que incluso viajaron a Junín.

Con lo cual deviene dogmática la afirmación de la jueza de que el relato fue suficientemente detallado en lo que respecta a circunstancias de tiempo. La sentencia no da respuesta a ese planteo concreto.

Entiendo que más allá de la impersistencia del relato en este punto específico, lo concreto es que **Macarena declara en juicio,** a instancia de

la Querellante que le hace leer su declaración previa (en la que afirmaba que el hecho ocurrió en la segunda quincena de febrero de 2020, entre las dos o tres de la tarde), **que no recuerda si el hecho ocurrió cuando rendía el POEC (diciembre) o en febrero** (33 minutos 12 segundos, día 22/09/21), momentos después de haber afirmado ante la pregunta de Dr. Jofré si recordaba si pasó algo con el Sr. Nuñez en ese año (2019): **"cuando fui a rendir el POEC, a mediados de diciembre, yo fui a su casa,** le pregunté si podía llevarme, porque yo sentía confianza con él, lo sentía como un familiar (...) y el hombre me encerró en el quincho que tenía ahí, empezamos a hablar y después me empezó a mostrar su casa. Cuando me llevó al baño como que me quiso atajar ahí y yo me corrí. Después cuando yo iba a salir, me agarró del hombro y **me quiso dar un beso,** entonces yo me corrí y me fui a donde estaba mi casa (16' 46"/17'39"). A pregunta de la fiscalía **¿dónde pasaste el verano en el año 2020? "Con mi pareja"** (22'50") y preguntado nuevamente por el fiscal: ¿y ese relato que nos dijiste vos que entraste a la casa y te quiso dar un beso, cuándo sucedió?, contestó: **"cuando estaba por rendir el POEC"** (23'29").

Es decir, el testimonio único de la víctima en este punto no sostiene que el segundo hecho haya

ocurrido en la segunda quincena de febrero como fue imputado a Nuñez.

Asiste razón al Dr. Guiñez cuando afirma que la jueza se equivoca al sostener que el defensor está errado: "la defensa atacó el relato de Macarena al sostener que no tenía coherencia interna por dos circunstancias. En primer lugar, porque aseguró que en juicio Macarena manifestó que el primer hecho de abuso (cuando el acusado toca la pierna de la adolescente) ocurrió en febrero, no en noviembre o diciembre como dice la acusación. En este punto está errado el defensor ya que tras el contradictorio y la lectura de su declaración previa, Macarena dice que ya no recuerda si ocurrió en diciembre o en febrero, pero lo que sí tiene claro es que fue cuando estaba rindiendo Poec, lo que coincide con el dato de la acusación" (página 31).

Tal como transcribí en párrafos precedentes, la declaración previa contrastada por la querellante durante el testimonio en juicio de Macarena se refiere al segundo hecho relativo al intento de beso en la casa de Nuñez ocurrido en la segunda quincena de febrero de 2020 tal como consta en la acusación. Ésta errónea interpretación del planteo defensista relativo a la coherencia interna del relato de Macarena, determina la omisión de tratamiento del planteo que efectivamente había

realizado la defensa respecto de la coordenada temporal del segundo de los hechos imputados.

Entendiendo que se constata este agravio, no habré de ingresar al tratamiento del segundo cuestionamiento relativo al mismo hecho, sobre el **horario** en el que a tenor de la defensa el Sr. Nuñez arribaba a la casa en construcción, circunstancias sobre la que se pronunciaron los testigos Vidal Huerta, Llancafilla, Alarcón y Huenten.

En lo que respecta al primer hecho (tocamiento de la pierna), la sentencia da adecuada respuesta al planteo defensorista sobre la mutación del lugar del tocamiento, determinando que la diferencia de palabras "entrepierna" "pierna a la altura de la cadera" no implicaba un cambio sustancial.

Macarena en juicio explica en el conainterrogatorio de la defensa que tanto a su mamá como en fiscalía, indicó el lugar del tocamiento (lo que señala como "entrepierna"), **ratificando** -ante preguntas de su declaración previa del 12/11/20- **que comenzó colocando su mano derecha sobre mi pierna, en la parte del muslo, arriba de la rodilla, me puso la mano un poco más arriba, y trató de subirla más cerca de la cadera** (que es la misma altura de la entrepierna), en ese momento Macarena agrega que fue

el momento en que ella puso su mochila (minuto 35, 40 segundos, día 22/09/21). Por lo que entiendo, que la diferencia del término utilizado no resulta dirimente, ni produjo afectación del derecho de defensa en juicio.

Por lo expuesto, corresponde revocar parcialmente la sentencia impugnada y absolver a Damián Segundo Nuñez por el hecho ocurrido "en el mes de febrero de 2020, aproximadamente segunda quincena, y en horario estimativo de las 14 o 15 hs., invitó a la adolescente de 15 años de edad Macarena Victoria Castellano a conocer su casa, ubicada en calle La Antigua del Barrio Colonia Pastoril de la ciudad de Zapala, donde una vez dentro de la misma y previamente preguntarle que posiciones sexuales le gustaban en forma violenta y sorpresiva la tomo de los brazos e intento besarla en boca lo que no logro por que la víctima corrió su cara y el beso se lo dio en la mejilla" (art. 246 último párr.CPP) y confirmar la sentencia en lo que respecta al hecho ocurrido en el lapso temporal comprendido entre noviembre y diciembre de 2019, sin poder determinar fecha exacta, en la ciudad de Zapala, cuando en forma sorpresiva abusó sexualmente de la adolescente Macarena Victoria Castellano cuando esta contaba con 15 años de edad, tocándole sin su consentimiento su pierna izquierda (muslo) a la altura de la cadera aprovechando que

la misma en esa oportunidad subió a su vehículo camioneta, después del mediodía cuando concurría a la escuela CPEM N° 36 a turno tarde.

En el entendimiento que la defensa no cuestionó la sentencia de determinación de la pena y a fin de evitar la revictimización de Macarena que implicaría la realización de una nueva audiencia de cesura para ajustar la pena frente a la absolución del imputado por el segundo de los hechos imputados, en ejercicio de competencia positiva (art. 246 último párr. CPP), considero ajustado a derecho, **fijar la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional manteniendo las reglas de conducta oportunamente dispuestas** por la jueza que previno. Ello en consideración de que se descarta el agravante de "curso real" subsistiendo los demás agravantes y el único atenuante oportunamente valorado.

Es así que en cuanto al **contexto de violencia de género** el hecho por el que ha sido declarado responsable penalmente Damián Segundo Núñez constituye, en efecto, una forma de violencia contra la mujer (Art. 2 Convención Belem do Para; Art. 5 Ley Nacional 26485; Art. 2 Ley Provincial 2786). Es importante considerar que cuando niñas y/o adolescentes se encuentran involucradas en el sistema punitivo como víctimas del delito, se incrementa su

vulnerabilidad en tanto se conjugan ambas categorías como mujer y niña/adolescente, conforme ha sido receptado también por las Reglas de Brasilia.

La **relación entre víctima y victimario**, en cuanto la relación estaba afianzada por un vínculo de confianza, no solo por la vecindad y la relación de amistad que mantenía el imputado con Rita Rivera (madre de Macarena), quien además le había vendido el terreno en el cual Nuñez estaba construyendo, sino también por la expresión de la propia Macarena cuando declara que lo sentía un familiar.

La **extensión del daño causado, centrada en el desarraigo**, ya que quedó acreditado en juicio que tras los hechos Macarena se fue a vivir a la localidad de Sarmiento, Provincia de Chubut porque no podía ver al acusado vecino de la casa contigua a la suya.

Como atenuante subsiste la **ausencia de antecedentes** del imputado.

El **Juez Federico Augusto Sommer**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?

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

Sin costas atento el resultado de la impugnación (art. 268 CPP).

El ***Juez Federico Augusto Sommer***, dijo:

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

La ***Dra. Liliana Deiub***, dijo: Adhiero al voto de la jueza preopinante.

De lo que surge del presente acuerdo, por unanimidad se:

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal el recurso interpuesto por el Dr. Lucas Guiñez, en representación del imputado (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a la impugnación deducida por la defensa, revocando la sentencia en lo que respecta al hecho ocurrido en el mes de febrero de 2020, aproximadamente segunda quincena, y en horario estimativo de las 14 o 15 hs, cuando invitó a la adolescente de 15 años de edad Macarena Victoria Castellano a conocer su casa, ubicada en calle La Antigua del Barrio Colonia Pastoril de la ciudad de Zapala, donde una vez

dentro de la misma y previamente preguntarle que posiciones sexuales le gustaban en forma violenta y sorpresiva la tomo de los brazos e intento besarla en boca lo que no logro por que la víctima corrió su cara y el beso se lo dio en la mejilla, por constatarse el agravio invocado.-

III.- ABSOLVER a DAMIAN SEGUNDO NUÑEZ, titular de DNI N° 14.338795 por el hecho descrito en el punto II.

IV.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia en lo que respecta al hecho ocurrido en el lapso temporal comprendido entre noviembre y diciembre de 2019, sin poder determinar fecha exacta, en la ciudad de Zapala cuando en forma sorpresiva abusó sexualmente de la adolescente Macarena Victoria Castellano cuando esta contaba con 15 años de edad, tocándole sin su consentimiento su pierna izquierda (muslo) a la altura de la cadera aprovechando que la misma en esa oportunidad subió a su vehículo camioneta, después del mediodía cuando concurría a la escuela CPEM N° 36 a turno tarde, **por el que se lo declaró penalmente responsable por el delito de abuso sexual en grado de tentativa, en calidad de autor (Arts. 119 primer párrafo, 42 y 45 del Código Penal).**

V.- IMPONER a Damián Segundo Núñez, titular del DNI 14.338.795, de demás datos consignados en

el Legajo 33.090/2020, **la pena de 6 (seis) meses de prisión de cumplimiento condicional**, más costas del proceso por el delito de abuso sexual en grado de tentativa en calidad de autor (Arts. 119 primer párrafo, 42 y 45 del Código Penal) en perjuicio de Macarena Vitoria Castellano (arts. 40 y 41 del Código Penal y 268 del CPPN).

VI.- Disponer que, por el mismo plazo de la condena, Damián Segundo Núñez cumpla con las siguientes reglas de la conducta: I) fijar domicilio, II) abstenerse de transitar por el frente de la casa de la Sra. Rita Lucinda Rivera (calle La antigua, Colonia Pastoril); III) Someterse al cuidado de Patronato cada cuatro meses; IV) abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas; V) no cometer delito; VI) realizar capacitación obligatoria en tema de género y violencia contra las mujeres, contenido acorde al exigido por Ley 27.499 (Ley Micaela).

VII.- Una vez que se encuentre firme la sentencia, comunicar su contenido a la Dirección de Asistencia a Impugnación y Coordinación General para que dé cumplimiento al Art. 5, incisos 4 y 5 del Reglamento del Registro de Identificación de Personas Condenadas por Delitos Contra la Integridad Sexual.

VIII.- Firme que sea, notifíquese por intermedio de la Oficina Judicial, a la representante legal de la víctima, en los términos del art. 11bis de la Ley 24.660, consultándole si desea ser informada acerca de los planteos referidos a la ejecución penal del condenado, haciéndole saber que en su caso deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones.

IX.- SIN COSTAS en esta instancia.

X.- Regístrese. Notifíquese.

Reg. Sentencia nº 06 Año 2022.-