

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA Nro. 65

NEUQUÉN, 9 de noviembre de 2021.

VISTOS:

Estos autos caratulados: "O....., V..... R.... S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VÍNCULO" (MPFNQ. LEG. 107.557/2018), venidos a conocimiento de la respectiva Sala del Tribunal Superior de Justicia; y

CONSIDERANDO:

I.- Que el Tribunal de Juicio, compuesto por las Dras. Estefanía Sauli, Patricia Lupica Cristo y el Dr. Mauricio Zabala, por sentencia del día 19 de febrero de 2021, declaró la responsabilidad penal de V.... R..... O..... por la autoría del delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por haber sido cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente, reiterado (arts. 45, 55 y 119, primer, tercer y cuarto párrafos, inc. f), del Código Penal). Asimismo, cesura mediante, ese mismo Tribunal estableció la pena del imputado en 8 años de prisión de efectivo cumplimiento.

La Defensora Penal Pública, Dra. Ivana Carla Dal Bianco, dedujo una impugnación ordinaria en contra de dicho pronunciamiento.

Por sentencia n.º 41/2021, el Tribunal de Impugnación, integrado por los Dres. Nazareno Eulogio, Raúl Aufranc y la Dra. Leticia Lorenzo, rechazó los agravios y confirmó el fallo de instancia.

Contra dicha decisión, la Defensa presentó impugnación extraordinaria.

II.- La recurrente aduce que la sentencia es arbitraria, en los términos del artículo 248, inciso 2), del CPPN, y plantea dos puntos de agravio:

1) Alega que el tribunal *a quo* limitó su tarea a la sola concordancia o una pura reproducción de los argumentos del voto que hizo mayoría en la sentencia del Tribunal de Juicio, con grave afectación de la garantía del imputado a una revisión integral del fallo de condena penal y del principio de inocencia.

En esa dirección, sostiene que el Tribunal de Impugnación habría evitado cotejar la prueba producida en el debate -por ejemplo, la entrevista de la niña en Cámara Gesell y demás prueba testimonial relevante- con las críticas efectuadas por la defensa en relación con la transgresión de las reglas de la sana crítica y la falta de acreditación de la materialidad y autoría de los hechos delictivos reprochados a su representado.

2) Afirma que se convalidaron afectaciones a la posibilidad de controlar prueba de cargo dirimente, en desconocimiento del derecho de defensa.

Recuerda que la primera sentencia de condena fue anulada por el *a quo* con sustento en la vulneración del Acuerdo n.º 5254, del Tribunal Superior de Justicia.

Opina que el segundo juicio habría repetido esos mismos errores, al permitir que la psicóloga forense que practicó la entrevista, Licenciada Zuccarino, incida en la declaración de la niña [A. L. T.], en perjuicio de su incolumidad.

Recalca que el interrogatorio es ejercitado por un tercero, lo que exige el cumplimiento estricto del

Protocolo para hacer posible el control de la prueba, pues ese testimonio no responde a la clásica regla del control directo y el contraexamen.

Hace una remisión al voto de la Dra. Martini en la sentencia n.º 20/2020, del Tribunal de Impugnación, al que adhirieron los Dres. Repetto y Varessio. Allí se evaluó la impersistencia del relato de la niña, desde que, en la primera declaración, ella no dijo haber sufrido un abuso, mientras la segunda, que se sabe de carácter excepcional, curiosamente se fundó en hechos anteriores a la primera declaración.

Menciona la disidencia del Dr. Zabala en la sentencia del Tribunal de Juicio. En lo medular, el magistrado valoró que la licenciada Zuccarino hizo una entrevista extendida entre mayo de 2018 (dos entrevistas para determinar la capacidad de la niña, que tenía tres años y seis meses de edad, donde ella no evoca ningún abuso, sí miedo hacia V..... y daño en un dedo) y abril de 2019, donde la niña indica el daño en la cola (al llevar la mano de un muñeco hacia el otro, mostrando cómo le tocaba la cola).

Así, el juez reprocha que no se evaluara la violenta ruptura en la relación entre madre y padre, ni la pérdida de un embarazo de su madre, ni se indagara sobre su primo S....., ya que ella dijo "S.... pega y V.... hace daño", ni cómo se construyó la declaración de la niña, para culminar razonando que la evidencia física tampoco es unívoca en la acreditación del abuso sexual.

Solicita la absolución por aplicación del principio de la duda, ante las contradicciones presentes en el relato de la niña.

Hizo reserva del caso federal.

III.- Sentados los motivos de la impugnación extraordinaria, se impone el estudio de los recaudos mínimos de procedencia previstos en el artículo 227 del código de forma:

1) El escrito fue presentado en término, por parte legitimada para ello, ante la Oficina Judicial correspondiente.

2) Sin perjuicio de ello, conforme profusa e invariable jurisprudencia de esta Sala Penal, el examen del recurso, en su aspecto formal, no queda acotado a estos recaudos, que conforme lo analizado previamente deben darse por satisfechos, sino que se extiende a establecer si, prima facie, concita un caso en el que debiera intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en orden a la vía de acudimiento elegida (art. 248, inc. 2), del CPPN).

Una exigencia formal semejante se justifica en la necesidad de impedir que, bajo la aparente cobertura de dicha fórmula, se planteen pretensiones ajenas a aquellas propias de la impugnación extraordinaria, que es excepcional, por la gravedad de la función que -por esa vía- pudiera cumplir luego la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cualquiera de los supuestos establecidos en la ley 48.

IV.- Que luego de efectuado un examen de los argumentos esgrimidos por la Defensa, esta Sala Penal

entiende que la impugnación extraordinaria deducida debe ser declarada inadmisibile.

1) El recurso en análisis plantea la afectación del derecho a la revisión integral del fallo condenatorio (art. 18 CN y art. 8.2.h CADH) porque -según sostiene- existirían meras alusiones a la sentencia de grado, de modo tal que se habrían omitido los puntuales déficits que ésta traía y que fueron puestos a consideración de dicho Tribunal de Impugnación.

En definitiva, denuncia omisiones dirimentes del pronunciamiento homologatorio que tornaría inválida su decisión.

Este agravio, lleva a recordar que el vicio de las resoluciones judiciales denominado comúnmente como *incongruencia omisiva* aparece en aquellos casos en los que el tribunal de instancia vulnera el deber de atender y dar respuesta a aquellas pretensiones esenciales, introducidas temporáneamente al proceso por las partes, frustrando con ello la tutela judicial efectiva, erigida como garantía de raigambre constitucional (art. 58 de la Constitución Provincial; art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Este déficit en la motivación resulta encuadrable en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias conforme a una pacífica doctrina de nuestro Máximo Tribunal Nacional (cfr. CSJN, Fallos 261:297; 274:436; 275:68; 297:332; 303:874; 319:1416 y 692; 323:1774, entre muchos otros).

Sin embargo, no toda omisión en el pronunciamiento justifica su ataque por vía de la sentencia arbitraria.

"...la Corte indica que la falencia de la resolución judicial debe referirse a 'cuestiones sustanciales para la adecuada solución del litigio' (o 'cuestiones conducentes' a tal fin), u 'omisiones decisivas', o cuestiones que pueden influir sobre la integral decisión del estado litigioso', o que pueden gravitar en el resultado del debate, o que pueden ser relevantes para tal fin, o que pueden dejar de ponderarse para resolver la litis..." (cfr. Sagües, Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional", ed. Astrea, 4° edición, Bs. As., 2002, t. 2, pág. 222 (con cita a Fallos de la CSJN, 267:443; 269:413; 300:1114; 318:2678; 319:434, entre muchos otros).

Frente a tan restrictivo cauce, era carga de la parte apelante expresar mínimamente cuáles fueron en concreto los argumentos que no fueron tratados y porqué adquirirían un carácter dirimente para la solución del pleito.

2) El recurso en análisis se encuentra privado de esa carga argumental, pues en el capítulo específico (cfr. "IV. Agravios"), sólo efectúa evocaciones doctrinales y jurisprudenciales atinentes a la tarea revisora (cfr. fs. 86/92 vta.), o bien largas transcripciones de la postura disidente del fallo de instancia, acorde a su interés.

Si bien en un tramo del recurso advierte que *"...no se trata de meras discrepancias [de su parte] con la*

valoración de la prueba, sino supuestos en que se ha omitido directamente prueba decisiva o muy importante..." (fs. 88 vta.), evitó luego cualquier desarrollo argumentativo en este tópico, dejando inexplicado cuáles han sido las pruebas o los argumentos que fueron dejados de lado por los magistrados revisores.

Más allá de que dicho déficit sella la suerte del recurso, el repaso del decisorio apelado, a la luz de las críticas genéricas ya consignadas, confluye en la inadmisibilidad que aquí se impone en tanto el Tribunal de Impugnación examinó todos los agravios introducidos por la defensa, sea por escrito o en la audiencia oral celebrada al efecto, controlando la fundamentación de la sentencia de condena en relación con las reglas de la sana crítica.

Así, el *a quo* ratificó el voto mayoritario del Tribunal de Juicio tomando en cuenta que este último había valorado la versión de la niña de acuerdo con su edad y permanencia del relato, en parangón con la prueba de contexto, señalando que, mientras las magistradas que hicieron mayoría evaluaron la prueba en forma conglobada, el juez que lo hizo en minoría parcializó la declaración que la niña como si fuera la única información disponible para arribar a una decisión (fs. 77 y 80/80vta.).

Sumado a ello, el Tribunal de Impugnación valoró que la resolución que dispuso el reenvío no ordenó ninguna clase de exclusión probatoria. Por consiguiente, el testimonio de la niña, receptado bajo la modalidad de una entrevista en Cámara Gesell, pudo ser reeditado en el nuevo juicio (fs. 83).

Por otro lado, según el Acuerdo n.º 5254, punto 16, del TSJN (Protocolo de Actuación en el abordaje a Niños/as y Adolescentes presuntas víctimas de abuso sexual y testigos) no hay ningún impedimento normativo para que la profesional interviniente fije una segunda entrevista con la joven víctima (fs. 82).

De todas formas, el *a quo* señaló que, en la audiencia de control de la acusación (art. 168 del CPPN), la defensa no formuló ningún planteo de inadmisibilidad de esa prueba (fs. 82vta).

Como consecuencia, los gravámenes traídos a conocimiento de esta Sala Penal implican el estudio de cuestiones de hecho, prueba, derecho común y procesal ajenos a esta acotada vía de excepción (arts. 45, 55 y 119, primer, tercer y cuarto párrafos, inc. f), del CP; arts. 21, 33, inc. 1), 194, incs. 3) y 4), 245 y 246 del CPPN) y se reducen a una simple reiteración de los oportunamente introducidos en la instancia ordinaria.

3) Como conclusión de lo anterior, la recurrente no cumplió con la exigencia de fundamentación autónoma, carga que no se satisface con la cita de fórmulas estereotipadas, ni con la remisión a algunos de los fundamentos de la resolución cuestionada.

En concreto, la defensa fracasa en el intento por demostrar una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, ya que no explica cómo los motivos que la aquejan serían conducentes para solventar el pleito ni tampoco cómo permitirían alcanzar una decisión distinta a la arribada.

Arguye una afectación de las garantías al doble conforme y a la defensa en juicio, pero falla en la demostración de la causal de arbitrariedad de sentencia en la que basa su posición, por cuanto la crítica se reduce al despliegue de una discrepancia subjetiva con su fundamentación, en temas que son de exclusiva incumbencia de los jueces de la causa.

Nada significativo alega en relación con las declaraciones de la madre P... T....., a quien la niña le reveló que O... le había tocado la cola, del Dr. Verón, médico del hospital de Centenario, a quien le refirió la parte del cuerpo donde había sido abusada, de la tía, señora M... G....., de la docente, señora V.... L....., y de la psicóloga, Licenciada Navarro. Toda esa prueba, en conjunto, llevó a descartar la aplicación del principio de la duda fundada en la inexistencia del hecho o en la hipótesis alternativa sobre la autoría propuesta por la defensa (fs. 81vta.).

En cuanto a la prueba médica, se descartó que los daños en el cuerpo respondieran a constipaciones o a la vulvovaginitis, en razón de la coincidencia de criterio entre las Dra. Jara, médica forense, y la Dra. Álvarez, quien se desempeñaba en la Defensoría de los Derechos del Niño.

Las expertas encontraron lesiones grado 2 y 3 en la escala de Muram, desgarros cicatrizados, orificio himeneal aumentado para la edad -con hallazgos en horas 5, 8 y 11-, hipertrofia del esfínter, hiperpigmentación anal, entre otras, que, según la Dra. Álvarez, podrían responder a digitalización (fs. 80vta./81).

Asimismo, el Tribunal de Impugnación rechazó algunas observaciones realizadas por el Dr. Delgado, quien no revisó a la niña ni es un médico especialista en la materia (fs. 81vta.).

En cuanto a la declaración que la niña prestó bajo la modalidad de Cámara Gesell, el a quo convalidó el argumento dado por el Tribunal de Juicio para realizar la segunda entrevista y descartó que la psicóloga forense, licenciada Zuccarino, hubiese influenciado la declaración de la niña, mediante la formulación de alguna pregunta capciosa o sugestiva, o que tuviera algún interés espurio en la solución del pleito (fs. 79/80), considerando que, la segunda entrevista, tuvo su razón de ser en la develación de la niña y el resultado de las pericias médicas (fs. 82/82vta.).

Tampoco existían razones serias para vacilar sobre la autenticidad del testimonio de [A. L. T.], ya que, como admitió la licenciada Martínez Llenas, una niña de tan corta edad no puede ser guionada, y ella fue capaz de expresar emociones y sensaciones (cfr. fs. 78 y 80).

A mayor abundamiento, la recurrente no alegó haber planteado una oposición a la concreción de esa segunda entrevista de [A. L. T.], ni que se omitiese la notificación de la fecha de su realización, ni que se la hubiera privado de concurrir a la misma, o se le negara la posibilidad de sugerir preguntas a la experta que dirigió el acto, situaciones que habrían vulnerado su derecho de defensa.

De la reproducción de la primera entrevista en Cámara Gesell, dirigida por la licenciada Zuccarino,

surge que la niña aclaró que el primo "S..." le pegó, pero que no le hizo ninguna otra cosa (Audiencia del día 4/2/2021, 01:05:50 hs. - 01:06:50 hs.). Queda descartado, así, que él la hubiese abusado.

En ese primer encuentro, la niña afirmó que el imputado, "V....", le hizo daño, que se lo reveló a su madre y que le tenía miedo.

Ya, en el segundo encuentro, la niña contó que V.... le "...tocó la cola...", para relatar que ello había acontecido en el auto de su progenitora y en la camioneta del imputado, y que se lo había contado a su mamá, a su tía y a su tío J... (Audiencia del día 4/2/2021, 01:26:30 hs. - 01:31:00 hs.).

Desde otro ángulo, tampoco explica la defensa cómo influiría en la solución del caso la ponderación de la ruptura del vínculo afectivo que en ese momento existía entre su madre y el imputado, o la pérdida del embarazo.

No basta, entonces con realizar una crítica genérica en contra del pronunciamiento o con exponer una determinada solución jurídica que se cree correcta, si no se acredita una afectación de garantías constitucionales o que la sentencia es, en efecto, arbitraria, para lo que es necesario rebatir el sustrato jurídico del fallo.

Por lo tanto, la impugnación extraordinaria es inadmisibles (arts. 227, primer párrafo, y 248, inc. 2), ambos a contrario sensu, del C.P.P.N.).

V.- El pago de las costas procesales recaerá en la parte perdedora (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.).

Por todo ello, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

I.- Declarar **INADMISIBLE** la impugnación extraordinaria deducida por la señora Defensora Penal Pública, Dra. Ivana Carla Dal Bianco, a favor de **V.....**

R... O...-

II.- IMPONER EL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES a la parte perdidosa (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.).

III.- Notifíquese, regístrese y hágase saber de ello a la Oficina Judicial a los fines pertinentes.

ALFREDO ELOSÚ LARUMBE
Vocal

MARÍA SOLEDAD GENNARI
Vocal

ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario