

SENTENCIA n° setenta y cuatro /2014.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **siete días del mes de agosto de dos mil catorce**, el Tribunal de Impugnación conformado por los **Dres. Héctor Guillermo Rimaro, Daniel Gustavo Varessio y Héctor O. Dedominichi**, bajo la presidencia del primero de los nombrados, emite la presente sentencia en relación a la audiencia celebrada en esta ciudad capital el día veinticuatro de julio del corriente año, en el caso judicial "**S., R. s/Abuso Sexual**", identificado como **Legajo OFINQ 314/2014** (Ex expediente N° 113/12 del registro de la ex Cámara en lo Criminal Primera de la I Circunscripción Judicial de la Provincia), en el que está condenado (con sentencia no firme) **R. S.**, DNI N°, hijo de S. y de I. F., Argentino, nacido en la localidad de Las Lajas (Pcia. de Neuquén) el 25 de agosto de 1970, con estudios primarios completos, mecánico, con domicilio en del Barrio de esta ciudad.

En la audiencia prevista por el art. 245 del CPP intervinieron, el señor Fiscal, Dr. Rómulo Patti, la señora Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, Dra. Silvia Acevedo, el imputado R. S., asistido por su letrado de confianza, el Dr. Ramón Alfredo Acosta.

ANTECEDENTES:

Por Sentencia N° 36 de su registro, dictada el día treinta de julio del año dos mil trece, la ex Cámara en lo Criminal Primera de esta ciudad, resolvió condenar a Raúl Sandoval, de circunstancias personales detalladas, como autor material y penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple reiterado en concurso real con abuso sexual con acceso carnal (artículo 119 primer y tercer párrafo del Código Penal), a la pena de seis (6) años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales (art. 12 del Código Penal) y las costas del proceso (art. 491 del CPP).

La Defensa particular dedujo, el día trece de agosto de dos mil trece, recurso de casación contra el referido pronunciamiento. Sorteado el primario tamiz de admisibilidad formal, fue recibido por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia el día treinta de octubre del año dos mil trece.

Expresó el letrado impugnante que el agravio finca en la inobservancia de pautas establecidas en el ordenamiento ritual y encuentra amparo en el art. 415 inc. 1° del otrora vigente CPP. Ello así, habida cuenta que el decisorio impugnado incurre en una errónea aplicación de la

ley sustantiva al condenar a su asistido en la forma que lo hiciera.

Asimismo, consideró que no se valoró ni se merituó adecuadamente y conforme la sana crítica racional las pruebas que llevaron al debate, ya que no se pudo acreditar con precisión las fechas en que se produjeron los supuestos tocamientos a la menor víctima de autos.

Sostuvo el recurrente que, en la declaración indagatoria su asistido reconoció haber efectuado tocamientos sobre la menor, pero dijo que fue en una sola oportunidad, esto es cuando se produjo el frotamiento con su miembro viril, reconociendo que había eyaculado.

Ante ello, esa falta de certeza y precisión en las fechas y/o momentos en que se produjeron los tocamientos hacen caer por sí misma la calificación de abuso sexual reiterado (art. 119 inc.1ro. del C.Penal).

Por otra lado, su defendido desconocía la edad de la menor y al momento de ocurrido el frotamiento y acceso carnal, ello en razón de que a su entender impresionaba tener más edad, es decir que no sabía que la misma fuera menor de trece años, por lo que entiende que ese desconocimiento de por sí es plenamente válido para descartar que tuviera menos de esa edad.

Efectuó otras consideraciones tendientes a acreditar que la víctima se trataba de una persona madura sexualmente; que la menor concurrió varias veces de manera voluntaria al negocio, la mayoría de las veces en compañía de otras compañeras, desconociendo que los hechos imputados hayan ocurrido en más de una oportunidad.

Concluyó en ese segmento que la menor prestó su consentimiento en la única oportunidad en la que se produjo el encuentro sexual con el imputado.

A su vez, afirmó que su asistido una vez que tomó conocimiento por el examen de ADN, resultaba ser el padre biológico, se hizo cargo al reconocer legalmente a la niña A. M., conforme surge del acta de nacimiento nro., como así que efectuó un acuerdo con L. V. Z. (madre de F. D. Z.) por el que se obligó a abonar alimentos a favor de A..

Por ello sostuvo que la conducta de S..... no debe incluirse dentro del presupuesto del art. 119 inc.1° y 3ro. del C.Penal, sino que debe calificarse como constitutivo del delito de abuso sexual simple y no como la que por el presente se ataca.

En la audiencia prevista por el art. 245 del CPP, al ampliar sus fundamentos, el impugnante expresó que no se valoró la circunstancia de desconocimiento de la

edad de la menor que tenía el imputado. Durante el debate, manifestó que, por las características físicas que presentaba la menor, ésta impresionaba como mayor a la edad que realmente tenía.

A su vez, que de parte del imputado, solo existieron tocamientos impúdicos, una sola vez eyaculó sin penetración y que en el examen clínico se decía algo acerca de algún tipo de 'desfloración'.

Desde el primer momento de la investigación, la denuncia no fue efectuada contra S., sino hacia un muchacho que vivía con la joven y que era el hijastro de su madre. Luego, fue la propia Z. quien le manifestó a aquélla que había sido el imputado S..

Es así, que cuando éste toma conocimiento del resultado de los exámenes de A.D.N., reconoce a la niña ante el registro civil, y se hace cargo de los alimentos de A..

A la luz de las consideraciones señaladas, la defensa sostuvo que no se valoró que el imputado no tuviese antecedentes, siempre estuvo a derecho, presentándose cada vez que fue requerido por la justicia, en caso de quedar detenido se trata de único sostén de familia y con una hija discapacitada.

Solicitó, al concluir se mantuviera la libertad de su pupilo.

Por su parte, el señor Fiscal, afirmó que debía confirmarse la sentencia impugnada, ello por cuanto no se advierte se hayan analizado en forma equivocada las probanzas producidas y el razonamiento que decidiera la responsabilidad penal del imputado.

Ha existido, una lógica relación del hecho, de manera precisa, concreta y circunstanciada. No puede aceptarse los argumentos de la defensa cuando alude a una discordancia temporal, por cuanto la descripción de la base fáctica imputada aparece perfectamente válida y debe ser confirmada en tal sentido.

Se alude, agregó el Fiscal a la edad 'presunta' de la víctima. En la sentencia se hace referencia, a través del Vocal ponente -el Dr. Repetto- a que la niña en su declaración dio cuenta de la edad que tenía. Incluso, el propio impugnante, si bien no creía, fue la niña quien en la Cámara Gesell reafirmó tal circunstancia.

Por otra parte, expresa el Dr. Patti, existe un dato objetivo que surge del análisis físico que le efectuara la Dra. Lydia Caunedo, datos morfológicos y las fotografías que se acompañaran. A través de la intervención

médica se logró determinar que la niña al momento de concebir tenía doce años.

A todas luces, surge la responsabilidad del imputado con el resultado que arrojará la pericia de A.D.N. que determina la paternidad que aceptara responsablemente, asumiendo las obligaciones civiles que emergen de tal comportamiento, extremo tenido en cuenta por esa parte al momento de mensurar el pedido de pena.

Agrega que no se ha aplicado una pena mayor, se tuvo en cuenta su situación socio-económica, arribando de ese modo a una pena justa, en punto a una situación muy particular del acusado.

A su vez, la Dra. Acevedo (parte querellante) luego de adherir a los fundamentos de la fiscalía, afirmó que la sentencia impugnada ha valorado cada una de las probanzas y en especial, ante el descargo efectuado por el imputado.

El voto del juez ponente analizó los dichos del imputado y los de la niña en la audiencia de Cámara Gesell, sumado a la conclusión a la que arribara la médica del poder judicial, la Dra. Caunedo y los resultados del estudio de A.D.N.

La Defensa habla de 'error' en la edad de la menor y falta de penetración. La niña tenía doce años y el imputado conocía esa edad. Ello surge, como dijera, de la declaración en Cámara Gesell y en que S. le preguntó la edad y la pequeña le dijo la que efectivamente tenía. Es más, el acusado no le creyó, le volvió a preguntar, y obtuvo la misma respuesta; conocía su familia y la edad que representaba no era otra que la que tenía, como bien lo afirmara la médica al examinarla.

En cuanto a que no hubo penetración, como pretende el impugnante, si la hubo, ello a la luz de los dichos de la menor; del examen de la Dra. Caunedo y del resultado de A.D.N. practicado. Dichas probanzas descartan de manera categórica la posibilidad de un 'coito inter femora' como pareciera ser la estrategia de la Defensa.

Toda la prueba, concluye la querellante fue examinada conforme las reglas de la sana crítica racional.

En cuanto a la pena impuesta, pese a la existencia de un concurso, se tuvieron en cuenta todas las circunstancias del hecho, y las condiciones personales de S., imponiéndosele el mínimo legal previsto para el delito por el que fue condenado.

Finalmente, al imputado expresó, lo único que quiero es por mi familia, si me van a meter preso, voy a ir preso, voy a cumplir. Si es la ley, es la ley.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el Dr. Héctor O. Dedominichi, luego el Dr. Héctor Guillermo Rimaro y finalmente el Dr. Gustavo Daniel Varessio.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge del art. 246 del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

El **Dr. Héctor O. Dedominichi** dijo: El recurso de casación fue interpuesto en tiempo y forma, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento impugnado, por parte legitimada, contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo y, además, resulta ser autosuficiente. Conjunción de requisitos cumplidos que proyecta a la conclusión que corresponde su tratamiento.

A su vez, luce acertado que la Oficina Judicial adecuara el recurso de casación a la nueva Impugnación Ordinaria de sentencia, conforme lo establecido

por la Ley Orgánica del Fuero Penal (N° 2.981), en sus disposiciones transitorias.

El **Dr. Héctor Guillermo Rimaro** expresó: Por compartir los argumentos afirmados por el Sr. Juez preopinante, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Daniel Gustavo Varessio** expresó: Por compartir los argumentos entregados por el Sr. Juez preopinante, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. Héctor O. Dedominichi** dijo: En condiciones de ingresar al tratamiento sustancial de la impugnación deducida es menester mencionar que la Defensa impugnó la sentencia porque: a) no se valoró la circunstancia de desconocimiento de la edad de la menor que tenía el imputado. Durante el debate, S. manifestó que, por las características físicas que presentaba la menor, ésta impresionaba como mayor a la edad que realmente tenía; b) de parte de su asistido, solo existieron tocamientos impúdicos, una sola vez eyaculó sin penetración y que en el examen clínico se decía algo acerca de algún tipo de 'desfloración' y, c) al momento de fijar la pena, no se valoró que no

tuviese antecedentes, siempre estuvo a derecho, presentándose al comparendo cada quince días.

Repasados los fundamentos esgrimidos por la Defensa para sostener su pretensión, se impone recurrir a cuáles fueron las razones entregadas en el pronunciamiento impugnado que derivaron en la condena del nocente.

En tal sentido, ponderó el vocal ponente, con adhesión plena de los otros integrantes del Tribunal, lo que sigue: "De lo alegado por las partes, surge en forma expresa que existe plena coincidencia entre la fiscalía, la querrela y la defensa en considerar que las conductas imputadas existieron aunque según la defensa no existió penetración a pesar de lo cual el imputado reconoce ser el padre de la niña que dio a luz la menor víctima de autos. La defensa además afirmó, que estas conductas fueron consentidas por la menor aunque reconoce expresamente que cuando la menor quedó embarazada contaba con 12 años de edad".

Es más, afirmó el Dr. Repetto, en su voto, "Los tocamientos de los que fue víctima la menor F. Z. fueron expresamente reconocidos por el propio imputado, quien además reconoció ser el padre de la niña que la menor víctima dio a luz. Si bien negó que haya existido penetración, lo cierto es que del examen médico practicado

por la Dra. Lydia Caunedo surge en forma incontrovertible su existencia".

Dicho esto, corresponde señalar en primer lugar, que los 'motivos' del otrora recurso de casación (ver fs.298/299 y vta.) no resultaron 'ratificados' ante este Tribunal de Impugnación, por lo que únicamente se han de abordar aquéllos que expresamente fueran objeto de la alegación defensiva -al ampliar fundamentos (art. 245 del C.P.P.)-.

En punto al primero de ellos -al no valorarse la circunstancia de desconocimiento de la edad de la menor que tenía el imputado, atendiendo a las características físicas que presentaba la menor-, es necesario recurrir a la sentencia y los fundamentos en torno a dicho agravio, para determinar si este debe ser acogido.

Veamos: El Dr. Repetto, principió su argumentación, con relación al alegato de la defensa, aludiendo como 'un único argumento que puede ser seriamente analizado en favor de su asistido, referido a que, conforme él afirma, el imputado desconocía que la niña tuviera 12 años al momento de ser accedida carnalmente por su asistido. En caso de que dicha afirmación fuera cierta, ese error tendría relevancia jurídica al momento de determinar la

responsabilidad penal reprochada', para luego expresar: 'Sin embargo debo decir que no sólo no se ha acreditado que el imputado desconociera la edad de la joven, sino que existen elementos de prueba que acreditan que éste conocía positivamente que la niña tenía sólo 12 años de edad al momento de los hechos.'

Una vez que efectuó tal aseveración, examinó de forma pormenorizada aquellos elementos probatorios rendidos, señalando las conclusiones a las que dichas probanzas llevaran con estricto apego al método de análisis establecido por el anterior Código, el novel sistema procesal, lo mantiene, y que no es otro que el de la sana crítica racional.

Así, cuando refiere acerca del testimonio de la niña F. Z., repara en que ésta -de su relato en Cámara Gesell- manifestó que el imputado le preguntó qué edad tenía y ella le dijo 12 años, incluso aclaró que cuando le dijo la edad, el imputado no le creía e insistió en preguntarle, reiterándole ella que tenía sólo 12 años. Esa pregunta la formuló cuando comenzaron los encuentros a mediados del año 2008.

Como también lo afirmó el juez de sentencia, no resultó necesario recurrir al informe de la

psicóloga, Lic. Karina Ortiz, quien entrevistara bajo la modalidad del art.225 bis del C.P.P. (entonces vigente) a la niña, en tanto quedó debidamente acreditado que ésta quedó embarazada a la edad de 12 años y que el padre biológico de la bebé es el imputado de autos, conforme surge de la pericia de ADN agregada al presente expediente.

Se suma en igual sentido el testimonio prestado por la Dra. Lydia Caunedo (médica del poder judicial local) quien luego de examinar la historia clínica de la niña (fs.167) determinó que la fecha de concepción del bebé ha de haber ocurrido entre la última semana de julio y la primera de agosto de 2009, en función de la fecha en la que nació la bebé, pudiendo variar dicha fecha en más menos dos semanas por margen de error. Teniendo en cuenta que la víctima cumplió los 13 años el 24 de septiembre de 2009 no existe ninguna duda que al momento de la concepción la niña tenía sólo 12 años de edad. Concluye la citada profesional por afirmar que la apariencia y contextura física de la niña F. Z. era acorde a su edad, no aparentando más edad de la que realmente tenía.

Una vez examinado y confirmado dicho panorama probatorio, el Dr. Repetto afirma, más allá de una duda razonable, que el imputado R. S. conocía la edad

que tenía la niña al momento de los hechos, descartando por infundado que desconocía su edad, y que su 'descargo' (prestado a través de la declaración indagatoria) tuvo como único motivo y fin el procurar colocarse en una situación procesal más favorable.

Es decir, las razones exhibidas en el citado voto, lucen ajustadas, atendiendo a datos objetivos irrefutables, como quedara demostrado.

La veracidad o credibilidad del relato de la niña no adquiere ninguna relevancia frente a aquella conclusión.

El segundo de los agravios - en cuanto a que solo existieron tocamientos impúdicos, una sola vez eyaculó sin penetración y que en el examen clínico se decía algo acerca de algún tipo de 'desfloración', aspectos sobre los cuales no hubo un desarrollo preciso y fundado, también la sentencia se hizo cargo y respondió al argumento expuesto en el alegato de clausura por la Defensa de S..

Afirmó en primer lugar, el juez ponente (con adhesión de los otros magistrados) y ello surge de los alegatos de las partes, sumado al reconocimiento efectuado por el imputado S., que: 'en forma expresa existe plena coincidencia entre la fiscalía, la querrela y la defensa en

considerar que las conductas imputadas existieron, aunque según la defensa no existió penetración a pesar de lo cual el imputado reconoce ser el padre de la niña que dio a luz la menor víctima de autos'.

No efectuó ninguna otra consideración ante el preciso y claro reconocimiento de parte de S., adunando, ante la posibilidad no mencionada por parte de la defensa de la existencia de un coito interfémora, que el mismo de ningún modo podría presentarse, dando razones por demás suficientes, basadas en la convalidación clínica de la Dra. Lydia Caunedo, el relato de la niña en Cámara Gesell y el concluyente resultado que arrojara la pericia de A.D.N. respecto de la paternidad de la niña que la menor víctima dio a luz.

Como si la argumentación no bastara, frente al 'descargo' de S., el Dr. Repetto expresó: 'Afirmar la existencia de una improbable posibilidad de concepción, a partir de un supuesto coito interfémora, no deja de ser una mera especulación probabilística, la que debe ser descartada de plano por el propio reconocimiento del abuso efectuado por el imputado y lo dicho por la niña en el marco de la cámara gesell'.

Una cuestión -de obiter dictum- si bien en el escrito casatorio la defensa hizo mención como 'agravio' a

la existencia de una única conducta delictiva, de ahí, la errónea aplicación de la ley sustantiva invocada, lo cierto es que, la sentencia expresamente aborda ese aspecto, dando las razones que abonan la conclusión a la que arriba. Dijo en tal sentido: 'Si bien el imputado hizo hincapié en que los abusos habrían ocurrido en una sola oportunidad, luego manifestó que "... la mayoría de las veces me pedía dinero... yo una sola vez le di..., se me ofrecía por dinero, si no le daba dinero me hacía líos en el negocio, me tiraba cosas, me iba a casa y ella me seguía y me decía que fuera al negocio con ella... Me hice cargo de mi hija y me haré cargo de ella hasta el día que me muera...", reconociendo así que la joven concurría con asiduidad a su comercio y que estos hechos ocurrieron en más de una oportunidad'.

Ahora bien, aun si en un plano estrictamente hipotético le asistiera razón al impugnante en orden a la unicidad del hecho, tal circunstancia carecería de toda incidencia en relación a los extremos de autoría y penalidad impuesta en el decisorio censurado. Esto último, toda vez que no sólo, como quedara expresado, existe una conjunción de elementos objetivos que permiten indudablemente sostener la culpabilidad de R. S., sino también porque la

sanción penal aplicada se identifica con el mínimo legal que podía imponérsele.

Por último, en cuanto al agravio vinculado a la pena impuesta, más allá que la fundamentación que se exhibe deviene por demás incompleta, mencionándose solo -a juicio de la defensa- aspectos que no habrían sido tomados en cuenta por el sentenciante al momento de mensurar el quantum punitivo, de una detenida lectura de la pieza impugnada lucen agravantes y atenuantes debidamente ponderados, teniendo especialmente en cuenta que se impuso la pena mínima en orden a los delitos por los cuales resultara condenado R. S..

Largamente se ha cumplido con la imposición constitucional de fundar la sentencia. Se consignaron las razones en que se asienta el juicio lógico que ella contiene, con base en la prueba reunida y de acuerdo al sistema valorativo de la sana crítica racional imperante en el sistema procesal vigente.

Además de la no contradicción, se ha respetado el principio de razón suficiente. Las pruebas ponderadas, como queda dicho, no podían dar lugar a otra conclusión.

Por todo ello, dando respuesta a esta segunda cuestión, propicio la confirmación de la sentencia condenatoria de R. S. en lo que fue materia de impugnación.

El **Dr. Héctor Guillermo Rimaro**, dijo:
Adherir a los fundamentos y la resolución propuesta en el voto del Sr. Juez preopinante.

El **Dr. Daniel Gustavo Varessio**, manifestó:
Adherir a los fundamentos y la resolución propuesta en el voto del Sr. juez preopinante.

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

El **Dr. Héctor O. Dedominichi**, dijo:
Corresponde atento el resultado propiciado, imponer las costas en el presente caso (art. 268 del C.P.P.).

El **Dr. Héctor Guillermo Rimaro**, dijo:
Adhiero a la propuesta respecto de la imposición de costas a la parte vencida.

El **Dr. Daniel Gustavo Varessio**, dijo:
Comparto la conclusión arribada sobre la presente cuestión.

Por todo ello, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR la admisibilidad formal de la impugnación deducida (arts. 233, 234 y 241 del C.P.P.)

II.- CONFIRMAR la **Sentencia N° 36 de fecha treinta de julio de dos mil trece**, dictada por la Cámara en lo Criminal Primera de esta ciudad, por la que se condenara a **R. S.**, de demás circunstancias personales consignadas en el exordio, por considerársele autor material y penalmente responsable de los delitos de **Abuso sexual simple reiterado en concurso real con Abuso sexual con acceso carnal** (arts. 119 primer y tercer párrafo del C.Penal), a la **pena de seis (6) años de prisión de efectivo cumplimiento**, accesorias legales (art. 12 del C.Penal) y las costas del proceso (art. 491 del C.P.P.).

III.- IMPONER las costas al impugnante (art. 258 del C.P.P.)

IV.- Remítase la presente a la Oficina Judicial correspondiente, para su registración y notificaciones pertinentes, con devolución del Legajo N° OFINQ 314/2014.

Dr. Héctor Dedominichi

Juez

Dr. Héctor Rimaro

Juez

Dr. Daniel Varessio

Juez