

SENTENCIA Nro. veintitrés /2017.- En la Ciudad de Neuquén, a los **veintinueve días del mes de marzo de 2017**, se reúne el Tribunal de Impugnación Provincial integrado por los **Dres. Andrés Repetto, Richard Trincheri y Federico Sommer**, para dictar sentencia en el caso "**R., L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO**" (**Legajo MPFJU 15541 Año 2015**), seguido contra **L. R., D.N.I. ...**, instrucción primaria, condomicilio en la calle, San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén.

Actuaron en la audiencia de impugnación: por la Defensa: el Dr. Ignacio Pombo (impugnante); por la Fiscalía el Dr. Fernando Rubio y el Dr. Lucas González por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente en su rol de querellante.

ANTECEDENTES:

I.- Por sentencia dictada el día 11 del mes de Mayo del año 2016, el Dr. Jorge A. Criado, integrante del Colegio de Jueces del Interior en su carácter de Juez Técnico del Tribunal de Juicio por Jurados designado, dictó sentencia de responsabilidad con sustento en veredicto de culpabilidad del Jurado Popular que se constituyó para enjuiciar a L.R. y halló al nombrado culpable (por unanimidad de votos) en orden al delito de Abuso Sexual con acceso carnal calificado por el vínculo -dos hechos- en concurso real, en carácter de autor, cometido de manera reiterada y continua (arts. 55, 119,

1° párrafo, inciso "b" del Código Penal). El citado veredicto popular sostuvo en primer término que: "Nosotros, el jurado encontramos al acusado **L. R., CULPABLE** de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO en perjuicio de **M. J. R.**, por 12 (DOCE) VOTOS sobre 12 VOTOS.

En segundo lugar, concluyó en que: "Nosotros, el jurado encontramos al acusado **L. R., CULPABLE** de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO en perjuicio de **B. V. R.**, por 12 (DOCE) VOTOS sobre 12 VOTOS".

Que los hechos objeto de reproche al imputado, consistieron en que: "en fecha indeterminada pero entre el año 2013 y mediados del mes de abril del año 2015, abusó sexualmente de manera continuada de sus hijas M. J., quien en dicho momento contara con entre seis y ocho años de edad, y de B. V., quién contara entre cuatro y seis años de edad, en la vivienda del Sr. P. sita en el Barrio en calle ... entre yde esta ciudad. Del mismo modo, desde el mes de abril y hasta el mes de junio ambos del año 2015, en la casa de la familia O. sita en calle ... al fondo, cruzando el puente, en Barrio, de San Martín de los Andes, abusó sexualmente de manera continuada de las nombradas niñas. Endichas circunstancias, desde el año 2013 y hasta el mes de abril de 2015, en momentos de encontrarse con sus hijas en la mencionada vivienda del Barrio, abusó sexualmente

de M. J. R., en la cama de la habitación de los mayores en distintas oportunidades, a veces en horas de la tarde y otras veces en horas de la noche, en forma reiterada y continua al accederla carnalmente vía vaginal. En dichas circunstancias de tiempo y lugar abusó sexualmente de su hija B. V. a quien le hizo sacar la bombacha, para tocarla con su mano en la vagina en forma fuerte provocándole dolor, al tiempo que le hizo ver sus genitales a la niña. En otro orden, durante el mes de abril y hasta el mes de junio ambos del año 2015 en la viviendasita en el Barrio, durante los días de la semana en circunstancias en que tuvo a sus hijas B. y M. a su cuidado, abusó sexualmente de ambas mediante acceso carnal. En dichas circunstancias de tiempo y lugar, en al menos una oportunidad tomara a la niña B. en el baño ubicado en la planta baja de la vivienda, la subió al inodoro y la accedió carnalmente vía anal, al tiempo que la niña lloraba, situación que fue oída y observada por su hermana M.. Igualmente, en dicha situación abusó sexualmente de su hija B. en la cama del dormitorio de la planta alta al tocarle la vagina con su mano de manera fuerte de forma que le provocara dolor a la niña. Por último, en idénticas circunstancias de tiempo y lugar, en momentos en que se encontraba junto a sus dos hijas en la mencionada cama del dormitorio ubicado en la planta alta, abusó sexualmente en forma reiterada y continua de M. J. al accederla carnalmente vía vaginal".

Para arribar a dicho veredicto el jurado popular tuvo en cuenta las instrucciones que les brindó el juez antes de que pasaran a deliberar, las que textualmente fueron las siguientes: "En el presente juicio se le imputa al acusado L. R. la comisión del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado o agravado por el vínculo, resultando autor del mismo. Para tener por probado el delito de abuso sexual con acceso carnal, la fiscalía y la parte querellante deberán probar más allá de toda duda razonable los siguientes elementos:

RESPECTO DE M. J. L. R. manoseó y penetró con su órgano sexual masculino la vagina de su hija menor de 13 años de edad, M. J., de manera continua y reiterada? En caso afirmativo el veredicto es culpable, en caso negativo el veredicto es No Culpable.

RESPECTO DE B... V... L...

R. manoseó y penetró con su órgano sexual masculino el ano de su hija menor de 13 años de edad, B. V., de manera continua y reiterada?

En caso afirmativo el veredicto es culpable, en caso negativo el veredicto es No Culpable-

Entonces, si ustedes consideran, como resultado del análisis cuidadoso de toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, que el Ministerio Fiscal y la parte querellante les

*probaron más allá de toda duda razonable que el acusado cometió los hechos que se le imputan, deberán declararlo **culpable**.*

*Si ustedes consideran, como resultado del análisis cuidadoso de toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, que el Ministerio Fiscal y la parte querellante no les probaron más allá de toda duda razonable cualquier elemento del delito o si tienen duda razonable en cuanto a la culpabilidad del acusado, deberán declararlo **no culpable**".*

A consecuencia de dicho veredicto popular y en aplicación supletoria de las normas de juicio común (art. 212 C.P.P.N.) se celebró juicio de cesura, y mediante Sentencia Nro. 38/2016 de fecha día 6 de julio del año 2016, el Juez Jorge Criado impuso a L. R. la pena de diecisiete (17) años de prisión de efectivo cumplimiento.

En forma posterior y recurrido que fueron por la defensa del imputado sendos pronunciamientos, la Sala del Tribunal de Impugnación interviniente dictó la sentencia Nro. 83/2016 de fecha 31 de agosto de 2016 que hizo parcialmente lugar al control ordinario deducida y calificó los hechos bajo el delito de abuso sexual simple calificado por el vínculo y la guarda (art. 119 primer parr. y último parr. del inc. f del C.P.). Aquella fue objeto de recurso de control extraordinario por las partes acusadoras, a consecuencia de lo cual fue ulteriormente anulada por Acuerdo Nro. 18/2016 de fecha 10 de

noviembre de 2016 dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, disponiendo el presente reenvío para sustanciar el referido recurso de impugnación que aquí pende de decisión.

II.- AGRAVIOS Y ALEGATOS: El **Dr. Ignacio Pombo**, Defensor Oficial a favor de L. R. dedujo en tiempo y forma escrito de impugnación ordinaria en contra de la sentencia de responsabilidad y de sentencia pena dictada en contra de su asistido. Hizo referencia a que se encontraban reunidos los requisitos formales para la procedencia del recurso intentado (Arts. 233, 236 y 238 del C.P.P.N.).

II. a) En primer término, se agravió del veredicto dictada por el jurado popular interviniente al sostener que el veredicto de culpabilidad se apartó del estándar de duda razonable al encontrar culpable a L.R. sin que durante el juicio se hubieran producido pruebas que permitiesen alcanzar el grado de certeza necesario para así decidirlo. Agregó que las únicas pruebas que existían para sostener la acusación fueron los testimonios de las niñas B. y M. R. en las entrevistas de Cámara Gesell realizadas por la Licencia Úrsula Zuccarino, que se contradicen entre si y no encuentran apoyo en otros soportes probatorios. Indicó con cita de partes de la videofilmación desarrollada, que el testimonio de B. contradecía el de V., ya que B. solamente, mencionó en la Cámara Gesell que su padre le

tocaba la cola con las manos y en ningún momento hizo referencia a que la penetrara ni vía anal ni vía vaginal, mientras que su hermana narró tales accesos carnales.

Agregó que el testimonio de M. y de B., se contradijo con el de su madre, ya que las niñas hablaban de ropa sucia y de sangrados, mientras que su madre nunca detectó lesiones ni nada fuera de lo normal en sus cuerpos ni en sus ropas durante los dos años en que habrían sucedido los hechos.

Por su parte, la acusación sostuvo la existencia de accesos carnales vaginales y anales reiterados y sistemáticos durante dos años en las niñas, pero el examen médico que efectuó el Dr. Diego Estomba no dio cuenta de lesión alguna en M. y solo encontró una anomalía en el esfínter anal en B.. En tal tesitura, postula que la lesión encontrada en B. tendría explicación en un hecho de abuso sexual previo y ajeno al acusado.

Además, alegó que durante los años en que habrían ocurrido los hechos, las niñas se encontraban supervisadas por la Secretaría de Desarrollo Social y por la Defensoría de los Derechos del Niño, sin que se detectaran indicios de los abusos mencionados. Concatenado con ello, indica que a comienzos del año 2015 y cuando ya habría pasado más de un año del comienzo de los supuestos abusos, las niñas pidieron vivir con su padre.

Finalmente, arguye que las docentes de las niñas víctimas no advirtieron indicadores de abuso sexual mientras ocurrieron los hechos ni cambios actitudinales en las mismas.

II. b) Asimismo en la audiencia celebrada, agregó oralmente y como nuevo motivo de agravio de carácter subsidiario al anterior, que conforme las instrucciones particulares impartidas le fue vedado al jurado popular la posibilidad de hallar culpable a su asistido por el delito menor de abuso sexual simple calificado por el vínculo. En consecuencia, solicitó recalificar los hechos de los que fuera declarado penalmente responsable L. R. por los delitos de abuso sexual simple agravado por el vínculo (art. 119 primer párrafo y último párrafo del inc. "f" del C.P.).

II. c) En el escrito recursivo, sostuvo como motivo de agravio lo referido al monto de la pena impuesta, postulando que la misma carece de fundamentación suficiente, ya que los motivos que expone el magistrado no explican cual fue el razonamiento que lo llevó a imponer esa pena de diecisiete (17) años de prisión, por lo que la decisión cuestionada presenta una fundamentación tan solo aparente e incurre en doble valoración de agravantes.

III.- Por su parte, tanto la Fiscalía como la querrela institucional cuestionan la admisibilidad formal del nuevo motivo de agravio invocado. En subsidio, rechazaron

la procedencia de alguno de los tres motivos de agravios invocados.

En referencia al primero, sostuvieron que no existe veredicto contrario al principio de inocencia, por cuanto el jurado popular voto por la convicción que adquirieron a través de los relatos de las niñas víctimas, las explicaciones de la Lic. Zuccarino y del Médico Forense quien no descartó que haya habido penetración.

En cuanto al planteo subsidiario de otra calificación legal al hecho, dictaminan que no corresponde su tratamiento por este Tribunal revisor por resultar extemporáneo y no haber sido propiciado en la oportunidad de discutirse las instrucciones particulares al jurado popular.

En tercer lugar, concuerdan que resulta ajustada a derecho la pena impuesta y el razonamiento del juzgador, por lo que concluyen solicitando la confirmación en todos los términos del fallo dictado.

IV.- Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Federico SOMMER**, el **Dr. Andrés REPETTO** y **Richard TRINCHERI**. Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria del Digesto Adjetivo-, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso de impugnación ordinario interpuesto?.

El **Dr. FEDERICO SOMMER** dijo:

Además de la conformidad parcial -limitado a los motivos de agravio fundados en el escrito de impugnación- por parte del fiscal y de la querrela oficial, de un control oficioso de este Tribunal revisor se concluye que la presente impugnación ordinaria resulta formalmente admisible y corresponde su tratamiento. En tal dirección cabe considerar que el escrito impugnativo fue presentado en término, por ante la Oficina Judicial de la IV Circunscripción Judicial, por quien se encuentra legitimado para ello; tratándose de una sentencia definitiva y por ende de una decisión impugnabile en los términos de los arts. 233, 236 y 241 de rito.

En lo que respecta al agravio introducido en la audiencia de impugnación celebrada, propicio que excepcionalmente debe declararse formalmente admisible por cuanto si bien asiste razón a las partes acusadores que este agravio fue planteado de manera oral en la audiencia de impugnación y que como regla no procede la incorporación de nuevos agravios -a excepción de aquellos que impliquen el control de constitucionalidad-, cierto es que el mismo no sorprende a las contrapartes ni altera el equilibrio procesal o la igualdad de armas del proceso adversarial, ya que fue objeto de debate y resolución en la anterior intervención del Tribunal Revisor.

Por lo expuesto, considero que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de control ordinario deducido (cfr. arts. 227, 233, 236 del C.P.P.N.).

El **Dr. ANDRÉS REPETTO**, dijo: Comparto los fundamentos expresados precedentemente y voto de igual manera.

El **Dr. RICHARD TRINCHERI**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término y adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. Federico SOMMER**, dijo:

2.a) Que anticipo que tal como refiere el impugnante y fue convenido por los restantes litigantes en audiencia, la labor revisora de este Tribunal de Impugnación bajo la primer causal invocada por el recurrente, requiere ponderar si aquella prueba indicada y que fuera valorada por el jurado popular permite concluir más allá de toda duda razonable en la culpabilidad del acusado judicial (Tribunal de Impugnación Provincial, Sentencia Nro. 01/2015, en caso "**SALINAS CEFERINO; LANDAETA HECTOR DANIEL; CARDOZO DENIS IVAN; MARIGUIN VALENZUELA IVAN MARCELO S/ ROBO AGRAVADO, DELITO CONTRA LA VIDA**", Legajo 11095/14). En tal sentido, y de consuno a la interpretación formulada por el recurrente, he sostenido en aquel precedente que "*aquello constituye una labor admisible y necesaria para cumplir con la garantía de doble conforme que*

exige una revisión integral y amplia de la sentencia condenatoria -y que, en supuestos como el presente, incluye el veredicto de culpabilidad- (Art. 236 del C.P.P.N.). Sobre el tópico he de señalar que esta labor de ponderar si la prueba producida en juicio y que fuera valorada por el jurado popular para concluir mas allá de toda duda razonable en la culpabilidad del condenado, ya ha sido desarrollada por el Tribunal de Impugnación Provincial en otros casos y mas allá que no fuera controvertido por el Ministerio Publico Fiscal, constituye una labor admisible y necesaria para cumplir con la garantía de doble conforme que exige una revisión integral y amplia de la sentencia condenatoria - y que, en supuestos como el presente, incluye el veredicto de culpabilidad- (Art. 236 del C.P.P.N.)".

Reiteraré en otro precedente de este Tribunal revisor (Sentencia Nro. 128/14 de fecha 10/12/2014 en caso "**GONZÁLEZ, JOSÉ SEBASTIÁN S/ HOMICIDIO**"; Leg. Nro. 10.842/2014), que "la sentencia integradora de segundo grado que debe dictar el Tribunal de Impugnación Provincial se construye de la misma manera que en los recursos interpuestos en los juicios realizados con jueces profesionales". En tal inteligencia, destaco que Andrés Harfuch en su obra sostiene que el recurso en el juicio por jurados no difiere en nada con el recurso en el juicio común, y que la diferencia se encuentra en la metodología de litigación y en su interposición (El juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires", Ad-Hoc, Buenos Aires,

2013, págs. 89-91). Afirmé en este último decisorio que "para el jurista anglosajón, el veredicto del jurado carece de la más mínima importancia cuando se interpone un recurso contra la condena. ¿Cómo podría impugnarse el contenido de un veredicto del jurado, que debe permanecer necesariamente inmotivado por razones cruciales para la preservación del sistema? Lo que se impugna nunca es el veredicto. Jamás. Y este es uno de los principales errores culturales que, por traslación mecánica de la práctica de recurrir sentencias escritas de jueces profesionales, debemos despejar. El veredicto de culpabilidad del jurado es simplemente un juicio subjetivo de convicción que es consecuencia de dos "antecedentes necesarios", como diría Julio Maier: las instrucciones del juez y el estándar de duda razonable. Reafirmo que se trata de dos estándares previos, objetivos y perfectamente controlables por las partes durante todo el juicio, y especialmente, por la defensa en el recurso de casación. Ambos, en conjunto, permiten recurrir con la máxima amplitud los hechos y el derecho. Lo que se recurre en un juicio por jurados, nuevamente, no es el veredicto: lo que se cuestiona directamente son las instrucciones del juez y el estándar probatorio de culpabilidad más allá de la duda razonable, la cantidad y calidad de prueba producida en el debate (HARFUCH, Andrés, op. cit. pág. 308/9).

En tal labor revisora a la luz de los precedentes "Herrera Ulloa" de la CIDH y "Casal" de la CSJN,

así como con los arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCP, se desarrollará la más amplia revisión de los hechos y del derecho con base en las instrucciones y el resultado del veredicto, amén del derecho y la pena aplicados luego por el juez profesional. También resulta aplicable el trabajo del Dr. Alfredo Elosu Larumbe denominado "*Algunas consideraciones básicas del recurso en los juicios por jurados*" (publicado en www.jusneuquen.gov.ar), con referencia a la sentencia que he dictado en otro de los antecedentes enumerados por el recurrente en su escrito (Tribunal de Impugnación Provincial, Sentencia Nro. 98/14, en caso "**POSSE CARLOS BRUNO S/ HOMICIDIO SIMPLE**" (Leg. OFICU Nro. 138/2014) que constituyera la primera impugnación ordinaria resuelta a nivel local respecto de un veredicto de culpabilidad de un jurado popular. Se ha dicho, que el derecho constitucional del imputado a recurrir la sentencia condenatoria dictada en su contra ante otro tribunal tiene el mismo alcance cuando la condena emana de un tribunal compuesto por jueces profesionales que cuando se apoya en el veredicto dictado por un jurado popular. Cuando se habla de recursos, la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos no priorizan el tipo de tribunal -técnico o popular- que emite la condena, sino desde la garantía del imputado a una revisión "*amplia e integral*" de los hechos, del derecho y de la prueba producida en la sentencia que lo condena. Habida cuenta de ello, cumplir con tal recaudo

constitucional no significa la realización de un nuevo juicio sino la revisión de determinadas circunstancias que fueran expresamente señaladas por el recurrente, que permitan ratificar o descartar que el jurado ha realizado su trabajo bajo condiciones razonables, y ponderar si conforme lo requerido por la defensa de R. el veredicto de culpabilidad dictado no puede ser sostenido por la evidencia rendida en juicio. Como anticipara, esto configura una derivación del principio constitucional de duda razonable al cual esta obligatoriamente sujeto el proceso de juicio por jurados y con el derecho a la revisión amplia de los hechos en supuestos de sentencia condenatoria.

Que esta labor requiere ponderar la video filmación de aquellas audiencias del juicio en la que se produjo la prueba referenciada por el Dr. Ignacio Pombo para cuestionar los veredictos de culpabilidad, y dar respuesta al agravio deducido.

Que conforme los antecedentes del caso, en fecha 11 de Mayo de 2016 y en virtud del veredicto del jurado popular, el Dr. Jorge Criado resolvió declarar penalmente responsable a R., L. por el hecho **"que en fecha indeterminada pero entre el año 2013 y mediados del mes de abril del año 2015, abusara sexualmente de manera continuada de sus hijas M. J., quien en dicho momento contara con entre seis y ocho años de edad, y de B. V., quién contara**

con entre cuatro y seis años de edad, en la vivienda del Sr. P. sita en el Barrio en calle ... entre.... y de esta ciudad. Del mismo modo, desde el mes de abril y hasta el mes de junio ambos del año 2015, en la casa de la familia O. sita en calle ... al fondo, cruzando el puente, en Barrio, de San Martín de los Andes, abusara sexualmente de manera continuada de las nombradas niñas. En dichas circunstancias, desde el año 2013 y hasta el mes de abril de 2015, en momentos de encontrarse con sus hijas en la mencionada vivienda del Barrio, abusara sexualmente de M. J. R., en la cama de la habitación de los mayores en distintas oportunidades, a veces en horas de la tarde y otras veces en horas de la noche, en forma reiterada y continua al accederla carnalmente vía vaginal. En dichas circunstancias de tiempo y lugar abusarase sexualmente de su hija B. V. a quien le hiciera sacarla bombacha, para tocarla con su mano en la vagina en forma fuerte provocándole dolor, al tiempo que le hiciera ver sus genitales a la niña. En otro orden, durante el mes de abril y hasta el mes de junio ambos del año 2015 en la vivienda sita en el Barrio, durante los días de la semana en circunstancias en que tuviera a sus hijas B. y M. su cuidado, abusara sexualmente de ambas mediante acceso carnal. En dichas circunstancias de tiempo y lugar, en al menos una oportunidad tomara a la niña B. en el baño ubicado en

la planta baja de la vivienda, la subiera al inodoro y la accediera carnalmente vía anal, al tiempo que la niña lloraba, situación que fuera oída y observada por su hermana M.. Igualmente, en dicha situación abusara sexualmente de su hija B. en la cama del dormitorio de la planta alta al tocarle la vagina con su mano de manera fuerte de forma que le provocara dolor a la niña. Por último, en idénticas circunstancias de tiempo y lugar, en momentos en que se encontraba junto a sus dos hijas en la mencionada cama del dormitorio ubicado en la planta alta, abusara sexualmente en forma reiterada y continua de M. J. al accederla carnalmente vía vaginal”.

En igual tenor, aquella sentencia da cuenta de las instrucciones impartidas, tanto respecto que la ley aplicable al caso está contenida en el art. 119 4° párrafo inc. b) del Código Penal -circunstancia relevante para el segundo motivo de agravio deducido en modo subsidiario al anterior-, como el alcance del estándar de duda razonable. En tal sentido y respecto de M. J. se interrogó al jurado respectode: “¿L. R. manoseó y penetró con su órgano sexual masculino la vagina de su hija menor de 13 años de edad, M.J., de manera continua y reiterada? En caso afirmativo el veredicto es culpable, en caso negativo el veredicto es No Culpable”.

En segundo y lugar y respecto de la menor B. V.: ¿L. R. manoseó y penetró con su

órgano sexual masculino el ano de su hija menor de 13 años de edad, B. V., de manera continua y reiterada?. En caso afirmativo el veredicto es culpable, en caso negativo el veredicto es No Culpable”.

En referencia al agravio que habremos de dar respuesta, se instruyó al jurado popular respecto que “si ustedes consideran, como resultado del análisis cuidadoso de toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, que el Ministerio Fiscal y la parte querellante les probaron más allá de toda duda razonable que el acusado cometió los hechos que se le imputan, deberán declararlo culpable. Si ustedes consideran, como resultado del análisis cuidadoso de toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, que el Ministerio Fiscal y la parte querellante no les probaron más allá de toda duda razonable cualquier elemento del delito o si tienen duda razonable en cuanto a la culpabilidad del acusado, deberán declararlo no culpable” (el destacado me pertenece). Finalmente, como instrucción particular para el dictado del veredicto se reitero que: “Si al finalizar la deliberación y después de analizar las prueba en base a las preguntas que se les efectúan ustedes están seguros de que el hecho existió, o sea, que se comprobó más allá de la duda razonable que L. R. cometió el hecho, deberán emitir un veredicto de CULPABILIDAD. Si al finalizar

la deliberación y después de analizar las pruebas o la inexistencias de las mismas, en base a las preguntas que se les efectúan, ustedes no están seguros de que el delito imputado haya existido, o que el imputado no fue el que LO COMETIO deberán declararlo NO CULPABLE" (el subrayado me pertenece).

Formuladas estas consideraciones, el primer agravio referido a tachar de nulidad el veredicto popular por apartarse del estándar de duda razonable y del principio de inocencia, configura una causal que la doctrina ha denominado "veredicto contrario a prueba", y anticipo que habré de propiciar el rechazo de esta primer queja por los siguientes fundamentos.

En primer lugar, con cita de las secuencias pertinentes de la videofilmación del juicio por jurados celebrado, el impugnante requiere que se concluya en la nulidad del veredicto, con sustento en valorar los testimonios de L. M. F. (madre de las menores), las menores víctimas en Cámara Gesell; la Lic. Úrsula Zuccarino; la Lic. Karina Ortiz; el Dr. Diego Estomba, las docentes G. G. G. G. y M. M. T.. De la revisión completa de estas pruebas y sin perjuicio de las divergencias en la identificación de las secuencias en los respectivos Videos -de los identificados por el recurrente con los que cuenta este Tribunal revisor-, advierto que el veredicto de culpabilidad

del jurado popular no resulta contrario a la prueba rendida que fuera puntiliosamente consignada por el recurrente.

Veamos. Denuncia el Dr. Ignacio Pombo que el jurado popular ponderó incorrectamente la prueba forense rendida por el Dr. Diego Estomba para acreditar los abusos sexuales por los que fue condenado el imputado. En tal abordaje, debo destacar que si bien es cierto que dicho galeno no halló lesiones vaginales compatibles con penetración peneana en la niña M., no es menos cierto que luego estimó que no necesariamente el acto sexual reprochado deja ese tipo de vestigio (Video 1, día 04/05/16, parte 5, minutos 3 a 17). Por lo tanto, tal conclusión forense relacionada con las otras pruebas de evidente corte acriminador razonablemente permiten concluir a un jurado popular tener por configurado el sometimiento sexual vía vaginal mediante la introducción del órgano sexual del imputado. En igual sentido y respecto de la lesión anal advertida en la víctima B., su etiología es plenamente compatible con la tesis que plasmo el jurado popular en su veredicto, no sólo con el relato de la propia afectada, sino también con lo que declaró en Cámara Gesell su propia hermana quien describió detalladamente el modo en que el acusado la subió al inodoro del baño de la casa que compartían y la penetró analmente. En lo que a esto último interesa, la denunciada remisión de dicha lesión anal con la que padeciera por otra situación de abuso sexual padecida y por la que fuera

condenado un amigo del tío materno de la menor, no es tal, en vista que como replicara el Defensor del Niño y surge de la videofilmación de aquella Cámara Gesell recepcionado por la Lic. Ortiz (Video 3, día 05/05/16, parte 5, minuto 17), el abuso sexual consistió en la introducción de un dedo en la vagina de la menor, lo que obviamente no deja secuelas en la zona anal como fuera establecido en este caso por el jurado popular. Asimismo, la lesión advertida por el Dr. Estomba que estaba cicatrizada y de la que no se podía determinar su data de producción, resulta concordante y con coherencia probatoria con aquellos testimonios de las menores, que fueron objeto de validación mediante informe rendido por la Lic. Zucarino (Video 3, día 05/05/16 parte 2, minutos 7 y parte 3 de minuto 22 a parte 4 minuto 7).

En lo que hace a la aludida contradicción en los relatos de la victimas, junto a una detenida observación del testimonio de B. (Video 3, día 05/05/16 parte 1, minuto 13 hasta parte 2 minuto 6.40) y de M. (Video 3, día 05/05/16 parte 2, minuto 25 hasta parte 3 minuto 22), anticipo que aquella fuente primaria, esencial y determinante de cargo, no se contradice con el resto de la prueba debatida. Queda claro que sendos relatos y discursos, ponderados junto al testimonio de la Lic. Zuccarino permiten arribar al veredicto de culpabilidad emitido, en particular respecto que cuando describe la eyaculación a esa edad, aquella no es posible sin

que lo haya vivenciado mientras que las referencias al dolor vivido se sustentan en referencias perceptiva como realmente vividas.

En lo que al testimonio de la madre y la descripción de falta de higiene, resulta conteste con los cambios en el carácter y síntomas referenciados por maestras y operadores terapeutas.

En suma, los veredictos de culpabilidad emitidos por el jurado popular no sólo no configuran supuestos de veredictos contrarios a prueba que se aparten de las constancias de autos, sino que resultan concordantes con los testimonios de la las niñas M. y B., y se complementa con el resto de la prueba debatida, incluso con la producida por el Dr. Diego Estomba en tanto no descarta el abuso sexual vía vaginal de V. y determina en B. una dilatación producto del debilitamiento de los músculos compatible con una penetración sexual vía anal. En consecuencia, no es dable afirmar que los integrantes del Jurado Popular interviniente se confundieron y dictaron un veredicto lejano a los elementos fácticos y probatorios producidos y en oposición al estándar de duda razonable, ya que respecto de este tópico, se trató de dos hechos distintos con secuelas bien diferenciadas.

En similar sentido, sostuve que *"corresponde rechazar la impugnación ordinaria deducida por la Defensa y confirmar el veredicto de culpabilidad y la sentencia*

*condenatoria de prisión impuesta por el jurado popular, pues el veredicto no resulta irrazonable, toda vez que no se han aportado fundamentos de entidad suficiente para tener por acreditado un veredicto popular nulo por insuficiencia de la prueba ofrecida por la acusación. Ello no implica desconocer que con la prueba aportada por el recurrente en su escrito y con los videos parcializados exhibidos en audiencia puede advertirse cierta discrepancia entre algunos testimonios y algunas declaraciones de los médicos intervinientes, pero de allí concluir, que tal veredicto popular no fue derivación del plexo probatorio rendido en juicio y que se apartó de la duda razonable constituye una afirmación irrazonable por parte del impugnante. En igual sentido, resulta contraria a las reglas de la experiencia tal tesis propiciada, por cuanto implica una suerte de subestimación de las calidades personales de los jurados populares intervinientes, y el expreso apartamiento de los mismos de las instrucciones generales que le fueran impartidas previo a la deliberación” (Tribunal de Impugnación Provincial, SENTENCIA N° 19/2015 de fecha 1 de Abril del 2015, caso “**BARRIA, FRANCISCO RODOLFO S/ DCIA. PTO. DELITO CONTRA LAS PERSONAS**”, Legajo Nro. 11.348/2014).*

Habida cuenta de ello, propicio rechazar el presente agravio por cuanto no se ha acreditado la existencia de un veredicto nulo por resultar insuficiente la prueba de cargo, debe presumirse que el jurado basó su veredicto en la

prueba presentada y rendida en juicio (Chiesa Aponte, Ernesto, "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos", Volumen III, Editorial Forum, San José de Puerto Rico, 1995, p. 448), lo que constituye una presunción iuris tantum que en autos no fue debidamente desvirtuada por el acusado. Por ello, propongo que se confirmen los veredictos populares por no resultar irrazonables ni arbitrarios (conf. arts. 8.2 h del Pacto de San José de Costa Rica y 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

II.b.- Que en lo que respecta al segundo agravio subsidiario, direccionado a la falta de instrucciones particulares sobre la calificación legal de un delito menor, anticipo que habré de propiciar su rechazo. En esa inteligencia, aun cuando he postulado la admisibilidad formal del mismo en el considerando precedente- aun a cuenta de resultar extemporáneo y novedoso-, cierto es que la propuesta del recurrente no solo no guarda estricta relación con su teoría del caso, resultando incluso contradictoria con la misma y con la teoría de los actos propios sino que no ha sido debidamente fundada. La petición de "recalificar" los hechos objeto atribución en orden al delito de abuso sexual simple calificado por el vinculo, no solo no fue propiciada durante el proceso penal -alegatos de apertura y clausura- sino que fue incluso una propuesta expresamente excluida como posibilidad al jurado por la misma parte quejosa en la oportuna audiencia de discusión

de las instrucciones reglada por el art. 205 del ritual (Video 5, día 06/05/2016, parte 4, minuto 15). En tal sentido, no hay escrito de formalización del agravio, no hay teoría del caso desarrollada por el litigante en tal sentido, no hay propuesta de elaboración de instrucciones en la oportunidad procesal pertinente, no hay disidencia u objeción a las instrucciones formuladas por el Juez técnico, e incluso hay expresa oposición a presentarle al jurado popular una posibilidad compatible con el delito menor ahora requerido.

Asimismo, quiero agregar tal como sostuviera en los albores de esta modalidad de juzgamiento penal en nuestra provincia, las decisiones del jurado popular son impugnables, y respecto de las instrucciones, se requiere además, acreditar que aquellas pudieron condicionar la decisión del jurado popular (Tribunal de Impugnación Provincial, Sentencia Nro. 126/14, caso "**MENDEZ, HECTOR DAVID S/ HOMICIDIO**"), extremo que no motivo debidamente en audiencia. En el presente caso, la quejosa también incurre en un déficit de fundamentación del presente agravio de mero carácter conjetural e hipotético, por cuanto no explica como un jurado popular objetivo y razonable pudo darle al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación (por remisión al art. 196 del C.P.P.N.), y que esta omisión de explicarle en las instrucciones particulares delitos menores incluidos, halla condicionado al referido jurado para tal

dictar un veredicto unánime de culpabilidad conforme la teoría del caso y los formularios de veredictos contestes con las posición de la propia parte recurrente (art. 41 Ley 2891). En igual sentido, nuestro máximo tribunal local ha sostenido en el citado antecedente jurisprudencial que "corresponde descartar el agravio vinculado con el veredicto de culpabilidad emitido por el Jurado Popular, en el sentido de no haber superado el estándar de duda razonable *"toda vez que quien lo invocó no introdujo el extremo en cuestión con prueba cualitativa y cuantitativamente suficiente como para arribar a una decisión distinta"* (Tribunal Superior del Justicia del Neuquén, Sala Penal, Ac. 14/16 caso **"MENDEZ, HECTOR DAVID S/ HOMICIDIO"**). Por el contrario, si bien comparto con el impugnante que el Jurado Popular es el juez de los hechos mientras que el juez técnico que dirige el debate es el juez del derecho y quien debe velar que las instrucciones propuestas por los acusadores se correspondan con una interpretación correcta del tipo penal, por lo que el vicio alegado no se presenta, en tanto la explicación de delitos menores en el caso concreto, no solo no fue propuesta por la quejosa sino que se opuso a la misma, circunstancia que permite concluir que en el supuesto de que aquella alternativa hubiera sido propuesta de modo oficioso por el Juez Técnico se habría afectado el derecho de defensa en juicio del imputado y su teoría del caso.

II.c) .- En lo que respecta al tercer motivo de agravio relacionado con el monto de la pena impuesta, asiste parcialmente razón al recurrente cuando postula que dicha sentencia carece de fundamentación suficiente, ya no explica cual fue el razonamiento que lo llevó a imponer la pena de diecisiete (17) años de prisión. De dicha pieza sentencial se deriva que si bien el magistrado enumeró varias circunstancias agravantes (naturaleza de la acción, episodios sostenidos en el tiempo, extensión del daño, la calidad de los motivos y la indefensión de las víctimas) y atenuantes (cualidades personales y sociales, carencia de antecedentes), sin explicación y con cita de doctrina que estimó aplicable, dispuso el quantum de la pena sin explicitar el método o teoría aplicada que permita una labor revisora de este Tribunal y el debido control del método lógico y del respeto de los principios de legalidad y de culpabilidad.

Seguidamente, también se denuncia que se incurrió en doble valoración al sopesar como agravante que el acusado resulte ser el padre de las víctimas, con sustento en que esta circunstancia se encuentra prevista en la figura agravada de acceso carnal. Por último, alega afectación de los fines de *prevención especial de la pena ya que se habría omitido ponderar las cualidades de R.*, por lo que concluye en requerir una pena que se encuentre en el mínimo previsto para ese delito.

Debo principiar por indicar que corresponde acoger favorablemente este agravio en razón que el decisorio en crisis carece de fundamentación suficiente, ya que no surge cuál fue el razonamiento que llevó al juez a imponer la pena de diecisiete (17) años de prisión. De la lectura de la sentencia cuestionada surge que el Juez profesional solo describió las exposiciones de los testigos que depusieron, la pretensión de las partes litigantes, detalló los alegatos de las partes, y describió los hechos que fueron probados por el jurado popular. Sin embargo, además de no referir el razonamiento lógico elaborado, incurre en errores conceptuales tales como determinar que los hechos se cometieron durante dos (2) años y simultáneamente bajo la modalidad tanto de abuso sexual continuado como reiterado, receptar como agravante la diferencia de edad entre víctima y victimario (cuando el elemento objetivo tipo penal exige que la víctima sea menor de 13 años de edad), la intención de procurar satisfacer los más oscuros instintos sexuales y la indefensión de la víctima. El Dr. Jorge Criado referenció luego las atenuantes que estimó aplicables al caso, mencionando especialmente sus cualidades labores, su cualidad de padre de otro de sus hijos, buenas referencias de su entorno, un buen comportamiento durante el trámite del proceso penal y la ausencia de antecedentes condenatorios; pero como ya anticipáramos no se explayó

respecto del razonamiento que lo llevó a imponer ese monto de pena de prisión.

Toda determinación de una pena de prisión debe ir acompañada de una explicación que justifique cuál fue el camino lógico jurídico que lo llevó a individualizar esa dosis penal, recaudo que se impone con mayor rigor legal en el actual proceso penal en virtud de la instauración de una segunda fase del juicio que tiene por exclusivo objetivo la individualización de la pena (arts. 178 y 179 del C.P.P.N.). Para concluir sobre este tópico, si el magistrado no explicita su punto de partida para justificar una pena de diecisiete (17) años de prisión, no hay forma de controlar el acierto o error de su decisión, y contradice el referido principio de individualización de la pena.

En el presente caso, y tal como surge de la sentencia impugnada, el juez se limitó a enumerar las agravantes y las atenuantes que consideró aplicables, sin explicar desde donde partió para considerar racional, justa y equitativa la pena de prisión impuesta, por lo que considero que debe revocarse la pena impuesta e imponerse la misma por este Tribunal revisor sin reenvío (conf. Art. 246 in fine del C.P.P.N.). Ello así, toda vez que no resulta conveniente el reenvío del presente caso para la determinación de la pena que corresponde imponer, teniendo en cuenta que este caso ya fue objeto de anterior reenvío por el Tribunal Superior de Justicia

del Neuquén, sumado a que se encuentra en juego el derecho de las partes a una decisión judicial en tiempo razonable (Art. 18 del C.P.P.N.), y que la prueba rendida y su alegación por los litigantes para esta labor de individualización de la pena se puede valorar en la videofilmación de juicio de cesura.

En función de los argumentos ya sostenidos corresponde ahora determinar en esta instancia la pena a imponer al inculcado por el hecho típico que se acreditó que ha cometido en virtud del veredicto de culpabilidad emitido por el jurado popular designado.

De la escala penal establecida para los delitos en cuestión (art. 119 primer y cuarto parr. inc. B) del C.P.) en concurso real entre sí (art. 55 del C.P.), y conforme el caso regular que se configura desde lo que alguna doctrina -misma citada por el Dr. Jorge Criado- denomina "*criminalidad cotidiana*". En tal labor, partiremos del tercio inferior del marco legal aplicable luego de considerar que todo abuso sexual con acceso carnal calificado por el vinculo (art. 119 primer y cuarto parr. inc. B) del C.P.) configura un delito grave y ya calificado por el legislador al establecer el monto de la pena. En tal sentido, en tanto el caso traído para la fase de individualización de la pena da cuenta de dos (2) hechos en concurso real (art. 55 C.P.), bajo la modalidad continuada -y no reiterada atento que no se individualizan la cantidad de aquellos-, con características y con circunstancias personales

del autor que no se identifican por fuera de los parámetros reseñados, la escala penal aplicable se encuentra entre ocho (8) y dieciocho (18) años y ocho (8) meses de prisión. Ello así, por cuanto ponderamos que si bien no adherimos a la tesis que propicia iniciar el razonamiento a partir del mínimo legal -tesis de la Defensa Oficial-, adherimos a la postura que estima que el tercio medio y el tercio superior de la escala penal deben reservarse para casos de criminalidad que salen del marco habitual, o que constituyen una reiteración de conductas graves.

Partiendo del tercio inferior de la escala penal reseñada, valoraré solo como agravante de esta figura legal ya calificada por ley, la circunstancia señalada por el juez, referida a la extensión del daño. Por el contrario, de conformidad a los argumentos dados por el recurrente y en plena aplicación práctica del principio de legalidad y de culpabilidad, habré de excluir como circunstancias agravantes aquellos consignadas en el decisorio en crisis, que forman parte del elemento del delito calificado atribuido, tales como la calidad de padre del autor, la edad de las víctimas y la connotación sexual de las conductas, ya que receptor aquellas como propician las partes acusadoras conllevaría a violentar la prohibición de doble valoración (*Ziffer, Patricia S. Lineamientos de la determinación de la pena. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires. 2013, p.131.*).

En sentido contrario, habré de ponderar como elementos atenuantes los consignados en el decisorio y que no fueron objeto de crítica por la acusación, y que consisten en sus cualidades labores y de padre de otro de sus hijos, buenas referencias de su entorno laboral y familiar, buen comportamiento durante el proceso penal y la ausencia de antecedentes condenatorios.

A esta altura, fijada por el jurado popular la responsabilidad penal de L. R. y las circunstancias agravantes y atenuantes antes referidas considero adecuado imponer la pena de ONCE (11) años de prisión, más accesorias legales (12 C.P.) por los delitos abuso sexual con acceso carnal calificado por el vinculo, dos hechos bajo modalidad de delito continuado en concurso real entre sí (arts. 55 y 119 primer y cuarto parr. inc. B) del C.P.). Tal es mi voto.

El **Dr. ANDRES REPETTO**, dijo:

Habré de disentir parcialmente con mi colega del primer voto, respecto de la respuesta que propone al primero y al segundo de los agravios enunciados.

En lo que al primer agravio respecta debo decir que la imputación efectuada por los acusadores, tal como fuera señalado, consistió en *"que en fecha indeterminada pero entre el año 2013 y mediados del mes de abril del año 2015, abusara sexualmente de manera continuada de sus hijas M. J., quien en dicho momento contara con entre seis y ocho*

años de edad, y de B. V., quién contara con entre cuatro y seis años de edad, en la vivienda del Sr. P. sita en el Barrio en calle ... entrey de esta ciudad. Del mismo modo, desde el mes de abril y hasta el mes de junio ambos del año 2015, en la casa de la familia O. sita en calle ... al fondo, cruzando el puente, en Barrio, de San Martín de los Andes, abusara sexualmente de manera continuada de las nombradas niñas. En dichas circunstancias, desde el año 2013 y hasta el mes de abril de 2015, en momentos de encontrarse con sus hijas en la mencionada vivienda del Barrio, abusara sexualmente de M. J. R., en la cama de la habitación de los mayores en distintas oportunidades, a veces en horas de la tarde y otras veces en horas de la noche, en forma reiterada y continua al accederla carnalmente vía vaginal. En dichas circunstancias de tiempo y lugar abusara sexualmente de su hija B. V. a quien le hiciera sacarla bombacha, para tocarla con su mano en la vagina en forma fuerte provocándole dolor, al tiempo que le hiciera ver sus genitales a la niña. En otro orden, durante el mes de abril y hasta el mes de junio ambos del año 2015 en la vivienda sita en el Barrio, durante los días de la semana en circunstancias en que tuviera a sus hijas B. y M. a su cuidado, abusara sexualmente de ambas mediante acceso carnal. En dichas circunstancias de tiempo y lugar, en al menos

una oportunidad tomara a la niña B. en el baño ubicado en la planta baja de la vivienda, la subiera al inodoro y la accediera carnalmente vía anal, al tiempo que la niña lloraba, situación que fuera oída y observada por su hermana M.. Igualmente, en dicha situación abusara sexualmente de su hija B. en la cama del dormitorio de la planta alta al tocarle la vagina con su mano de manera fuerte de forma que le provocara dolor a la niña. Por último, en idénticas circunstancias de tiempo y lugar, en momentos en que se encontraba junto a sus dos hijas en la mencionada cama del dormitorio ubicado en la planta alta, abusara sexualmente en forma reiterada y continua de M. J. al accederla carnalmente vía vaginal" (el subrayado y la negrita me pertenecen).

De la transcripción efectuada emerge con absoluta claridad que la imputación efectuada por los acusadores consistió en reprochar al imputado un abuso sexual **reiterado y continuo**, el que incluyó **acceso carnal vía vaginal** de la menor M. y vía anal de la menor B.. También surge en forma clara que estos abusos habrían ocurrido cuando la menor M. contaba entre 6 y 8 años de edad, y la menor B. con entre 4 y 6 años de edad.

Al confrontar las instrucciones que se le dieron al jurado se puede advertir que respecto de M. J. se interrogó al jurado de la siguiente manera: "¿L. R. **manoseó y penetró con su órgano sexual**

masculino la vagina de su hija menor de 13 años de edad, M.J., de manera continua y reiterada? En caso afirmativo el veredicto es culpable, en caso negativo el veredicto es No Culpable”.

Respecto de la menor B. V., se les preguntó: *¿L. R. **manoseó y penetró con su órgano sexual masculino el ano de su hija menor de 13 años de edad, B. V., de manera continua y reiterada**? En caso afirmativo el veredicto es culpable, en caso negativo el veredicto es No Culpable”* (negrita y el subrayado me pertenecen).

Se completó la instrucción al jurado sosteniendo que *“si ustedes consideran, como resultado del análisis cuidadoso de toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, que el Ministerio Fiscal y la parte querellante les probaron más allá de toda duda razonable que el acusado cometió los hechos que se le imputan, deberán declararlo culpable”* (negrita y subrayado me pertenecen).

Queda así perfectamente en claro cuáles eran los extremos de la acusación y qué circunstancias fácticas debían dar o no por probadas el jurado: si la menor M. fue accedida carnalmente en forma reiterada y continua vía vaginal cuando tenía entre 6 y 8 años de edad, y si la menor B. fue

accedida en forma reiterada y continua vía anal cuando tenía entre 4 y 6 años de edad.

Obvio resulta decirlo, constituye una prueba esencial en los delitos de abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía, el resultado médico pericial genital de las víctimas, particularmente cuando éstas son menores de edad. Ello en razón de que este tipo de delitos deja rastros físicos en las víctimas, los que son fácilmente identificables, en especial cuando éstas son de muy corta edad, como en el caso de autos. De allí la importancia de valorar especialmente la prueba pericial forense para determinar si se ha probado o no el acceso carnal en ambas menores y, en consecuencia, si el veredicto del jurado se adecua o no a los estándares constitucionales de duda razonable, tal como lo planteó la defensa.

¿Qué fue lo que dijo textualmente el médico forense Diego Estomba, en su carácter de perito encargado de practicar en las menores un examen ginecológico, respecto de la existencia o no de rastros físicos del abuso sexual con acceso carnal que le fue reprochado al acusado? Textualmente afirmó que *el examen fue realizado el 21 de agosto de 2015, a las dos niñas, B. V. R. de 6 años y M. J. R. de 8 años. Que respecto de la última, M. J., fue efectuado un examen genital en el que no se hallaron signos confirmatorios o compatibles con penetración sexual.* En

el caso de B. V. R. en el examen anal se halló una anomalía que es una dilatación anal luego de una maniobra especial que es contener el esfínter durante 30 segundos y observar si este pierde su tonicidad o su fuerza natural, en los casos que ese esfínter, ese músculo está debilitado, aparece una dilatación del orificio anal, esta dilatación fue constatada en el caso de B. V. R.. A gruesos rasgos ese fue el resultado del examen (Audiencia de juicio del 4/5/16, parte 5, minuto 5:30).

Luego agregó, a preguntas de la fiscalía, que esa dilatación anal encontrada en la menor B., de 6 años de edad, es compatible con una penetración sexual por vía anal (Audiencia del 4/5/16 del juicio, parte 5, minuto 6).

Luego, respecto de la menor M. dijo que no haber encontrado hallazgos compatibles con un abuso sexuales o no significa necesariamente que ese abuso no haya existido, lo que significa es que desde mi pericia como médico, en el examen físico no puedo hallar evidencian que abalen o sugieran ese abuso. Más concretamente, o más específicamente no hallé cicatrices o lesiones, y en cuanto al orificio himenial, si bien el orificio himenial tenía un diámetro que estaba más cerca del límite superior de lo esperable para esa edad... en el caso de M. el orificio himenial... podía ser compatible con lo esperable para su edad...puede no romperse la membrana himenial con una sola penetración. En la pericia lo que uno debe decir

es que uno no está en condiciones de asegurar que no existió la relación, esa presunta relación sexual, pero lo que está obligado a decir como perito es que no encuentro signos de que esa relación sexual haya existido... En el caso de B. sí hay un hallazgo que es sugestivo de la existencia de una penetración sexual, no es un examen normal para la edad (Audiencia del 4/5/16 del juicio, parte 5, minuto 11:30).

En concreto el perito forense que examinó a la menor M. concluyó que no encontró rastros de un abuso sexual por penetración vaginal, sin perjuicio de lo cual dijo que no se puede descartar la posibilidad de que éste de todos modos haya existido.

Es de resaltar que conforme la acusación no se trató de un abuso que se concretó en un único caso de acceso carnal, sino que la penetración vaginal se habría producido en forma reiterada en el tiempo, y en forma continua.

En la bibliografía médica legal pueden encontrarse casos en los que haya existido un abuso sexual con acceso carnal vaginal o anal que no haya dejado rastros, pero ello en supuestos en los que el acceso se produjo como un hecho aislado, y cuando la víctima no son niñas tan pequeñas. En el presente caso, los acusadores afirmaron que los abusos consistieron en accesos carnales *continuos y reiterados*, cuando la menor M. era muy pequeña. Partiendo de este presupuesto las máximas de la experiencia común me indican que

las posibilidades de que un abuso con acceso carnal reiterado en el tiempo, y efectuado en forma continua, en una niña pequeña de entre 6 y 8 años de edad no deje rastros físico o secuelas verificables ginecológicamente, es tan remota como la posibilidad de que se produzca un embarazo en un supuesto de coito *inter fémora*.

Ello me lleva a considerar que en este caso concreto no se ha podido desvirtuar completamente el principio *in dubio pro reo* en favor del imputado, respecto del abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal que se le reprocha en perjuicio de la niña M. R.. Aclaro que mi apreciación se limita únicamente a la imputación por el acceso carnal reprochado, y no a otro tipo de abusos que pudiera haber padecido, constitutivos de los tipos de abuso simple o abuso gravemente ultrajante por los que no fue imputado.

Sin perjuicio de ello, y aun cuando se aceptara el hecho de que el médico forense no descartó la existencia de un supuesto de acceso carnal que no deje secuelas físicas, lo cierto es que "*no descartar*" ese supuesto está muy lejos de considerar que se arribó a la *certeza necesaria* que requiere esa conducta para darla por probada.

Considero que sobre este punto existe una duda razonable que debió haber sido considerada por cualquier jurado bajo las mismas circunstancias, lo que evidentemente no ocurrió.

En función de ello, y en relación con este agravio puntual, considero que le asiste razón a la defensa.

Distinta es la situación de la menor B., en razón de que el médico forense fue muy claro al afirmar que los hallazgos encontrados en ella sí son compatibles con un supuesto de abuso sexual con acceso carnal vía anal, en razón de lo cual no considero que respecto de esa imputación haya existido violación al principio de duda razonable, adhiriendo en este punto a lo sostenido por el Juez preopinante.

En lo que al segundo motivo de agravio respecta, tampoco he de compartir lo sostenido por el magistrado del primer voto. Si bien llego a la misma conclusión, lo hago mediante un análisis distinto de la normativa procesal aplicable.

Tal como ya sostuve en los casos judiciales "GONZÁLEZ, JOSÉ SEBASTIÁN s/ HOMICIDIO" (Leg. 10.842/2014), sentencia del 10 días de diciembre del 2014 y "CAYULEF, VICENTE S/ HOMICIDIO" (leg. 550/2014), sentencia N° 47/2015, del 27 de julio de 2014, considero que la calificación legal en los juicios por jurados corresponde discutirla exclusivamente ante el juez profesional en el marco de la audiencia de cesura. De allí que considero un error lo sostenido por la defensa, relativo a que no se incluyó en las instrucciones al jurado la posibilidad de instruirlos respecto del tipo penal menor incluido, ya que en todo caso la defensa debió haber solicitado

la calificación que consideró corresponde aplicarse al caso en la respectiva audiencia de cesura.

A mi modo de ver el código procesal penal es sumamente claro al respecto. El **artículo 202**¹ CPP establece que en los casos de *Tribunales de Jurados*, el juicio se realizará en dos (2) etapas, al igual que frente a jueces profesionales. La diferencia con este último tipo de juicio es que en los juicios por jurados en la primera etapa (juicio de responsabilidad) se tratará todo lo relativo a la existencia del hecho y la responsabilidad penal del acusado, correspondiendo al jurado determinar exclusivamente si se han probado los hechos materia de acusación y si la persona juzgada es culpable o inocente.

Cuando haya veredicto de culpabilidad se pasará a la segunda etapa (juicio de cesura), en la que **con la exclusiva intervención de un juez profesional se determinará la calificación jurídica y las consecuencias de dicho veredicto**, es decir la pena.

¹ **Artículo 202º Realización del juicio en dos (2) fases.** En los casos de Tribunal de Jurados, el juicio también se realizará en dos (2) etapas.

En la primera se tratará todo lo relativo a la existencia del hecho y la responsabilidad penal del acusado. Finalizada esta etapa, el jurado deberá determinar si se han probado los hechos materia de acusación y si la persona juzgada es culpable o inocente. Cuando haya veredicto de culpabilidad, en la segunda etapa, con la exclusiva intervención de un juez profesional se determinará la calificación jurídica y las consecuencias de dicho veredicto.

Las partes podrán solicitar al juez un máximo de cinco (5) días, luego del veredicto, para ofrecer nuevas pruebas a fin de fijar la pena. En este acto se fijarán la fecha y la hora para la culminación del juicio.

Queda así perfectamente en claro que si bien el código procesal prevé la realización de todos los juicios penales en dos fases, distingue aquellos realizados exclusivamente por *jueces profesionales* de los que son integrados por *jurados populares*. En ambos casos la calificación jurídica corresponde ser determinada por los jueces profesionales exclusivamente.

Por si alguna duda existiera respecto del contenido del veredicto emitido por el jurado popular, el **artículo 207²** del CPP la despeja. La norma establece que *el veredicto deberá versar, respecto de cada hecho y cada acusado, sobre las cuestiones siguientes: 1. ¿Está probado o no el hecho en que se sustenta la acusación? 2. ¿Es culpable o no es culpable el acusado?...* La ley expresamente excluye del veredicto cualquier referencia o determinación de una calificación jurídica atribuible al acusado por la conducta reprochada, toda vez que ello resulta de competencia exclusiva de los jueces profesionales.

² **Artículo 207º Veredicto.** El veredicto deberá versar, respecto de cada hecho y cada acusado, sobre las cuestiones siguientes:

- 1) ¿Está probado o no el hecho en que se sustenta la acusación?
- 2) ¿Es culpable o no es culpable el acusado?

En los tribunales compuestos por doce (12) jurados, el veredicto de culpabilidad requerirá como mínimo de ocho (8) votos. En los casos en que no se alcance lo exigido, el veredicto será de no culpabilidad.

En el caso de autos las instrucciones particulares comunicadas al jurado requirieron que éste se expidiera específicamente sobre circunstancias de hechos relativas a la culpabilidad o inocencia del imputado, sin ninguna referencia al tipo penal o calificación jurídica que correspondía o no aplicar al caso³. Es un error considerar que el jurado debía explayarse sobre cuestiones legales.

Es obvio que el jurado deberá determinar si se ha probado o no el o los **hechos atribuidos**, y que esos hechos deben coincidir con alguno de los tipos penales incluidos en el código penal. Sin embargo una cosa es que el jurado tenga por acreditado que el imputado realizó una conducta humana determinada (la reprocha por la acusación), y otra muy distinta es que sea el jurado el que deba realizar la subsunción jurídica de esa conducta en un tipo penal determinado. El análisis jurídico tendiente a determinar a qué tipo penal en particular corresponde subsumir esa conducta humana -que el jurado dio por

³ “...RESPECTO DE M. J.: L. R. manoseó y penetró con su órgano sexual masculino la vagina de su hija menor de 13 años de edad, M. J., de manera continua y reiterada?

En caso afirmativo el veredicto es culpable, en caso negativo el veredicto es No Culpable.-

RESPECTO DE B. V.: L. R. manoseó y penetró con su órgano sexual masculino el ano de su hija menor de 13 años de edad, B. V., de manera continua y reiterada?

En caso afirmativo el veredicto es culpable, en caso negativo el veredicto es No Culpable...”.

acreditada- le corresponde exclusivamente al juez, tal como expresamente lo establece el código procesal.

Como indiqué, el **artículo 202** CPP dispone que es el juez técnico quien debe, en forma exclusiva, realizar el análisis jurídico técnico de subsunción de la conducta atribuida en un tipo penal determinado. Es decir, es el juez quien debe establecer a qué tipo penal corresponde la conducta reprochada en la acusación y que el jurado dio por acreditada.

En el caso de autos el juez erróneamente incluyó la calificación jurídica en las instrucciones al sostener: *"...En el presente juicio se le imputa al acusado L. R. la comisión del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado o agravado por el vínculo, resultando autor del mismo..."*. Es evidente que se trató de un grave error, conforme la expresa letra de la ley. Sin embargo ello no mereció ninguna objeción de la defensa, la que consintió dicha instrucción sin la menor queja. Esa circunstancia impide que ahora, consentido ello, pretenda agravarse afirmando que el juez debió instruir al jurado sobre la calificación menor incluida. En concreto: el juez no debió incluir la calificación legal, al haberlo hecho el defensor debió haberse agraviado y eventualmente dejar la debida reserva de dicho agravio en caso de haber sido desoído, y el jurado de ninguna manera debió expedirse respecto de ninguna calificación jurídica, su

competencia se limita a dar por acreditados o no los HECHOS de la acusación.

Los jurados son jueces de los hechos, mientras que el juez técnico es el juez del derecho. De ahí que considere que se debe afirmar, con la mayor contundencia, que al jurado no le corresponde bajo ningún aspecto determinar cuál es el tipo penal que debe aplicarse al caso, eligiendo alguno de los que se les puedan ofrecen en las instrucciones previas a la deliberación. Ese no es el sistema que ha elegido nuestro legislador local, y por ende no es legítimo otorgarle al jurado facultades que la ley no le ha concedido expresamente. La letra de la ley excluye expresamente del veredicto cualquier referencia o determinación de una calificación jurídica atribuible al acusado por la conducta reprochada.

En función de todo lo dicho considero que no corresponde hacer lugar al agravio invocado por la defensa.

Por último, y en lo que respecta al tercer agravio, he de coincidir con los fundamentos por los que se considerar infundado el voto del juez a-quo, así como en la necesidad de resolver la pena a imponer sin reenvío, conforme lo que ya he sostenido en el caso judicial "CASTILLO, Matías Rubén, RODRÍGUEZ, José Luis s/Homicidio", identificado bajo el legajo OFIJU 104 Año 2014. Se trata de un juicio en el que ya se han dispuesto sendos reenvíos, en el que se encuentra en juego la garantía a ser juzgado en un plazo razonable. Ello

habilita a la excepcional aplicación del artículo 246 in fine del CPP.

El **Dr. RICHARD TRINCHERI**, dijo:

Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones, dando por reproducida su muy clara fundamentación a fin de evitar odiosas repeticiones. En realidad, la disidencia entre los colegas solamente se registra respecto al primero de los agravios de la impugnación. Debido a ello, en relación al segundo, solamente agregaré un brevísimo aporte al completo voto del magistrado que presidiera esta Sala.

Primer agravio: el defensor sostiene que el jurado popular dio un veredicto de culpabilidad apartado del estándar de duda razonable, respaldando tal afirmación con la descripción de prueba producida en el juicio, cuyo contenido ya fue relatado por los colegas que me precedieron en la votación, discrepando los magistrados en la solución del caso, atento que para el Dr. Repetto (y sólo en relación al hecho que damnificara a M. J. R.) existe una duda razonable que debió haber sido considerada por cualquier jurado bajo las mismas circunstancias, lo que evidentemente no ocurrió.

En mi impresión no puede darse respuesta adecuada al punto si no se advierte que - en principio-el veredicto del jurado popular "no rinde cuentas" pues los integrantes del Tribunal aprecian la prueba conforme su íntima

convicción y sentido común (art.21 segundo párrafo del CPP). Dicho lo anterior, y por eso añadí "en principio", igualmente acompañaría al colega que me precedió en el sufragio si observara que el veredicto de culpabilidad del imputado R. fuera "contrario a prueba" o si fuera irrazonable o si, como se ha establecido en otros precedentes de este Tribunal de Impugnación, de la aplicación de medidas de control sobre las instrucciones impartidas por el juez técnico surgiera con claridad que el veredicto de culpabilidad fue condicionado por algún defecto dirimente contenido en tales instrucciones.

El Doctor Sommer ha explicado con suficiencia porqué el veredicto del Jurado Popular puede considerarse sostenido por la evidencia y hago mías sus palabras. También surge nítido de dicho voto porqué la decisión de culpabilidad de R. no puede ser tachada de no razonable. Si el veredicto se sostiene con evidencias y del análisis de tales evidencias surge razonable inferir el resultado del mismo (por otra parte emitido por unanimidad) entonces, aunque como magistrado de revisión no esté de acuerdo con el mismo igualmente (y sin duda alguna) no tengo facultades para modificar el mismo y declarar la no responsabilidad del acusado. Aquí radica a mí entender exclusivamente la diferencia con el vocal colega que hoy hace minoría. De lo contrario quedaría desautorizado el pronunciamiento popular, de capital y nuclear importancia en el modelo.

La impresión personal que la evidencia producida en el debate ha generado en el Jurado Popular es incontrolable. Como tal, es una valoración subjetiva pero, como se asentara más arriba, en el caso analizado ese elemento (del que no conocemos motivación) es respaldado por la evidencia (prueba) y por la razonabilidad que se observa del veredicto, se comparta el sentido o no.

Está claro también que la declaración de responsabilidad emanada de un Jurado Popular debe superar el estándar de duda razonable. Yendo al caso R., se observa que el defensor impugnante no manifiesta que los jurados no fueron instruidos sobre cómo funciona tal estándar, o sobre como se aprecia la prueba, o sobre cuando hay duda razonable o cuando no la hay. Lo que el letrado sostiene (y también el vocal preopinante) es que tal estándar no fue superado, y para llegar a tal conclusión no consideran - desde mi punto de vista- que para los jurados populares no rige el sistema de valoración probatorio que es propio de jueces profesionales. En síntesis y con todo respeto, sostener la postura que critico implica no reconocer la diferencia entre ambos tipos de juicios.

Los doce ciudadanos que por unanimidad declararon penalmente responsable a R., y al igual que cualquier otro Jurado Popular, fueron facultados a tomar una decisión, y seguramente se les dijo que tal decisión debía ser fruto de la consideración cuidadosa de las pruebas que se le

ofrecieran en el juicio. Ahora bien, ellos y solamente ellos deciden si creen o descreen (por ejemplo) de los diversos testimonios escuchados en el debate. Ellos asignan el nivel de credibilidad a otorgar a las dos víctimas, a la madre, al médico forense, a la licenciada entrevistadora de la Cámara Gesell, a las docentes, etc. Y lo hicieron aplicando el sentido común que en la vida diaria les permite saber si las personas con las que interactúan dicen la verdad o no. A riesgo de resultar repetitivo: yo no puedo sospechar de la capacidad de análisis de la prueba y de la apreciación que hicieron los integrantes del jurado popular y volver yo a valorar la prueba ya valorada. Solamente podría ser destruido el veredicto de culpabilidad en los supuestos señalados más arriba y que, como también escribí, en este caso no se registran.

Más difícil todavía resulta afirmar (conforme el voto precedente) que los jurados actuaron más allá de toda duda razonable respecto a la situación de B. V. R. y en cambio no lo hicieron en referencia a su hermana M. J. R.. Vuelvo sobre lo mismo: se traza una similitud inexistente con un juicio con jueces profesionales, en donde es posible conocer el razonamiento empleado en la apreciación probatoria y corregir la existencia de posibles errores que, incluso, podrían contener alguna arbitrariedad.

Segundo agravio: conforme adelantara, no hay disidencia entre los colegas en la solución aunque sí en las vías que utilizan para llegar a ella.

A diferencia del vocal preopinante, creo que la calificación jurídica de los hechos forma parte de la declaración de responsabilidad de R. decidida por el Jurado Popular, decisión a la que los ciudadanos arribaron de acuerdo (en parte) a la ley que el juez técnico les explicó en las instrucciones. Sin desconocer lo que apunta el colega sobre el artículo 202 del CPP, lo cierto es que el mismo Código en el artículo 206 al referirse a la explicación de las instrucciones y la deliberación establece que el juez profesional explicará a los jurados "...las disposiciones legales aplicables al caso, expresando su significado y alcance en forma sencilla y clara..." (primer párrafo).

Tal cual principiara, no voy a profundizar sobre el punto por cuanto hay coincidencia sobre la solución de rechazo de este agravio, pero sí quiero dejar sentado que la tajante diferenciación entre "hecho" y "derecho", y las facultades que se asignan al juez técnico en el temperamento con el cual disiento (por ejemplo calificar legalmente el hecho) es más propio del régimen de Escabinos el cual, sabido es, recorta las facultades del jurado lego considerando las características del Jurado Clásico que nos rige. Dice Maier "una separación estricta entre hechos y derecho en la decisión

judicial es imposible ya que siempre se parte de una visión integrada de lo fáctico y lo normativo" (citado por Vázquez Rossi en "Crítica de la Justicia Penal y Tribunal de Jurados", p.83/84, Rubinzal Culzoni, edición 2016).

Dicho lo anterior, considero que este agravio (además de todo lo que rodeó su admisión, ya explicado sobradamente en el primer voto) no contiene entidad alguna y merece un rápido rechazo, considerando la estructura típica de los delitos previstos en el art. 119 del Código Penal y el resultado al que se arribó en la declaración de responsabilidad.

Si el jurado recibió las instrucciones del juez técnico, y entre ellas la explicación sobre las disposiciones legales aplicables al caso, no cabe más que concluir que al resolver por unanimidad los doce integrantes que declaraban la responsabilidad de L. R. en orden a los delitos de Abuso Sexual Con Acceso Carnal Agravado por el vínculo, al mismo tiempo, estaban descartando que los hechos considerados como acreditados configuraban un tipo legal distinto y más leve pero - y esto es fundamental- que resulta figura legal básica del tipo escogido.

Al resolver que existía culpabilidad en orden a abuso sexual con acceso carnal ya no existe cabida para suponer algún agravio por no haberse proporcionado información jurídica sobre abuso sexual simple. Distinta sería la situación

si el Jurado Popular hubiera declarado no culpable a R.. Podrían en tal caso (los acusadores) haber guardado para sí algún grado de duda sobre lo que pudo haber acontecido si, descartada la figura agravada del tercer párrafo del art.119 del Código Penal, los jurados hubieran sido instruidos sobre el delito menor, dado que tal vez en ese hipotético caso hubieran mutado la no culpabilidad por el de culpable por el tipo legal menor, pero nada de esto aconteció y - reitero- para los doce jurados lo que existió fue abuso sexual con acceso carnal (el agravante por el vínculo es inocuo en la consideración de este aspecto) y de allí que el agravio merece un enfático rechazo.

Por todo lo expuesto coincido en todas sus partes con el contenido del voto del Dr. Federico Sommer.

Así voto.

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

El **Dr. FEDERICO SOMMER**, dijo:

Atento a la respuesta dada a la cuestión precedente, y a la procedencia parcial del recurso de control ordinario deducido, propongo que no se impongan costas procesales por la tramitación de esta instancia (arts. 268 y 270 del C.P.P.N.).

El **Dr. ANDRES REPETTO**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante.

El **Dr. RICAHRD TRINCHERI**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante.

Conforme el presente Acuerdo, este Tribunal

RESUELVE:

I.- DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLE formal el recurso de control ordinario de sentencia deducido por la Defensa Oficial a favor de **L. R.** (arts. 227, 233, 236, 238 y 239 del C.P.P.N.).-

II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA IMPUGNACIÓN DEDUCIDA por los fundamentos expuestos en el considerando (arts. 246 del C.P.P.N.), y en consecuencia, confirmar por mayoría la sentencia de responsabilidad dictada en base al veredicto de culpabilidad dictado por el Jurado Popular que halló a L. R. culpable (por unanimidad de votos) en orden al delito de Abuso Sexual con acceso carnal calificado por el vínculo -dos hechos- en concurso real, en carácter de autor, cometido de manera continua (arts. 55, 119, 1º párrafo, inciso "b" del Código Penal); y por unanimidad modificar la sentencia de cesura imponiéndole la pena de **ONCE (11) años de prisión**, más accesorias legales (Art. 12 del CPP).

III.- Sin costas en esta instancia (arts. 268 y 270 del C.P.P.N.).-

IV.- Dejar constancia que los Dres. Richard Trincheri y Andrés Repetto si bien participaron de la

deliberación y emitieron su voto dirimente y disidente, no firman la presente por encontrarse en uso de licencia.-

V.- NOTIFIQUESE. Remitir el presente pronunciamiento a la Dirección de Asistencia a la Impugnación para su registración y notificaciones pertinentes.-

Dr. Federico Sommer

Juez

Reg. Sentencia N° 23 T° II Fs. 358/387 Año 2017.-