

SENTENCIA n° noventa y tres /2014.- En la Ciudad de Neuquén, a los ***dos días del mes de septiembre de dos mil catorce,*** el Tribunal de Impugnación conformado por los **Dres. Florencia Martini, Fernando Zvilling y Mario Rodríguez Gómez,** dicta sentencia en el caso "***C., R. s /abuso sexual***", Legajo OFINQ N° 636/2014, Expediente n° 3691/12 del registro de la ex Cámara de todos los fueros de la III circunscripción judicial. Se encuentra imputado **R. C.,** D.N.I., de apellido materno R., nacionalidad argentina, nacido en el paraje el 27 de octubre de ...

En la audiencia celebrada a tenor de lo normado en el art. 245 del C.P.P. intervinieron la Dra. Sandra González Taboada, por el Ministerio Público Fiscal y el Dr. Miguel Manso, Defensor.

En la votación deberá observarse el siguiente orden: **Dres. Mario Rodríguez Gómez, Florencia Martini y Fernando Zvilling,** respectivamente. **Primera cuestión: antecedentes del fallo impugnado y admisibilidad.**

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez,** dijo:

El Tribunal citado precedentemente de la Ciudad de Zapala, condenó mediante sentencia registrada bajo n° 26 folio 115 año 2013, el día once de noviembre de dos mil trece a R. C., por considerarlo autor penalmente responsable

de haber abusado sexualmente de K. B. A., de once años de edad, mediante penetración vaginal, en la vivienda familiar ubicada en el Pasaje, entre el año 2006 y hasta septiembre de 2010, aprovechando la situación de convivencia preexistente y su rol de guardador, en ocasiones que su concubina y madre de la niña, M. del C. V. viajaba a la Ciudad de Chos Malal, con el fin de cobrar planes sociales, regresando al día siguiente. Se valía de amenazas o cerrando la puerta de la habitación para ocultarse de las hermanas. Calificaron el hecho como constituido de los delitos previstos en los arts. 45 y 199 párrafo tercero inc. f cuatro párrafo del Código Penal, que alinean los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima, imponiéndole una pena de ocho años de prisión de efectivo cumplimiento, inhabilitación absoluta por igual término y accesorias legales arts. 12, 45 y 55 del Código Penal y costas art. 492 del C.P.P.

El Dr. Miguel Manso a cargo de la defensa, interpuso recurso de casación (art 415 del C.P.P. ley 2153). Alegó que la condena lesionaba los principios rectores enunciados en los arts. 369 inc. 3 del C.P.P., 14.5 del P.I.D.C. y P. y 8.2 h) y c) de la C.A.D.H., Tratados incorporados a la C.N. en el inc. 22 del art. 75. La

impugnación fue presentada en término, se trata de un fallo de condena y los argumentos (que se desarrollaran en la segunda cuestión) fueron debidamente fundados (arts. 415/421 ley 2153 y 236 y 242 del C.P.P. En consecuencia el recurso es declarado formalmente admisible.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: compartiendo los argumentos y conclusiones expresados, en la primera cuestión voto en el mismo sentido.

El **Dr. Fernando Zvilling**, dijo: adhiero al voto que antecede compartiendo sus fundamentos y solución.

Segunda cuestión: Tratamiento de los fundamentos.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez**, dijo:

En la audiencia (art. 245 C.P.P.) el **Sr.**

Defensor de Cámara, propuso la impugnación de la condena, estructurando su proposición en:

- Indeterminación del hecho impuesto, con la necesaria lesión a la garantía de defensa, ante la imprecisión o ausencia de datos y referencias claras de tiempo, modo y lugar.

Ya al inicio del debate había planteado la nulidad del requerimiento de elevación a juicio por indeterminación fáctica del hecho y total imprecisión de fechas de comisión del mismo. Esa imputación, igual que en la

indagatoria, solo se limitó a repetir la descripción típica que efectúa el legislador en el Código. Critica la sentencia al extenderse en la descripción de situaciones, dichos y circunstancias que nada tienen que ver con la conducta imputada y sólo enmascaran la carencia del accionar concreto de su asistido. La descripción precisa de la conducta que se imputa, insistió el Defensor, es además de una garantía establecida a favor de quien es acusado, una limitación que se auto-impone un estado constitucional de derecho, a la aplicación de la violencia propia del sistema penal. La imputación debe ser integral, explicó citando doctrina, es decir detallar acabadamente la conducta humana desplegada en sus aspectos psíquicos y puntualizar todas las circunstancias normativas que agravan, atenúan o eximen de pena.

- Valoración de prueba ilegítima.

Además, critica al fallo por valorar como prueba de cargo el informe que produjera el perito psicólogo forense Licenciado Pablo Colazzo, que constituye una prueba de cargo ilegítima. Funda esta conclusión en que ese dictamen esta previsto en el art. 225 bis del C.P.P. (ley 2153), es decir una elaboración del experto de su impresión sobre el comportamiento de la víctima en la Cámara Gesell. Pero no constituye una pericia, deviene necesario, solo, porque la

menor no puede ser interrogada en el debate. Sin embargo, ilustró el defensor, la víctima al momento de la celebración del juicio ya era mayor de edad y fue traída a la primera audiencia. Por lo tanto ya no era necesaria la presencia del forense

- Arbitrariedad en la resolución por desconocimiento de las argumentaciones de las partes y la negativa a declarar del acusado.

A criterio del impugnante el Tribunal a través del voto del Dr. Federico Sommer adoptó su propia tesis. Citó el párrafo específico en el que identificó esta situación: "sobre los distintos argumentos esgrimidos por las partes en el alegato, no me habré de explayar, remitiéndome - en honor a la brevedad- al detalle que obra en el acta de debate, y a que durante el juicio el imputado no declaró". De esta cita, entiende, se desprende que no tuvo en cuenta el criterio aportado por la defensa o acusación, sino uno propio y con esto rompió con la imparcialidad que debe respetar y demostrar el órgano jurisdiccional. Asimismo, de este mismo párrafo critica la referencia hecha a que el imputado no prestó declaración en el juicio, considerando que esto no debería tener ninguna incidencia en la sentencia y tampoco releva al Tribunal de contestar la tesis defensiva. No basta

decir que el relato de la víctima es espontáneo y coherente, para fundar la credibilidad, sin agregar por qué.

- Imposición de una pena conjunta no prevista:

La parte resolutive de la sentencia dispone además de la condena de ocho años de prisión, la inhabilitación absoluta por igual tiempo y accesorias legales. Advierte que se ha impuesto la pena conjunta de inhabilitación absoluta, no prevista para el delito en discusión, lo que acarrea la nulidad del fallo por violación al principio de legalidad.

La **Sra. Fiscal**, refutó cada uno de los agravios, haciendo una precisa segmentación de las críticas hechas por el impugnante. Concluyó que deben ser rechazadas, confirmándose el fallo de condena, al no advertir ninguna violación a garantías constitucionales, ni normas procesales.

En consecuencia, indicó que las referencias hechas en la imposición de los cargos a lo largo del proceso, fueron congruentes, completas y precisas, mostrando datos claros de tiempo, modo y lugar (En el Pasaje Chorriaca, cuando su madre viajaba, entre el 2006 y el 2010, amenazándola y cerrando la puerta del cuarto para evitar que sus hermanos lo vean y agravado por acceso carnal). C. siempre

supo de qué se debía defender. Entiende que el Licenciado Pablo Colazzo, es un testigo experto y fue ofrecido en tiempo y forma para su exposición en el debate. El Tribunal, agregó, contestó cada una de las críticas, estrategias y coartadas formuladas por la defensa y fue respetuoso del silencio que eligió el imputado, del que sólo hizo una referencia, sin ponderación alguna. La nulidad planteada por la imposición de una pena no prevista, puede ser perfectamente subsanada con una revocatoria, por este Tribunal de Impugnación, sin que acarree un remedio extremo como el propuesto por la defensa.

Habiendo citado los puntos controvertidos y fundamentos formulados por el impugnante además de la opinión de la parte acusadora, debe resolverse, sobre la base de estas premisas, la impugnación ensayada.

Precisando los agravios, se destaca que las críticas del quejoso apuntan a supuestos defectos del fallo que afectaron garantías esenciales y rectoras del proceso penal, puntualizando en cada caso como fue conmovida la defensa, formal y material. Es decir que la sentencia atacada no logró conmover la presunción de inocencia de su asistido. No proyectaron, ni el defensor, ni el imputado, una versión diferente a la de la acusación (no tienen por qué hacerlo) sino que embistió contra irregularidades, que

provocaron, según su criterio, un fallo imperfecto, nulo y revocable.

Con esta referencia y aclaración, se alcanza a comprender, la cita puntualmente tachada, del primer voto de condena. Cuando el Dr. Sommer se refiere a los distintos argumentos de las partes referidos en el acta de debate, lo hace en función del principal agravio del impugnante: "indeterminación del hecho impuesto, con la necesaria lesión a la garantía de defensa, ante la imprecisión o ausencia de datos y referencias claras de tiempo, modo y lugar", lo que fue resuelto en esa acta, sin perjuicio que la defensa, repitió el mismo agravio en la clausura del debate, en la casación y audiencia de impugnación. En estas constancias, a que se refiere la sentencia, se destaca que fue propuesto como cuestión preliminar y resuelto por unanimidad por el tribunal.

"Seguidamente el Tribunal por unanimidad entiende que la descripción fáctica de los hechos es suficiente toda vez que hay determinación de fechas, edades, lugares y de que modo fueron las amenazas que recibió" (fs. 202 vta Leg. 636/2014). La reseña hecha por el tribunal en la sentencia, no la efectuó, como entiende el impugnante, para luego tomar una decisión por fuera de la postura de las

partes, sino porque ese requerimiento del alegato de clausura, ya había sido respondido.

Por esto, no se quebrantó la imparcialidad del Tribunal de juicio, sino que recogió los argumentos de la parte acusadora de los que también se dejó constancia en al acta citada en la sentencia.

Yendo al fondo del planteo (superada la impugnación a la forma en que se resolvió) considero que la mención de los hechos, que motivaron e impulsaron la acción, descripta en la sentencia contiene los elementos, necesarios y exigidos para poder ejercer debidamente la defensa material y formal y respetan la congruencia entra acusación y condena.

Prácticamente la totalidad de los delitos de abusos sexuales de niños, dentro del núcleo familiar, guardan las mismas características: comienzan bajo amenazas, se aprovecha la situación de convivencia y guarda, a la espera del momento en que no existan testigos (hermanos o padres) y se logra el silencio de la víctima, durante un espacio temporal, hasta que por alguna circunstancia se devela. Una vez denunciado, comienza toda la batería de protocolos, testimonios y pruebas científicas, para acreditar los dichos de la víctima, principal fuente de información.

Como bien dictaminó la Sra. Fiscal, C. supo siempre de qué hecho típico y antijurídico se debía defender, ya que se le proporcionaron todos los datos temporales: "desde el año 2006 hasta septiembre de 2010, cuando la víctima contaba con 11 años y cuando la madre se ausentaba por un día y se trasladaba a Chos Malal a cobrar un subsidio, siendo la última vez el 18 de septiembre", de lugar: "en la vivienda familiar sita en el Paraje Chorriaca" (aclaró la Sra. Fiscal que esa localidad no está urbanizada como una ciudad, es decir con nombre de calle y numeración catastral). "valiéndose de amenazas y cerrando la puerta del cuarto, para impedir ser visto por los hermanos", circunstancias de modo. Asimismo describe y funda los agravantes "con acceso carnal y aprovechando la situación de convivencia preexistente". Resulta difícil entender la propuesta impugnatoria, y determinar, como pretende, qué descripción o mención de la situación fáctica no se comprende o le impide defenderse. Al mismo tiempo cada escenario fue completando la teoría del caso de la acusación (de hecho y derecho) respaldada con prueba suficiente, en sintonía con el tipo penal seleccionado.

Sobre la declaración del Licenciado Pablo Colazzo, se debe tener en cuenta que su comparendo al debate fue ofrecido en tiempo y forma (art. 319 del C.P.P. ley 2153)

es decir dentro del plazo que preveía la citada norma y con la referencia a los motivos de su comparendo "para que amplíe el informe" (ofrecimiento de prueba fiscal de cámara subrogante de fecha 28 de febrero de 2012). Tuvo oportunidad la defensa de contra - examinarlo en la audiencia y en consecuencia, es perfectamente lícito y aceptable la evaluación hecha por el órgano jurisdiccional en la sentencia atacada, y no lesiona ninguna garantía. La salvedad que la víctima fuera mayor de edad al tiempo del juicio y haya asistido al debate, no modifica el interés de la parte acusadora que el tribunal, conozca a través de un experto, las circunstancias que rodearon, la forma en que se llevo a cabo y las conclusiones a las que arribó al realizarse la Cámara Gesell, ejecutada en condiciones de madurez mental (menor de edad) y psíquicas (mas cercanas al hecho) diferentes a las de la realización del juicio.

Independientemente de la definición que quiera darse a su condición, si se trata de un perito, un testigo experto o un informe técnico. "En definitiva, se trata de un modo distinto de producir una declaración testimonial con el fin de proteger a la NNyA y evitar su revictimización y el informe al que hacen alusión las normas procesales se dirige a que el profesional realice observaciones acerca de lo

percibido durante el relato de la NNyA que puedan aportar elementos que sean útiles para el proceso" (Guía de las buenas costumbres para el abordaje de niños/as víctimas de abusos sexuales. Unicef).

Sobre la arbitrariedad en la resolución por desconocimiento de las argumentaciones de las partes y la negativa a declarar del acusado, ya fue adelantado al inicio de las conclusiones que, ni el imputado, ni su defensor, dieron una versión diferente a la de la acusación, insisto, como se dijo antes, que no tienen por qué hacerlo. Armó su estrategia defensiva, sobre la base argumental, que la presunción de inocencia de su asistido, no había sido conmovida, por ausencia de certeza en la imposición del cargo y violación a las garantías citadas, muchas de las cuales (como también se citó precedentemente) fueron resueltas en las actas que cita el Juez Sommer y critica el impugnante "sobre los distintos argumentos esgrimidos por las partes en el alegato, no me habré de explayar, remitiéndome -en honor a la brevedad- al detalle que obra en el acta de debate, y a que durante el juicio el imputado no declaró". En relación a la mención del silencio, lejos de ser un desprecio a ese derecho, significa una referencia puntual a un suceso de especial trascendencia en el juicio, es decir la actitud y elección del

imputado ante los cargos formulados, valiéndose del derecho más elemental de guardar silencio.

Por último y sobre la imposición de una pena no prevista: le asiste razón a ambas partes. Se trata la "inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena", de una pena no prevista, pero el remedio para subsanarla, no es el extremo propuesto por el Sr. Defensor, sino la revocatoria de esa parte resolutive, quedando en consecuencia fijada la pena en: ocho años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas arts. 12, 45 y 55 del Código Penal y costas art. 492 del C.P.P. De conformidad a estos fundamentos debe confirmarse la sentencia dictada por la ex Cámara en lo Criminal de Zapala, revocándose la parte resolutive donde impone en forma conjunta la pena de inhabilitación absoluta por el mismo tiempo que la condena.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo que: adhiere a los fundamentos y conclusiones del voto que antecede.

El **Dr. Fernando Zvilling**, dijo que: vota en el mismo sentido por compartir argumentos y soluciones a esta segunda cuestión.

Tercera cuestión: ¿Corresponde la imposición de costas?

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez**, dijo:

Pese a que el impugnante fue vencido, le asistió derecho a impugnar (el recurso fue declarado admisible) y la imposición de costas provocaría una limitación y coerción a hacer efectiva la garantía del imputado de "doble conforme".

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: adhiere a los fundamentos y conclusiones del voto que antecede.

El **Dr. Fernando Zvilling**, dijo que: vota en el mismo sentido por compartir argumentos y soluciones.

Por los considerandos que anteceden este Tribunal de Impugnación;

FALLA:

I.- El recurso interpuesto debe ser declarado formalmente **ADMISIBLE** (arts. 415/421 ley 2153 y 236 y 242 del C.P.P.).

II.- REVOCAR la parte resolutive de una pena conjunta de inhabilitación por igual tiempo de la pena de 8 años de prisión.

III.- CONFIRMAR la condena dictada por la Cámara en lo Criminal de todos los fueros de la III Circunscripción Judicial a R. C. por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima (art. 45, 119 párrafo

tercero e inc. f cuarto párrafo del Código Penal) a la pena de ocho años de prisión accesorias legales y costas. (arts. 12, 45 y 55 del C.P.)

IV.- Sin costas.

Dr. Mario Rodríguez Gómez

Juez

Dr. Fernando Zvilling

Juez

Dra. Florencia Martini

Juez

Reg. Sentencia N° 93 T° V Fs. 832/839 Año 2014.-