

SENTENCIA N° ochenta y cinco /2016.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **un días del mes de septiembre de dos mil dieciséis**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los Sres. Jueces, **Dres. Andrés Repetto, Florencia Martini y Alejandro Cabral**, presididos por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial "**C., N. O.**

S/Abuso sexual con acceso carnal", identificado como **Legajo MPFNQ 12.567 Año 2014**, seguido contra **N. O. C.**,

DNI n°, de nacionalidad, estado civil, instruido, empleado, nacido el ... de de ... en la ciudad de Neuquén, hijo de N.... O..... y de E... Z....., domiciliado en calle ..., altura ... de la ciudad de, Provincia de

ANTECEDENTES:

A) Por sentencia N° 91/2016 dictada el trece de abril de dos mil dieciséis por el Tribunal de Juicio integrado por las Dras. Ana del Valle Malvido, Carina Álvarez y María Gagliano, se resolvió declarar culpable a N. O. C. como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado (art. 119 tercer párrafo del código Penal) en carácter de autor, art. 45 del mismo texto legal,

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

perpetrado en perjuicio de la menor L. M. F.

B.. Mientras que, por sentencia N° 154/2016 dictada el 30 de mayo del año dos mil dieciséis se resolvió imponer al nombrado una pena de siete años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales por igual término y costas del proceso.

La Defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP) contra las sentencias de responsabilidad y de pena, celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el día dieciocho de agosto de dos mil dieciséis, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa la Defensora Oficial, Dra. Verónica Zingoni, por la fiscalía, el Dr. Andrés Azar y por la querrela, la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, Dra. Silvia Acevedo.

B) La Dra. Zingoni se agravió por arbitrariedad de la sentencia, por contradicción de los testimonios, falta de motivación de la sentencia y la nulidad por arbitrariedad en la fijación de la pena (uno por violación al principio de congruencia y por la doble sanción al valorar las rebeldías del señor C. como agravantes para la fijación de la pena). Hace saber que su

asistido quiere declarar previo a explayarse sobre los fundamentos de los agravios.

El Sr. C. dijo: "esto comenzó en el 2004 cuando conoce a la señora en un boliche bailable cuando se hallaba con su amigo R..... Él vivía en calle casi Ella en La relación duró 8 o 9 meses, le presentó a sus hijos, A..... y a su hija de tres o cuatro años en ese entonces. Comenzó a ir fin de semana por medio a su casa, se quedaba los fines de semana. Ella quería que él fuera su marido. El venía de una separación de un matrimonio de 13 años, no quería tener una relación seria. Ella lo llamaba, lo perseguía. Ella trabajaba en el y jueves y viernes trabajaba dando clases en El viernes él se quedaba con su auto y luego en su casa el fin de semana. La relación terminó muy mal al final, me seguía, me hostigaba, a partir que decidí no seguir con ella. Ella tenía muchos problemas, con su ex pareja (por violencia) y porque se había suicidado un hijo. Luego de haber abandonado la relación por unos meses, volvió a verla. Cuando él se quedaba a dormir, la nena se quedaba a dormir con el hermano y luego que ellos tenían su intimidad, ella volvía al dormitorio de la madre. Lo último que paso fue una discusión grande, en la que le dijo que iba a terminar mal,

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

“que le iba a cagar la vida”. Después pasó un tiempo largo, dos o tres años. A..... le había contado del suicidio de su hermano, cuya foto estaba en la casa. La madre le dijo que él tenía una mala relación con ella, porque se separó de su padre. De mañana la nena iba a una guardería municipal, al mediodía la retiraba su hijo y a la tarde venía a dar clases a y se quedaba con su hermano A....., de quince o dieciséis años. Él tenía ... años y ella tenía ... años. La última vez que la vio fue en el 2005. Se entera de la denuncia cuando le roban y hace la denuncia. Allí le dicen que había una captura, en octubre del 2012, cuando vivía en Las citaciones habían llegado al domicilio que alquilaba con sus amigos en calle Estuvo casado desde 1991 hasta 2002 y tiene tres hijos con C... S.... Me separo y me caso con G.... G.... en el 2007, con una hija de ella S.... de ... años, y su yerno D.... T.... y su nieto, M.... de ... años”.

Expresa la Defensa que respecto de la arbitrariedad de la sentencia por valoración arbitraria de los testimonios, se refiere particularmente al testimonio de L. B. y de N... A.... La Dra. Malvido en su voto, respecto de L. no halla inconsistencias lógicas, que se corresponden a los testimonios de su madre, tía y a su psicóloga Errecart. Siempre la niña identificó al

encartado como su abusador, sin embargo, afirma la Defensa que la madre le mostró una foto de C. y así es que la niña indica al Sr. C.. Asimismo no se cuenta con el testimonio del hermano A... y de la niña al que L. le cuenta y le pide que guarde el secreto, M..., sobrina de P..., pareja de la Sra. A.... También la declaración de la Lic. Díaz a tenor del voto de Malvido, fue clara y concreta, no se encontraron motivos espurios y siempre mantuvo el mismo relato. Ahora bien, a este respecto, no aclara la licenciada Díaz si no está la niña protegiendo a su madre. Siempre la fuente principal es el testimonio de la víctima, pero en este caso comienza viciado por la indicación de la madre de la niña mostrándole una foto de C.. Respecto de la ausencia del testimonio de M..., quizás guarde el secreto de lo que realmente ocurrió, tal vez la versión de M.... no es conveniente a la tesis acusadora, que es una versión armada principalmente por la Señora A.... Por otra parte, L. tenía dos hermanos uno A.... de ... años y otro de ... que se suicidó. El testimonio de A... hubiese sido importante, porque la cuidaba a L., tal vez no acompañaba la versión de la denunciante. Sabía también por qué se suicidó su hermano. Faltando estos dos testimonios fundamentales, expresa la impugnante que no se puede decir

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

que haya persistencia del relato. Todos coinciden en la posición protectora que se encontraba L. respecto de su madre y no es un dato menor, aun cuando el supuesto agresor ya no era parte de sus vidas. L. no le cargaría a su madre un dolor que no soportaría sufrir. También faltó una pericia psicológica de la niña que podría indicar si hay fabulación, sugestión, etc. Que ello podría disminuir la arbitrariedad. Se refiere al precedente Quintana del año 2013, de la Ex Cámara Criminal II, expte. 56/12 (17/5/13), sobre las garantías de certeza judicial que son la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud y la persistencia del relato a lo largo del tiempo y frente a distintas personas y contextos de evaluación. Que ello se conforma con la validación diagnóstica y médica sumada a la consistencia de este relato con las declaraciones de testigos indirectos. La licenciada Díaz remarco que son omisiones relevantes los que L. en varias oportunidades no recordaba. C. no puede defenderse de la no prueba, por ello el relato no es creíble. Sumado además al lenguaje adultizado de la niña que se deberían a instrucciones particulares aunque a la Licenciada Díaz no le resultan relevantes. La denuncia se realiza cinco años después (del 2004 al 2009). El testimonio de A... se contradice con el de A..., hermana del padre de L. quien advierte y se lo

cuenta en forma inmediata a A... y ésta dice que tardó un mes en contárselo. A... no le creyó inmediatamente a la niña. La psicóloga la trataba por un accidente y luego A... le comenta que podía haber sido abusada. Esperaba que le confirmara la psicóloga aun cuando tenía un examen médico que corroboraba que estaba abusada. Es más fácil indicar a una persona conocida pero no cercana, con quien no tenía un lazo afectivo íntimo. Respecto del suicidio del hermano, a nadie le llamó la atención (ni a las psicólogas ni a las juezas del juicio) pasó inadvertido. Coinciden ambas psicólogas de la actitud protectora respecto de su madre.

En segundo lugar, se agravia por la falta de fundamentación de la sentencia. La Dra. Malvido cita el precedente Torres (1998) más cercano en el tiempo está García (2002). Afirma que "la prueba testimonial debe tener por objeto una exposición razonada de los motivos que han llevado al juzgador a sostener la sinceridad intrínseca de esa probanza. Esta es más compleja cuando constituye el único elemento de juicio para construir la participación del imputado. Debe haber una explicación razonable sobre porqué concluyó de esa forma y no de otra". El señor C. ofreció testigos de parte al juicio y la Dra. Malvido no los consideró porque los consideró interesados.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Afirma la defensa que todos los testimonios son interesados, con esa pobre argumentación no valoró los testigos presentados por el Sr. C..

El último punto de agravio es la afectación del principio de congruencia y de una doble valoración para imponer la pena en lo que respecta a la rebeldía, por lo que solicita se declare su nulidad. Cuando se le toma declaración indagatoria no se le imputa el agravante de la convivencia ni cuando se reformulan los cargos. En la acusación se hace mención a ese agravante. El Tribunal de juicio hace lugar al planteo de nulidad de la defensa y se elimina el agravante, por lo cual el juicio no versó sobre este agravante. La Dra. Álvarez, en su voto, tuvo en consideración como agravante de la pena, el aprovechamiento de la convivencia preexistente y las rebeldías previas. C. no tuvo que defenderse de la convivencia preexistente, no fue materia de discusión durante el juicio, eso viola el derecho de defensa, sorprende a la defensa. En cuanto a las rebeldías, ya fueron valoradas al imponérsele la prisión preventiva desde 5 de enero de 2016, cumpliéndola en las mismas condiciones que se cumple una pena. No está incluida dentro de las pautas del art. 41 del Código Penal. Por todo ello solicita que a tenor del principio del "in dubio pro reo", tendiendo

a que la prueba no producida ha sido carga de las acusadoras, se dicte la absolución de su pupilo. Adhiere a la reserva realizada en el escrito de recurrir ante organismos internacionales de control de convencionalidad, por violación a la Convención Americana de Derechos Humanos.

C) A su turno, el Sr. Fiscal, Dr. Azar refiere al conocimiento "in situ" que proporciona la inmediación impuesta por el nuevo código procesal penal. Afirma que la presencia en la audiencia no se suple viendo los videos. La carencia no es atribuible a la Dra. Zingoni que tomó intervención en la causa a último momento y tuvo que realizar la impugnación. Los doctores Pineda e Irribarren renunciaron un día antes de que venciera el plazo para impugnar. Aclara que el planteo preliminar que realizó la defensa en el juicio respecto del agravante fue resuelta por mayoría. La Dra. Malvido entendió que ello ya había sido resuelto en el control de acusación. No es correcto el razonamiento sobre el principio de congruencia, durante el mismo juicio surgió que el imputado convivía con la víctima no obstante no se lo responsabilizó por esa circunstancia y por ello es que la escala penal del delito por el cual se realizó la cesura es la del delito sin el agravante. No se comprometió la estrategia de defensa, la

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

convivencia surgió del debate. Lo que se tuvo en cuenta son los modos e instrumentos para ejecutar el delito que sí están previstos en el art. 41 del Código Penal. El contexto en el que se realizaron los abusos, en un contexto intrafamiliar, que el victimario convivía con la víctima, se excluyó el agravante del 4to párrafo, inciso "f" que aumenta la pena del delito y fue considerado como un agravio genérico porque particularmente condicionó el delito ejecutado.

El segundo agravio respecto de la pena es la doble sanción. La sentencia tuvo en cuenta la rebeldía. El art. 41 del Código Penal menciona las reincidencias en que hubiese el imputado incurrido, tenido en forma amplia, al igual que la reiterancia, que permite descubrir el hábito o tendencia en el delito del imputado apreciando aquello que trasunta la mayor o menor peligrosidad del condenado. El efectivo padecimiento de la prisión preventiva está incluido en el término genérico reincidencia. Esta enumeración del art. 41 no es de ninguna manera taxativa y nada impide que los jueces valoren la mayor peligrosidad del condenado. Esta actitud contumaz no atenta contra los principios de igualdad e inocencia, demuestra la abulia de C. respecto de las normas que rigen en una sociedad civilizada. En diciembre de 2013 se

lo declara en rebeldía y luego es detenido en la ciudad de Dos años fue buscado. Dicha conducta trasunta la intención de eludir la justicia y revela aspectos de la personalidad que deben ser tenidos en cuenta en la pena. Hace suyos los argumentos de la Dra. Álvarez cuando manifiesta que dicha actitud elusiva debe servir como parámetro de mayor culpabilidad da la hora de mensurar la pena.

Respecto de las contradicciones en los testimonios, la señalada entre las Sras. A... y A..., no se constatan. A... se lo dice inmediatamente a A... y ésta denuncia un mes después. Tardó un mes porque no le creía a su hija. Apenas se enteró le dio conocimiento a Mariela Errecart que confirmó la situación abusiva. El tema de la foto, que le haya mostrado la foto de C. es solamente consecuencia de la desesperación al saber que a quien le había abierto las puertas de su casa era el autor de los abusos. L. le dice a su tía que era C.-
Afirma el Dr. Azar que hace años que no lo veía, no es un reconocimiento ni mucho menos. Ya lo había señalado a Errecart al momento de exhibirle la foto la madre. En lo que refiere al hermano fallecido, la defensa intenta sugerir que puede haber sido aquel el autor, sin embargo la niña siempre indico C. o C. cuando la licenciada

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Díaz le preguntó tratando de descartar otros autores, indagó sobre la pareja actual de la madre (P...) y la niña lo negó. Del mismo modo, su terapeuta, Errecart indagó sobre el hermano y también la niña lo negó.

Respecto de la falta de motivación, se asienta en cinco puntos: primero la dudosa autoría, la ausencia del testimonio de A... y de la amiga "M...", que no se hizo una pericia psicológica por lo que no habría validación diagnóstica, sumado al lenguaje adultizado que se advierte en la niña con palabras como "tortura y violación" y finalmente la impersistencia del relato. Sobre la autoría ya se hizo mención a los testimonios de las licenciadas Díaz y Errecart como así el de su madre. La ausencia del testimonio de M... se debe a que la misma se habría mudado a Barranquilla, (Colombia) presumiblemente y en cuanto a su hermano A..., que ha formado su familia, presumiblemente no ha tenido interés en comparecer. Respecto de la ausencia de pericia psicológica, expresa la fiscalía que hubo profesionales que dieron cuenta de la veracidad del relato, las lagunas o ausencia de detalles es típica de un abuso de un menor acorde a la edad de L.. La propia Díaz explica que hubiese sido extraño que contestara todas las preguntas al igual que el lenguaje adultizado, es explicado acabadamente por la Lic.

Díaz. Errecart y Beli afirman que el relato era acorde con la angustia manifestada (que no puede simularse según las profesionales) era emocionalmente congruente. Específicamente sobre el lenguaje adultizado, la Lic Díaz explica según refiere el Tribunal, que "de manera alguna lo asocia a relatos impostados", "no encontré otra hipótesis alternativas y no encontré indicadores de fabulación". Finalmente sobre la persistencia del relato, existe coherencia respecto al tiempo de los hechos -cuando C. vivía con ella y la mamá se iba a trabajar, en la cama, alrededor de los cinco años cuando iba al jardín (...) según emerge de los testimonio de Díaz, B..., Errecart, y C... C.... También hay coherencia en lo que respecta al abuso en sí, a la materialidad, L. dijo: "me lastimó, me torturaba, me hacía cosas malas en la cola de atrás con la cosa suya por donde hacen pipi, sentía miedo y mucho dolor, me bajaba los pantalones, hacía cochinas"; las Dras. Belli y Caunedo corroboran los dichos de la niña. Es mantenido a lo largo del tiempo "me dijo que le ponía su cosa en la cola" (A...) "que le ponía su coso en el poto" (A...), "que la ponía boca abajo en la cama y le dolía mucho" (Errecart). Hay coherencia también sendas pericias médicas, sobre el borramiento total de pliegues en el año. También hay coherencia en la autoría: siempre indico a

C.," ninguna otra persona me hizo nada, N... era el novio de mi mamá, él me violaba, me gustaría que se muera". También la madre manifestó que encontró en una ocasión a la niña llorando debajo de la cama, al volver antes del trabajo. Él estaba sentado en la cama, ello también se lo contó a Errecart. Hablaba de C., C., N., siempre se refería a la misma persona. Existe un sustento científico respecto del acceso carnal dado por los informes de las Dras. Belli y Caunedo. Siempre mantuvo el mismo relato respecto al autor, tiempo y lugar. Se constataron en el relato de la menor coherencia, mantenimiento y consistencia. La develación emerge en el marco del juego con su primo, de un juego esperable ante un abuso sexual, algo inapropiado para su edad. La versión de la víctima es convincente, creíble y corroborado por elementos independientes.

Respecto de la falta de motivación argumentada aparece como un desacuerdo con la decisión. Todos los elementos dan cuenta que está debidamente fundada. A continuación refiere criterios sostenidos por organismos internacionales respecto a los estándares de ponderación propios de víctimas menores de edad por organismos internacionales. Manifiesta que existe un adecuado balanceo entre la presunción de inocencia del

imputado y la presunción de veracidad del testimonio de los niños, que exige que este último se encuentre apoyado por otros elementos de prueba como los que fueron reseñados. Por ello solicita se confirme la sentencia en todos sus términos.

D) Por su parte la Sra. Defensora de los Derechos del Niño expresa que los dichos del imputado que darían cuenta de una animosidad o sed de venganza de la denunciante en contra de C. para perjudicarlo ha sido claramente desvirtuado. Estos hechos habrían cesado en el 2005 y la denuncia es del año 2009 y asimismo tardó un mes en realizar la denuncia luego de develado el suceso. El testimonio de la niña en Cámara Gesell ha sido analizado pormenorizadamente en la sentencia contrastándolo con el resto de la prueba y testimonios producidos. En el debate se discutió la autoría del Señor C.. La niña dice que el señor C. la violaba y la niña con sus propias palabras dijo que refería a que le hagan cosas malas por atrás con lo que el señor hace pipi. Ello ensambla con el examen físico como así las conductas de la niña previo a la develación que luego la madre ensambla. El hecho que la haya encontrado llorando debajo de la cama como así que al momento de separarse la niña le dice a la madre "déjalo que se vaya". El tribunal realiza un proceso de validación del

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

testimonio; uno de ellos es la persistencia del relato. A la primera persona que le cuenta es a la Sra. A..., luego a su mamá, a la psicóloga Errecart y en el 102 ante Belli. Siempre menciona lo mismo con las variaciones esperables. Siempre indefectiblemente mencionó al Sr. C.. Hay congruencia con los vestigios en su cuerpo y por último la validación diagnóstica dada por la Lic. Díaz. La niña explica la relevancia del hermano muerto. Esa foto era indicada por C. para amenazar a la niña de lo que le iba a pasar si hablaba. En relación a la foto de C. que le habría mostrado la madre, ello sucede con posterioridad a la develación del autor por la niña.

En relación a la determinación de la pena, la convivencia fue valorada como una circunstancia de realización, de cómo el señor llevo a cabo estos abusos y la rebeldía fue valorada como conducta procesal que debe considerarse a la hora de determinar la pena, fue explicado y motivado. Por ello solicita se confirme la responsabilidad y la pena. En caso de que el Tribunal entienda que debe revocar, se opone a que ejerza competencia positiva puesto que toda la prueba que se produjo en este juicio dan por tierra con las pretensiones de anulación que pretende la defensa.

E) Otorgada la palabra en último término a la defensa sostuvo que la reincidencia y la rebeldía no son términos equivalentes ni sinónimos. Lo primero que se pidió desde el Juzgado N° 2 fue un paradero, luego que fue ubicado en se dicta la prisión preventiva por la gravedad del hecho. Una vez apelada, la Cámara de Apelaciones revoca la prisión preventiva y lo deja en libertad, por ausencia de riesgo procesal. Expresa la defensa que el fiscal realiza una valoración propia de porqué A... no le creyó a su hija intentando hacer un alegato propio de un juicio cuando en el debate no se discutió la materialidad del abuso. Sólo la autoría. Sostiene que no hubo un revelamiento anterior a la exhibición de la foto de C.. Respecto del hermano, la psicóloga Errecart interrogó a la niña por A., no por el hermano mayor que se suicidó. Ahora dicen que M... no vino porque se fue a vivir a Colombia. Es la primera vez que manifiestan esto. A las claras tenía que declarar por cámara gesell, es posible que ahora esté en Colombia pero la denuncia fue hace 5 años. ¿Porqué no quiso venir A...? Vivía con L. antes, durante y después de los hechos. Conocía el contacto con C., no convivieron, iba los fines de semana. Tanto la licenciada Díaz y Errecart son entrevistadoras, no realizaron una pericia

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

psicológica. Respecto a lo que dio la Querrela sobre la validación diagnóstica, "no la hay", porque no hay una pericia psicológica anterior a la Cámara Gesell por otra psicóloga. Afirma que hay persistencia en el relato pero tampoco lo hay. Los testimonios más importantes no declararon en juicio M... y A... No es carga de la defensa ni de C. encontrar al autor de lo que le pasó a L.. Se discutió la autoría. Es carga de los acusadores demostrarlo y prueba importantísima no se produjo en el debate. Por lo cual confirma su pedido de absolución del Señor C..

F) Cedida la palabra al imputado, manifestó que tiene ... años, que jamás en su vida se le ocurriría hacer una aberración como lo que se le está acusando, es padre de tres hijos. Es inocente. No es culpable de lo que lo acusa.

Preguntado por el Dr. Cabral por la fecha de los hechos, 2004, y L. nació el ... de ... de Si ofreció la defensa a los testigos que no comparecieron al juicio, contestó que no. A... vive con su familia, tiene hijos, no vive más con su mamá. Si ofrecieron la pericia psicológica para L., contesta que no. Que era otro el defensor particular que defendía a C. durante la instrucción. Preguntado por la Dra.

Martini la fecha de la Cámara Gesell y el examen médico, contestaron las partes que 26 de noviembre de 2009 y 24 de agosto de 2009.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Florencia Martini**, luego el **Dr. Andrés Repetto** y, finalmente, el **Dr. Alejandro Cabral**.

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 interpuesto?.

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

Considerando que la impugnación deducida contra la sentencia fue interpuesta en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnable desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

El **Dr. Andrés Repetto**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Alejandro Cabral**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

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

Tal como se expuso precedentemente, el impugnante se agravió respecto de la sentencia de responsabilidad por arbitrariedad y falta de motivación y, en relación a la sentencia que fija la pena, por violación del principio de congruencia (a tenor de la valoración del aprovechamiento de la convivencia preexistente que había sido excluida de la acusación) y doble valoración de la rebeldía.

Adelanto que los agravios sostenidos respecto de la sentencia de responsabilidad no habrán de tener acogida, por las razones que a continuación expondré.

Se agravia la Defensa por atribuir arbitrariedad a la sentencia en cuanto no se constatarían los criterios establecidos para validar el testimonio único de la víctima en los abusos sexuales para sostener una sentencia de condena, conforme cita de Quintana (Cámara Criminal Segunda, del año 2013, con voto de quien suscribe). Afirma la defensa que existen contradicciones

entre los dichos de la madre y de la tía, respecto del momento de la develación. Que asimismo la tesis de la autoría fue armada por la madre quien además le muestra una foto de C. a la niña. Que no hay persistencia en el relato por cuanto no declaró la amiguita M... a quien a niña le habría dicho en un primer momento como así el de su hermano A..., quien estaba en óptimas condiciones de exponer la dinámica familiar ya que convivía con la niña. Agrega que las licenciadas refieren la actitud protectora de L. respecto de su madre, en particular frente al suicidio del otro hermano-, la niña no sería capaz de provocarle mayor dolor. Expresa que tampoco se realizó la pericia psicológica que debe practicarse previo a la declaración en Cámara Gesell. Que existen omisiones relevantes, numerosos "no me acuerdo", sumado a un lenguaje adultizado que supone la existencia de instrucciones particulares. Respecto de la falta de motivación sostuvo la defensa que la jueza del primer voto no valoró los testimonios ofrecidos por la defensa por considerarlos "interesados".

Realizando un examen de la sentencia impugnada se advierte que las críticas que ahora sostiene la defensa fueron oportunamente introducidos por los abogados particulares durante el alegato final y

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

contestados por la Dra. Malvido quien realiza el primer voto. No existió ninguna contradicción relevante entre el testimonio de A... y A..., habiendo manifestado A... que no recordaba el momento preciso en el que le contó su cuñada la develación realizada por L. en torno al abuso. También la sentencia contesta la presunta indicación del autor por parte de la madre, al exhibir una foto del imputado a L.. Afirma que ya la niña había señalado a "C." al develar el suceso a su tía, previo a que se lo comunicara a su madre. Incluso la magistrada valora como contradictoria la alegación de la defensa en torno a la relación de madre e hija, sosteniendo por una parte una actitud sugestiva de A... respecto de su hija en lo atinente al autor del suceso y por otra, que la niña mantenía una actitud protectora de su madre: "cuando la madre mostró la foto de C. para inducir a la menor, contradice abiertamente a la calificación dada a la relación materno-filial, puesto que resulta inexplicable a la luz de los principios de la lógica cómo puede ser influenciado alguien que de alguna forma aparece como la más fuerte en dicha relación".

Yerra la impugnante al afirmar una "impersistencia" del relato por la ausencia de declaración de la amiguita M... y del hermano A.... No se trata

de una impersistencia en el relato, ya que justamente al no haber declarado estos testigos, resulta imposible contrastarlos con los dichos de la niña. Las acusadoras lograron sostener la persistencia del relato con los testigos que efectivamente declararon en el debate (A..., A..., Errecart, Díaz, Belli). La Dra. Zingoni a preguntas del Dr. Cabral afirmó que no había podido entrevistar a M... y A..., y que por tanto tampoco habían sido ofrecidos por la Defensa en la instancia de la impugnación (ni aún por los abogados particulares en la instancia del debate que intervinieron en el debate). Nada sabemos sobre lo que hubiesen dicho hipotéticamente estos testigos, ni pudo ser introducido al debate y valorado por el Tribunal de Juicio, por lo que resulta inatinerente pretender que las juezas valoren un testimonio no producido al analizar la persistencia del relato de L..

Asimismo sostiene la impugnante que no existe validación diagnóstica por no haberse producido la pericia previa a la Cámara Gesell, sin embargo dicha entrevista no constituye técnicamente una pericia. Emerge del protocolo de Cámara Gesell instituido como mecanismo de protección de los niños a fin de establecer concretamente la capacidad de los mismos para prestar declaración bajo esta modalidad evitando su revictimización. De ningún modo

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

se establece como garantía del imputado ni como prueba pericial que valide un testimonio que, no está de más decirlo, en ese momento aún no ha sido prestado. De este modo me pronuncié en la sentencia 102/2014, caratulada "H., J. DE J. S/Abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez de la víctima doblemente agravado", Legajo OFINQ 918/2014: *"Todo 'protocolo' implica una serie de instrucciones que regulan acciones y técnicas que se consideran adecuadas a cierta situación. El acuerdo 4132 del 11/04/07 (TSJ) aprobó el protocolo en vistas a poner en funcionamiento el dispositivo de Cámara Gesell tal lo disponía el art. 225 bis del antiguo régimen procesal introducido por ley provincial 2523 (actualmente receptado en el art. 155 inc. 4to del CPP como anticipo de prueba). En este sentido el protocolo comparte el objetivo del propio dispositivo de Cámara Gesell que es proteger jurisdiccionalmente los derechos de los niños y niñas víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual en el proceso penal, evitando su revictimización, cumpliendo de este modo los estándares internacionales aplicables (Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Recurso de hecho deducido por B. N. (querellante) en la causa M., A. y otros s/abuso 13 deshonesto -causa N 42.394/96-" resuelta el 27/6/02 y publicada en Fallos 325:1549, y lo dispuesto por las*

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, E/2005/20)".

La validación diagnóstica fue valorada por la Dra. Malvido, particularmente cuando refiere a la declaración de la Lic. Zulema Díaz: "la declaración de la licenciada Zulema Díaz resultó un aporte valioso en orden a evaluar la credibilidad de la menor, ya que cuenta con conocimientos científicos en la materia, fue clara y concreta cuando afirmó que no detectó fabulación dando razones de ello".

Respecto de las ocasiones en las cuales la niña no habría recordado, aún cuando la impugnante no señala las circunstancias concretas que no recuerda la niña y su relevancia particular en torno a la credibilidad y coherencia del relato, lo cierto es que la jueza preopinante valora esta situación apelando a los propios dichos de la Lic. Díaz al respecto, al igual que lo hace en relación al "lenguaje adultizado": "la licenciada Zulema Díaz (...) afirmó que los olvidos que presentó la menor en punto a la narración de los hechos, son esperables o típicos, se trata de eventos traumáticos que se evocan y reviven. Lo raro hubiera sido contestar a todas las preguntas que formuló (...) si bien utilizó un lenguaje tales

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

como tortura y violación se debe a instrucciones particulares pero de manera alguna lo asocia a relatos impostados".

Respecto de la falta de motivación alegada por la impugnante, advierto que, la defensa no realizó una crítica razonada respecto de la relevancia de los testigos de la defensa enderezada a ilustrar de qué modo sus dichos resultaban dirimentes o condicionaban la decisión del caso. De la lectura de los alegatos finales tampoco se observa que los testimonios de H... J... C... y H... Z... de algún modo resistieran la participación del acusado en el hecho investigado, aportando elementos para confrontar efectivamente la teoría del caso de las acusadoras. Por tanto, aun cuando asiste razón a la defensa en la inatinencia de la justificación esbozada por la jueza para afirmar que no valora los testimonios aportados por la defensa (que serían "interesados") lo cierto es que no existió una fundamentación omisiva que invalide la sentencia en este punto.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde confirmar la sentencia de responsabilidad, en tanto exhibe un razonamiento integrado, en el cual se conectan los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho

aplicable. No se constató una fractura en el razonamiento lógico derivando en conclusiones contradictorias o inconciliables con las circunstancias objetivas de la causa. En este sentido, los agravios aparecen como una opinión discrepante sobre el valor probatorio de las evidencias que de ningún modo fulmina la coherencia de la motivación en la que se sostuvo el fallo.

En lo que respecta a los agravios sostenidos en torno a la sentencia que fija la pena, considero asiste razón a la recurrente, por cuanto efectivamente se valora como "agravante genérico" la circunstancia típica contenida en el inciso "f" del cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal, que fuese excluido al principiar el debate, por afectación del principio de congruencia (entre los cargos formulados y a acusación fiscal) como así también se valora una circunstancia ajena al hecho por el que fuese declarado responsable, que no está tampoco prevista por el art. 41 del Código Penal, como lo es que hubiese sido declarado "rebelde" en el proceso.

En relación al aprovechamiento de la convivencia preexistente, el mismo no constituye un agravante genérico tal lo sostenido en la sentencia (que como tal debiera estar incluido en la parte general del código penal como lo están los agravantes por el uso de

arma de fuego -41 bis-, intervención de menores de dieciocho años -41 quater- y por ley antiterrorista -41 quinquies-) y como elemento típico fue excluido de la acusación, por lo que no puede en este sentido ser valorado como agravante. Respecto de la rebeldía decretada en el proceso, considero que no puede ser legítimamente receptada en calidad de agravante, no sólo porque el código no lo prevé como pauta a considerar sino también porque "el incumplimiento a la sujeción al proceso" como lo menciona la sentencia, tiene asignada una consecuencia específica que es la de justificar la prisión preventiva (que oportunamente se dictó en contra de C.), pero de modo alguno trasunta una "mayor culpabilidad derivada del hecho que no se motiva en la norma" como lo sostiene la sentencia. Es la norma penal la que pretende motivar al sujeto activo, no la norma procesal. La trasgresión a la norma penal constituye un delito mientras que la trasgresión a una norma procesal no. La intención de eludir la justicia no trasunta una mayor culpabilidad derivada del hecho de que no se motiva en la norma. Cuando hablamos de culpabilidad nos referimos a la reprochabilidad por el hecho penal por el que fuese declarado responsable el acusado y en ese contexto la capacidad de motivarse en la

norma se conecta con la posibilidad de actuar de un modo distinto al que la norma penal prohíbe.

En este marco, tampoco resultan atendibles las razones dadas por el Dr. Azar en la audiencia de impugnación. La rebeldía no es una circunstancia análoga a la reincidencia como lo refirió la fiscalía. El art. 41 del código penal alude a la reincidencia y demás antecedentes -y condiciones personales (...) que demuestren su mayor o menor peligrosidad)- y esta previsión (cuya constitucionalidad ha sido incluso cuestionada) nada tiene que ver con la prisión preventiva que resulta de la constatación de peligros procesales (o el incumplimiento de deberes procesales oportunamente comprometidos). La rebeldía decretada a fines del año 2013 tuvo como consecuencia que dictaran la prisión preventiva de C. pero de modo alguno esta circunstancia puede proyectar una mayor culpabilidad por el hecho (por el que fuese responsabilizado) que se traduzca en una pena mayor.

Por todo ello corresponde hacer lugar a los agravios de la defensa en torno a la fijación de la pena. En atención a que se cuentan con elementos suficientes para ejercer competencia positiva en los términos del art. 246 último párrafo del Código Procesal, considerando los demás agravantes oportunamente valorados

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

en la sentencia no cuestionados por la impugnante, estimo ajustada a derecho la pena de seis años y seis meses. Mi voto.-

El **Dr. Andrés Repetto**, manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Alejandro Cabral**, expresó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: Sin costas a la Defensa por haber acogido parcialmente los agravios de la impugnante.

El **Dr. Andrés Repetto**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Alejandro Cabral**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

Conteste con las posturas enarboladas, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por el recurrente en favor de N. O. C., DNI N°..... (arts. 233, 236 y 239 del CPP).-

II.- NO HACER LUGAR a la impugnación ordinaria deducida contra la **sentencia de responsabilidad**, por no constatarse los agravios, **confirmando** en consecuencia la misma por la que se declarara a **N. O. C.**, de demás circunstancias personales consignadas, como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado (art. 119 párrafo tercero y 45 del Código Penal).

III.- HACER LUGAR a la impugnación ordinaria deducida contra la sentencia de pena, por constatarse ambos agravios, revocando, en consecuencia la misma y fijando la pena en **SEIS AÑOS y SEIS MESES de prisión de cumplimiento efectivo**, accesorias legales y costas, de conformidad a lo prescripto pro el último párrafo del art. 246 del CPP.-

IV.- SIN COSTAS a la Defensa por el trámite derivado de la presente impugnación.-

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

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Dra. Florencia Martini

Juez

Dr. Andrés Repetto

Juez

Dr. Alejandro Cabral

Juez

Reg. Sentencia N° 85 T° VII Fs. 1254/1269 Año 2016.-