

SENTENCIA N° cincuenta y nueve /2017. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **nueve (9) días del mes de Agosto de dos mil diecisiete**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación Provincial conformada por los **Dres. ALEJANDRO CABRAL, FERNANDO ZVILLING y FEDERICO SOMMER** presididos por el segundo de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en **Legajo MPFJU n° 19211 Año 2016**, caratulado "**S....., D..... F..... S/ABUSO SEXUAL**" seguido en contra de **D. F. S.**, DNI
....., nacido el ... de ... de ..., hijo de
... y de, de años de edad,
....., soltero, domicilio en Barrio
casa calle de

ANTECEDENTES:

I.- Por sentencia dictada el día 30 de marzo de 2017 el Tribunal de Juicio integrado por los Jueces de Garantías Nazareno Eulogio, Mariano Etcheto y Jorge Criado, resolvió declarar a **S..... D..... F.....**, DNI como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple calificado por la situación de aprovechamiento de la convivencia preexistente con un menor de dieciocho años de edad -un hecho- en concurso real con el delito de exhibiciones obscenas calificadas por ser la víctima menor de dieciocho años de edad, en carácter de autor (artículos 45, 129 y 119

primer párrafo en relación al último párrafo y el inc. F. del cuarto párrafo del Código Penal); por los hechos perpetrados en fechas indeterminadas pero durante el mes de agosto de 2016 en perjuicio de la niña J..... S..... I....., en la Ciudad de; y que fueran descritos por la acusación en primer y tercer término. Como corolario de la sentencia de responsabilidad se celebró posteriormente la audiencia de juicio sobre la pena el día 11 de mayo próximo pasado, y se resolvió por sentencia del día 18/5/2017 imponer al Sr. S..... D..... F..... la pena de tres (3) años de prisión de ejecución condicional, por los delitos que fuera declarado responsable.

En contra de esta sentencia, el imputado dedujo recurso de impugnación que fue fundamentado por su defensa de confianza (art. 242 del C.P.P.N.), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 C.P.P.N., el día 2 de Junio pasado, oportunidad en que el impugnante por medios de sus asistentes técnicos, expuso los fundamentos de su recurso.

En la audiencia mencionada asistió por la Fiscalía el Dr. Fernando Rubio, por la querrela institucional el Dr. Lucas González y por la Defensa del imputado -quien se encontraba presente en la audiencia- los Dres. María Carolina DORPINGHAUS y Carlos F. SANCHEZ GALARCE,

II.- Que la Dra. María Carolina DORPINGHAUS oralizó su presentación postulando que por una cuestión metodológica se refiere como hecho uno (1) al atribuido por tocamientos de la vagina y hecho (3) al de exhibiciones obscenas, destacando que su asistido fue absuelto por el hecho dos (2) y se lo declaró penalmente responsable de los hechos uno (1) y (3).

Al mencionar los motivos de agravio que la sentencia de responsabilidad impugnada le causa, menciona que respecto del hecho uno (1) le causa agravio que el hecho descripto resulta atípico en tanto carece de uno de los elementos constitutivos del tipo penal. Cita doctrina. Advierte que la teoría del caso el Fiscal (base sobre la que se lo declara como autor penalmente responsable a su defendido) no explica *"cuál fue la forma violenta o intimidante en que se habría desarrollado el abuso sexual por lo que no se acredita cuál fue la causa por la que la Srta. J. I. no pudo consentir libremente el mismo"*.

En tal sentido, sostiene que el hecho descripto carece del elemento constitutivo del tipo penal y que la desprolija referencia por parte del Fiscal y el Defensor de los Derechos del Niño a una ausencia de consentimiento, no puede salvar la omisión de dicha circunstancia en la acusación. Por último, afirma que la

invocada situación de aprovechamiento de convivencia del Sr. S. respecto de la presunta víctima, constitutiva del agravante del inciso f, cuarto párrafo del artículo 119 C.P., no puede hacer ninguna presunción en contra del acusado respecto de la falta de consentimiento en el caso y que aquella calidad de padrastro funcione como supletoria del consentimiento. En conclusión, se agravia que el Sr. S. haya sido encontrado penalmente responsable de un hecho que no es constitutivo de un delito penal.

El segundo agravio está constituido porque la conducta supuestamente desplegada y que constituye el hecho 3 también carece de un elemento típico. Cita doctrina. Arguye sobre el delito de exhibiciones obscenas y destaca que no se dan ninguno de los requisitos requeridos por el tipo penal (art. 129 C.P.). Afirma que la descripción que formula la acusación del hecho que atribuye refiere *"mirá este es mi amigo, la que los visualizara involuntariamente sintiéndose incómoda al respecto"*, no encuadra en el tipo penal con el que se calificó tal conducta de su pupilo procesal.

Que el tercer agravio se encuentra constituido por la arbitrariedad de la sentencia en referencia a lo señalado por el Dr. Jorge Criado en que se trató de un debate débil en cuanto a la cantidad de testigos, por lo que postula que mal puede resultar una sentencia condenatoria

luego de un debate débil. Agrega que no se ha hecho referencia al principio de inocencia por lo que el pronunciamiento incurre en un vicio de "incongruencia omisiva". Cita jurisprudencia. Agrega que el fallo en crisis no dice por qué no aplica el Art. 8° del C.P.P.N. y el art. 18 de la C.N. y tampoco desarrolla los motivos por los cuales no aplica el "principio de la duda" que lo obliga a inclinarse en favor del imputado.

B.- A su turno, el Sr. Fiscal en relación a la admisibilidad menciona que la impugnación fue presentada en término y por parte legitimada. En lo que a la cuestión de fondo se refiere, señala que los defensores no critican de modo fundado y razonado la sentencia, y que las circunstancias de la causa y la prueba rendida permiten excluir la falta de consentimiento de la niña para prestarse al hecho de connotación sexual, y que la condición de convivencia preexistente hace que el hecho en sí resulte hasta paralizante para la víctima ya que existe temor reverencial y una sorpresa. Respecto al tercer hecho, sostiene el Dr. Rubio que quedó más que probado, que S. se desnudó parcialmente y le mostró su miembro.

En su oportunidad, el representante de la querrela institucional refiere que durante todo el proceso nunca se agravió la defensa por la atipicidad de los hechos

atribuidos en la acusación. Cita partes y secuencias de la entrevista que bajo la modalidad Cámara Gesell fue desarrollada en el caso. Solicita que se rechace la impugnación interpuesta.

C.- Haciendo uso del derecho a la última palabra, la defensa técnica expuso que la atipicidad resulta de la ausencia de un elemento del tipo brindado ejemplos de otros tipos penales y sus elementos.

D.- Finalmente el imputado no hizo uso de la palabra.

E.- Practicado sorteo para establecer el orden de votación, resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Federico Sommer**, luego el **Dr. Fernando Zvilling**, y, finalmente, el **Dr. Alejandro Cabral**.

Cumplido el proceso deliberativo previsto en los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

I.- ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la Defensa?, II.- ¿Es procedente el recurso incoado? Y en su caso ¿Qué solución corresponde adoptar? y, por último, III.- ¿A quién corresponde la imposición de las costas?.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la Defensa Particular?.

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

Que la presente impugnación ordinaria resulta formalmente admisible y corresponde su tratamiento.

En tal sentido, cabe considerar que fue presentada contra una sentencia condenatoria, por escrito, por ante el órgano administrativo encargado de su recepción y tramitación del trámite del legajo, y por quien se encuentra legitimado subjetivamente para ello (arts. 233 y 236 del código de rito). Asimismo, el remedio intentado resulta autosuficiente porque de su lectura y de lo debatido en la audiencia celebrada (conf. art. 245 del C.P.P.N.) se hace posible conocer cómo se configura -a juicio de los señores Defensores particulares- los motivos de impugnación ordinaria aducidos y la solución final que proponen para el caso, por lo que corresponde su tratamiento. Así voto.

Por lo expuesto, considero que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido (cfr. arts. 227, 233, 236 y 239 del C.P.P.N.).

El **Dr. Fernando Zvilling**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el Juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Alejandro Cabral**, manifestó: voto esta primera cuestión en igual sentido que el colega preopinante, por compartir sus fundamentos.

SEGUNDA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? Y en tal caso ¿Qué solución corresponde adoptar?.

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

Que superado el tamiz de admisibilidad recursiva, debo iniciar el análisis de procedencia del recurso formulado por la Defensa técnica.

a) Que los hechos objeto de reproche consistieron que "en fecha indeterminada pero durante el mes de agosto de 2016, en circunstancias de estar llevando a la escuela a la niña J..... S..... I....., de 14 años de edad, en horas de la mañana y aprovechando la situación de convivencia preexistente por ser pareja de su madre la señora A..... I..... desde hace varios años, encontrándose a bordo de su camioneta Mercedes Benz color amarilla con caja térmica en la calle Perito Moreno entre Rivadavia y Rhode que se encuentra detrás del Supermercado La Anónima del Centro de de la cual es transportista contratado, más precisamente en el lugar en que la calle Perito Moreno bordea el arroyo Pocahullo, abusara sexualmente de la niña en al menos dos oportunidades y le exhibiera sus genitales exponiéndola a visualizarlos en forma involuntaria. En dichas circunstancias de tiempo y lugar, en una primera oportunidad, al encontrarse la niña J..... vistiendo una calza negra y una remera blanca, le pidiera que se cambie en

el interior de la camioneta para luego tocar con su mano la zona de su vagina por debajo de la ropa. En dichas circunstancias de lugar en una segunda oportunidad, encontrándose también a bordo de su camioneta Mercedes Benz sobre calle Perito Moreno entre Rivadavia y Rhode de, en horas de la mañana, durante el mes de agosto del año 2016, en momentos en que se disponía a llevar a J..... a la escuela, le bajara el escote de la remera y le tocara con sus manos la zona de sus pechos por debajo de la ropa. En idénticas circunstancias de lugar y durante el mismo período de tiempo, encontrándose a bordo de su camioneta, se sacara su ropa, le exhibiera sus genitales a la niña J..... S..... I..... al tiempo que le manifestara "mira este es mi amigo", la que los visualizara involuntariamente sintiéndose incómoda al respecto."

Que contrariamente a lo afirmado por los recurrentes respecto del hecho referenciado como uno (1), el acusador público en la anterior etapa -Dr. Maximiliano Bagnat- fundamentó la existencia del elemento del tipo penal que fuera atribuido en el mes de Agosto de 2016 en horas de la mañana, al consignar "valiéndose de diversas situaciones para - aprovechando la convivencia que preexistía a los hechos- abusar en reiteradas situaciones de la menor J..... (...) tocándole con su mano por debajo de sus ropas, su vagina" (el

subrayado me pertenece). Ahora bien, tal como reconociera la propia parte recurrente resulta relevante destacar que la teoría del caso de la defensa en aquella instancia del proceso se direccionó a sostener la inexistencia del hecho y no a introducir el actual agravio de atipicidad de la conducta endilgada, lo que resulta una circunstancia novedosa recién en la etapa de control ordinario de sentencia. En tal sentido, pierde contundencia esta crítica *ex post* por cuanto aquella circunstancia de no haber podido consentir libremente la acción (art. 119 1er. Parr. *in fine* del C.P.) no fue controvertida por el recurrente en juicio, y no obstante ello, fue argumentada por las acusadoras con base en aquella relación de poder que deviene de la calidad de padrastro de la víctima que revestía el imputado. En tal sentido, aquellas circunstancias que derivan del testimonio de J. - validado por el perito forense Úrsula Zuccarino- en el que aquel le hizo referencia que nadie se iba a enterar y que si alguien sabía aquello iba a ir preso. Agregó el fiscal del caso que la materialidad del delito se encontraba corroborada además de los tocamientos, por "*que no pudo consentir libremente la acción, que queda claro con el costo que tuvo que padecer la joven para que la madre no deba separarse*".

En particular, la querrela institucional destacó la inicial relación del imputado como padre que luego

fue mutando con tal entidad que la hizo sentir incomoda y conllevó a la falta de consentimiento por parte de la víctima, agregando que la propia Lic. Zuccarino resaltó la creación del clima propicio para el abuso sexual mientras que A..... I..... -madre- indicó que el condenado le exhibía a J..... videos pornográficos y que le hablaba por la red social Facebook (el subrayado me pertenece). Y en tal contextualización de la imposibilidad de consentir la acción, resulta claro el relato de la menor en indicar que tenía una relación de papá e hija bien, luego le empezó a hablar de sexualidad y a tratar de observarla desnuda, que la tocó para ver los pelos del pubis, que le advirtió que de aquello no se hablaba y que debía quedar entre ellos y que vivía con el acusado desde sus tres (3) años de edad.

Sin embargo y tal como anticipara, la entonces asistencia técnica de D..... F..... S..... sólo direccionó sus embates a invalidar la acusación con sustento en cuestiones tales, como el error en el nombre de la calle en que se produjera este primer hecho de abuso sexual, que J..... I..... ya había participado en una entrevista bajo modalidad Cámara Gesell con anterioridad a la realizada en el legajo, que J..... I..... expresó haber sido tocada en la cola y en la acusación se le atribuye a su asistido haber tocado a la joven en la vagina, que la adolescente haya optado

por utilizar la palabra "cosa" para referirse al pene, que J..... I..... declaró en su contra por venganza, que fue generando condiciones para instalarla como mujer en lugar de una adolescente, que su madre dependía económicamente del acusado, respectivamente.

Habida cuenta de ello y en lo que al hecho 1 se refiere, habré de propiciar el rechazo de la procedencia del agravio invocado y en consecuencia, tener por acreditado y configurado como elemento constitutivo de delito de abuso sexual a las circunstancias que impidieron a J. I.

de 14 años de edad consentir libremente el acto de abuso sexual del que fuera víctima.

b) Que en referencia al segundo agravio, la acusación sostuvo oportunamente que el hecho se produce en las sombras y a resguardo de que terceros puedan visualizar la conducta del imputado al realizarlo dentro de su vehículo automotor en cercanías de un arroyo de la ciudad de

..... En prieta síntesis, la acusación indicó que en el delito de exhibiciones obscenas el bien jurídico es el pudor de la víctima y el derecho a no ser sometido a visualizar un acto de contenido sexual en contra de la voluntad de la persona, y que en el caso se tuvo por acreditado, en cuanto la niña pudo observar los genitales del acusado, quien le indicó que los mirara sin miedo. Aquello fue

receptado por el Tribunal de Juicio el cual descartó la ausencia de un elemento típico del delito de exhibiciones obscenas, que en esta instancia de control ordinario de sentencia reedita sin mayor crítica la actual defensa técnica del imputado. Ahora bien, en similitud a lo acontecido al tratar la solución al agravio anterior se advierte que esta crítica del tipo penal determinado resultan novedosos los argumentos pero no formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo en crisis. En consecuencia, concluyo en que los argumentos vertidos por la quejosa no conducen a revocar el pronunciamiento en crisis en tanto la conducta endilgada encuadra en el tipo penal de exhibiciones obscenas, ya que reúne las exigencias de carácter sexual y de entidad bastante para entrañar un ataque al bien jurídico de la menor (Casariego López, Julio E.; "Exhibiciones obscenas en la vía pública", LL, T. 2000-F, pág. 559).

Habida cuenta de ello y en lo que al hecho 3 se refiere, habré de propiciar el rechazo de la procedencia del agravio invocado y en consecuencia, tener por acreditado y configurado el delito de exhibiciones obscenas calificadas del que fuera víctima J. I. (art. 129 del C.P.).

c) En respuesta al tercer agravio deducido y constituido con la arbitrariedad de la sentencia, debo reseñar que el Tribunal de Juicio lejos de incurrir en el vicio de

"incongruencia omisiva" ha dado fundamentos que excluyen la aplicación al caso de la presunción de inocencia, debo reseñar que resulta carente de fundamentación. Doy razones. Si bien no resulta controvertido que le corresponde al acusador público o privado la tarea de derrumbar esa presunción de inocencia, con prueba que demuestre la culpabilidad, conforme lo ha sostenido nuestro máximo tribunal en sobrada jurisprudencia (C.S.J.N., Sandoval, David S/ Homicidio Agravado S 219), tampoco lo es que cuando no se llega a destruir esa presunción por la prueba rendida en la causa y más allá de toda duda razonable, recién surge la regla o principio procesal que es el *in dubio pro reo*.

Por lo expuesto, y luego del análisis realizado debo concluir que los agravios alegados no se observan acreditados, razón por la cual la crítica no puede prosperar y la sentencia debe ser confirmada en toda su extensión.

El **Dr. Fernando Zvilling**, expresó: Compartir las razones y definición dadas por el Sra. Vocal preopinante a esta cuestión.

El **Dr. Alejandro Cabral**, manifestó: Adherir plenamente a los argumentos dados.

Sólo quiero agregar que el fiscal al efectuar su alegato, como bien lo expresó el primer voto, dijo

la víctima "no pudo consentir libremente la acción, que queda claro con el costo que tuvo que padecer la joven para que la madre no deba separarse". Nada de esto fue cuestionado por la defensa del imputado limitándose a plantear el lugar donde aconteció el hecho y si le había tocado la vagina o la cola, pero no que faltaba un elemento del tipo penal o que no fue expresado el modo comisivo utilizado por el imputado para cometer el hecho.

Siendo que el fiscal refirió que la menor no pudo consentir libremente la acción -ya sea por la relación de superioridad o por sorpresa- y que ello no fue cuestionado en momento alguno por la defensa, nada debía decir el Tribunal al respecto, pues no fue un hecho controvertido. Tampoco lo había sido en la audiencia de control, por lo que los jueces no era necesario que se expidieran al respecto.

La circunstancia que haya existido un cambio de defensor en la etapa de impugnación, no habilita a introducir cuestiones que no fueran materia de debate y por tanto de contradicción.

Tampoco la defensa está planteando un caso de estado de indefensión del imputado en los términos de los fallos de la CSJN que establece que "el ejercicio de la defensa debe ser cierto" y no una mera formalidad (Fallos: 315:2984; 319:192; 320:150 y 854; 321:2489), pues

efectivamente se llevó a cabo una estrategia defensiva que no tuvo éxito, pero tal cuestión no habilita a considerar que existió un estado de indefensión. Si así fuera, se estaría desnaturalizando el proceso y, ante cualquier condena, se habilitaría a cambiar las estrategias defensivas, introduciendo en impugnación cuestiones que los jueces que intervinieron en el debate no tuvieron posibilidad alguna de tratar. La impugnación, para no afectar el principio de inmediación y de contradicción, se debe limitar a las cuestiones que fueron debatidas e introducidas en el juicio, garantizando dichos principios. Sólo se podría habilitar -eventualmente- una impugnación, cuando haya existido una violación a una garantía constitucional -como lo podría ser la violación a la defensa en juicio-, cuestión esta que ni siquiera ha sido introducida por los nuevos defensores.

En cuanto al delito de exhibiciones obscenas, cabe destacar que el delito se encuentra direccionado hacia sujetos concretos y debiendo el autor tener la conciencia y voluntad de que el acto sea involuntariamente visto por un tercero. En el presente caso, la acción estaba dirigida a que la menor lo viera (tercero) y tan es así que le dice que ahí estaba su "amigo", que lo "mirara". En cuanto al lugar, la exhibición obscena se puede realizar en un lugar privado, es decir en un lugar cuyo acceso está restringido,

pudiendo ser un hotel o una casa, un auto, etc. Lo que exige la figura es que sean "expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros".

En estas condiciones entiendo que los elementos del tipo penal se encuentran presentes, debiendo rechazarse el agravio en este aspecto.

Por tal razón, es que compartiendo y ampliando los fundamentos del primer voto, me pronuncio en igual sentido.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

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

Que sin perjuicio de la decisión final que se propone adoptar, con fundamento en que el ejercicio del derecho constitucional a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena, no puede verse cercenado ante la amenaza o el temor de tener que afrontar el eventual pago de las costas procesales en caso de que el recurso sea rechazado; encuentro razón suficiente para eximir totalmente de las mismas a los recurrentes vencidos en esta instancia (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP). Mi voto.

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

El **Dr. Alejandro Cabral**, expresó: Por compartir lo resuelto en relación a las costas, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

Conteste con las posturas enarboladas, esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL DE LA IMPUGNACION ORDINARIA de sentencia deducida por la defensa a favor de su asistido S. D. F. (arts. 227, 233, 236 y 239 del C.P.P.N.).-

II.- RECHAZAR LA IMPUGNACION ORDINARIA DEDUCIDA por no verificarse los agravios invocados (arts. 237 y 246 del C.P.P.N.), y en consecuencia, **CONFIRMAR la sentencia** recurrida en cuanto dispuso declarar **RESPONSABLE PENALMENTE a S. D. F., DNI ...-**

III.- EXIMIR TOTALMENTE AL PERDIDOSO DE LA IMPOSICIÓN DE COSTAS PROCESALES por el trámite derivado de la impugnación ordinaria de la sentencia (arts. 268 y 270 del C.P.P.N.).-

IV.- Se deja constancia que el Dr. Federico Augusto Sommer participó de la deliberación y emitió su voto, pero no suscribe la presente por estar en uso de licencia.-

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

Reg. Sentencia N° 59 T° V Año 2017.-